

SÉRIE TÓPICOS EM TEORIA DO DIREITO POLÍTICO

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
ORGANIZADOR

2ª edição
aumentada
e revisada

Republicanismo entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso

Da proteção às mulheres
à saúde pública

Republicanism entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso

Da proteção às mulheres
à saúde pública



SÉRIE TÓPICOS EM TEORIA DO DIREITO POLÍTICO

CÁSSIUS GUIMARÃES CHAI
ORGANIZADOR

2ª edição
aumentada e
revisada

Republicanismo entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso

Da proteção às mulheres
à saúde pública

Copyright © 2021 Brasil Multicultural Editora

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização do autor.

Editor científico

Décio Nascimento Guimarães

Editora adjunta

Gisele Pessin

Coordenadoria técnica

Gisele Pessin

Fernanda Castro Manhães

Design

Fernando Dias

Foto de capa: Kraphix/Freepik

Assistente de revisão

Tassiane Ribeiro

Gestão administrativa

Ana Laura dos Santos Silva

Bibliotecária

Juliana Farias Motta – CRB 7/5880

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

R425 Republicanismo entre ativismos judiciais e proibição do retrocesso : da proteção às mulheres à saúde pública / organizador Cássius Guimarães Chai. - Campos dos Goytacazes RJ : Brasil Multicultural, 2021. 296 p. - (Série Tópicos em teoria de direito político) - 2ª edição.

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-5672-018-0

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0

1. DIREITOS HUMANOS 2. DIREITO DAS MULHERES 3. CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA 4. RELIGIÃO – PROTEÇÃO JURÍDICA I. Chai, Cássius Guimarães (org.) II. Título

CDD 323.4



Instituto Brasil Multicultural de Educação e Pesquisa - IBRAMEP
Av. Alberto Torres, 371 - Sala 1101 - Centro - Campos dos Goytacazes - RJ
28035-581 - Tel: (22) 2030-7746
www.brasilmulticultural.org
contato@brasilmulticultural.com.br

Comitê científico/editorial

Prof. Dr. Antonio Hernández Fernández - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPANHA)

Prof. Dr. Carlos Henrique Medeiros de Souza – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Casimiro M. Marques Balsa – UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA (PORTUGAL)

Prof. Dr. Cássius Guimarães Chai – MPMA (BRASIL)

Prof. Dr. Daniel González - UNIVERSIDAD DE GRANADA – (ESPANHA)

Prof. Dr. Douglas Christian Ferrari de Melo – UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Eduardo Shimoda – UCAM (BRASIL)

Profa. Dra. Fabiana Alvarenga Rangel - UFES (BRASIL)

Prof. Dr. Fabrício Moraes de Almeida - UNIR (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Antonio Pereira Fialho - UFSC (BRASIL)

Prof. Dr. Francisco Elias Simão Merçon - FAFIA (BRASIL)

Prof. Dr. Iêdo de Oliveira Paes - UFRPE (BRASIL)

Prof. Dr. Javier Vergara Núñez - UNIVERSIDAD DE PLAYA ANCHA (CHILE)

Prof. Dr. José Antonio Torres González - UNIVERSIDAD DE JAÉN (ESPANHA)

Prof. Dr. José Pereira da Silva - UERJ (BRASIL)

Profa. Dra. Magda Bahia Schlee - UERJ (BRASIL)

Profa. Dra. Margareth Vetis Zaganelli – UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Marília Gouvea de Miranda - UFG (BRASIL)

Profa. Dra. Martha Vergara Fregoso – UNIVERSIDAD DE GUADALAJARA (MÉXICO)

Profa. Dra. Patricia Teles Alvaro – IFRJ (BRASIL)

Prof. Dr. Rogério Drago - UFES (BRASIL)

Profa. Dra. Shirlena Campos de Souza Amaral – UENF (BRASIL)

Prof. Dr. Wilson Madeira Filho – UFF (BRASIL)

Sumário

Apresentação	10
1	
Até onde meter a colher: o problema da (in)execução das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha	12
Lilah de Moraes Barrêto	
Cássius Guimarães Chai	
2	
Proposição de critérios de legitimidade do processo legislativo, com ênfase na atuação das CCJ'S	40
Ingrid Medeiros Lustosa Diniz	
Cássius Guimarães Chai	
Décio Nascimento Guimarães	
3	
Proteção jurídica aos espaços sagrados das comunidades religiosas de matriz africana: o caso do Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior”	67
Jennifer Martins Almeida	
Joaquim Shiraishi Neto	
4	
A Corte Interamericana de Direitos Humanos e proteção das manifestações culturais e saberes ancestrais	90
José Rogério de Pinho Andrade	
Jorge Alberto Mendes Serejo	
Cássius Guimarães Chai	

5	Corrupção administrativa e tutela da probidade: desafios na aplicação da Lei nº 8.429/1992 pelas instituições de justiça..	109
	Heron de Jesus Garcez Pinheiro Cássius Guimarães Chai	
6	Intervenções na cidade mediante a renovação dos espaços urbanos: direito à moradia como categoria de análise em um conflito judicial	135
	Regina Lúcia Gonçalves Tavares Mônica Teresa Costa Sousa	
7	Rawls e o direito tributário brasileiro: influências e perspectivas	170
	Izabella dos Santos Jansen Ferreira de Oliveira Cássius Guimarães Chai	
8	Universalidade do direito à saúde e suas contradições no Estado democrático...	201
	Fernanda Dayane dos Santos Queiroz Cássius Guimarães Chai	
9	A densificação da convenção de Belém do Pará e percepção dos tribunais superiores brasileiros na aplicação da Lei Maria da Penha	222
	Rossana Barros Pinheiro Cássius Guimarães Chai	
10	A força normativa do direito convencional na jurisdição trabalhista brasileira: análise do caso das pessoas portadoras de necessidades especiais...	237
	Fábio Ribeiro Sousa Cássius Guimarães Chai	
11	Sistema Único de Saúde: a participação da iniciativa privada sob a perspectiva do Direito como integridade de Ronald Dworkin...	248
	Itamar De Ávila Ramos Elda Coelho de Azevedo Bussinguer	
12	O que de democracia há no liberalismo à brasileira?	270
	Mylla Maria Sousa Sampaio Cássius Guimarães Chai	

Apresentação

O presente livro reúne trabalhos de pesquisas de mestrandos dos programas de pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR), sob orientação do organizador, o Professor Doutor Cássius Guimarães Chai, e dos insignes professores Doutores Mônica Teresa Costa Sousa e Joaquim Shiraishi Neto, e da Faculdade de Direito de Vitória (PPGDIR), sob orientação da professora Livre Docente Elda Coêlho de Azevedo Bussinguer, que honradamente aceitou o convite para participar deste projeto editorial.

Nascido como vetor de catalização das atividades desenvolvidas no seio da disciplina Teoria do Direito Político, ministrada no ano de 2016.1, e aliado à realização do Colóquio Transdisciplinar Diálogos Críticos que lhe foi homônimo, os textos trazidos ao público são mais representativos das discussões travadas no referido conclave, pois que neles se veem acolhidos críticas, comentários e provocações levantados nos debates que seguiram as exposições dos mestrandos e dos demais convidados.

Republicanismo entre ativismos judiciais e a proibição de retrocesso remete a questões coletivas do cotidiano, da proteção às mulheres a saúde pública, sem descurar dos espaços onde pessoas livres e iguais estimam cultivarem liberdades ao tempo em que reclamam isonomia. É imperioso superar o dogma que o Poder Judiciário não deva realizar política, pois o mesmo é fração das funções de soberania. O risco sempre é a colonização pelos partidarismos e pela não realização dos fins do Estado.

Este volume 1 inaugura a Série Tópicos do Direito Político, ao que se seguirá o Volume 2 *Liberalismo Político – diálogos convergentes em Rawls*, como expressão da produção acadêmica elaborada em disciplina que lhe é homônima, ministrada no semestre 2016.2 PPGDIR-UFMA. Sigamos ao bom combate!

Desejamos que as ideias aqui registradas possam contribuir com outros setores acadêmicos e profissionais a partir de novos diálogos críticos.

1

Até onde meter a colher: o problema da (in)execução das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha

Lilah de Moraes Barrêto¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p12-39

-
1. Mestra do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão - PPGDIR/UFMA.
 2. Professor associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

A Lei Maria da Penha, que disciplina o tratamento estatal à violência doméstica e familiar contra a mulher, prevê diversos institutos inovadores, propugnando uma ruptura de paradigmas no enfrentamento do Estado a essa problemática, numa perspectiva de promoção dos Direitos Humanos das mulheres. Nesse sentido, faz-se necessária a politização dos espaços doméstico e familiar, desnaturalizando as relações e conflitos presentes nesse âmbito.

O presente estudo aborda as respostas estatais a essa forma de violência e, mais detidamente, o emprego e execução das medidas protetivas de urgência previstas na Lei Maria da Penha. Objetiva-se analisar se as instituições de justiça tornam efetivas a garantia de proteção e assistência às vítimas colimadas pela lei e se criam condições para o empoderamento feminino e a concreta cessação do ciclo da violência doméstica e familiar.

Problematiza-se a tradicional e arraigada cultura jurídica de cisão entre espaços público e privado, que legitimam e justificam uma postura absentista e de reprodução da violência de gênero pelo próprio aparato policial-judiciário do Estado. Para tanto, examinam-se os processos parafrásticos nos quais historicamente se manifestam a tolerância estatal e a subalternização do problema da violência doméstica contra a mulher, abordando alguns marcos legislativos e pesquisas acerca da atuação da polícia e do Poder Judiciário em período anterior à Lei Maria da Penha.

Analisa-se, por derradeiro, jurisprudência do Tribunal de Justiça do Maranhão, em acórdãos que reformam sentenças extintivas de processos de medidas protetivas de urgência por suposta perda de interesse de agir das vítimas, com enfoque na ausência de sua execução e no descumprimento do dever de proteção do Estado.

“O pessoal é político”: a desnaturalização e publicização da violência de gênero

A célebre frase “o pessoal é político” foi cunhada por feministas radicais dos Estados Unidos no início da década de setenta, sendo incorporada pelo movimento feminista a nível internacional e transformada em importante bandeira de luta. Este lema ou *slogan* visa demonstrar que as diversas formas de discriminação e violência sofridas pelas mulheres possuem raízes comuns, não sendo meramente problemas de ordem individual, privada ou fortuita.

Esta frase também subverte a lógica do espaço político clássico e exige a reinvenção de novas bases para fazer política, a partir de temas considerados marginais, conferindo-lhes a publicização e centralidade necessárias para romperem a invisibilidade (ALMEIDA, 1998).

A agenda política feminista, sobretudo no período designado “segunda onda” do feminismo, a partir dos anos de 1960, tem como um de seus objetivos publicizar a discussão acerca de temas reconhecidos tradicionalmente como privados ou apolíticos, como o corpo e a sexualidade, bem como desnaturalizar os papéis sociais de gênero (PEDRO, 2012).

Esse período difere da atuação usualmente classificada como “primeira onda” do movimento, na qual outras demandas, como educação, trabalho e voto, foram priorizadas e ainda havia pouca problematização a respeito da lógica essencializada de gênero e de problemas considerados íntimos ou privados. Faz-se mister reconhecer, no entanto, a importância dessa primeira fase do feminismo para o início da visibilização das reivindicações específicas das mulheres e de sua participação na vida pública, bem como é necessário compreender que, para o seu contexto histórico em finais do século XIX e início do século XX, não seria exigível um questionamento que só viria repercutir de forma mais significativa na sociedade a partir da década de 1970 (SOIHET, 2012).

As feministas de “segunda onda”, por seu turno, centraram-se na vida privada como fruto da sociedade. Joana Maria Pedro (2012) assinala a utilização de uma metodologia denominada grupos de consciência ou de reflexão, nos quais mulheres discutiam suas vivências pessoais e o lugar social da mulher, seja no mercado de trabalho, na educação, na participação nos demais movimentos políticos, no ambiente doméstico ou nas experiências relativas ao próprio corpo e sexualidade. A autora analisa a trajetória das feministas brasileiras nesses grupos e na formação das primeiras redes, na década de 1970.

Já na década de 1980, no Brasil, verifica-se uma maior articulação dos movimentos feministas, contando inclusive com as mulheres que se encontravam exiladas ou compartilhavam do exílio de seus companheiros durante a ditadura militar e que retornavam com o aporte teórico e político do feminismo europeu. O processo de redemocratização deu novo impulso para a visibilização de demandas das mulheres, bem como para a interpelação dos poderes estatais em prol de seu reconhecimento na ordem jurídica e da adoção de políticas públicas que enfrentem as suas especificidades. Acerca da campanha que resultou na incorporação dos direitos das mulheres na Constituição de 1988, explicam Lage & Nader (2012, p. 301):

[...] Mobilizadas, as organizações feministas empreenderam uma grande campanha junto à Assembleia Constituinte, reunida em 1986, pela aprovação de suas demandas. Chamada na imprensa de ‘lobby do batom’, essa campanha obteve diversas vitórias legais. As feministas constituíram o setor organizado da sociedade civil que mais aprovou emendas no texto constitucional. Cerca de 80% de suas reivindicações foram incluídas na Constituição de 1988. A incorporação de muitas dessas demandas deu ensejo à implantação paulatina de políticas públicas voltadas ‘para a família e para as mulheres.’ [...]

No tocante ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher, o movimento feminista articulou no Brasil, sob o lema “quem ama não mata”, campanha para sua visibilização e reivindicação de políticas públicas para seu enfrentamento e apoio às vítimas. Nesse período, foram alcançados os primeiros avanços em termos de políticas específicas, como as primeiras delegacias especializadas, o SOS – Mulher, alguns centros de apoio e abrigos (ALMEIDA, 1998).

Essa mobilização política encontra seu embasamento no debate feminista como movimento teórico, que visa questionar as condições de produção e reprodução da violência contra a mulher, praticada nos espaços público e privado. Desnaturaliza, desse modo, os lugares sociais ocupados por homens e mulheres e aponta que a produção dos sujeitos generificados resulta de um incessante trabalho cultural e histórico.

A reflexão traz à baila a proposta da genealogia foucaultiana, na qual Foucault (2012) concebe os indivíduos não apenas como alvos ou objetos das relações de poder, mas como um de seus principais efeitos e centros de transmissão. Nessa perspectiva, trazendo-a para a análise das relações de gênero, o poder produz sujeitos generificados. É assim que são demarcadas as condutas, performances e posições adequadas à mulher e estabelecidos seus atributos, bem como os do homem. Esses atributos ou performances são sustentados numa concepção determinista ou essencializada, como forma mesmo de tornar esse exercício de poder menos visível, mais eficaz e disciplinar.

Assim, são produzidas e reproduzidas as imagens de boa mãe, boa esposa, a mulher sábia que edifica seu lar, que perdoa, que é tolerante, que concilia. Assim como o bom pai de família, trabalhador, austero, que exerce autoridade sobre esposa e filhos. Bourdieu (1999) menciona a construção simbólica dos artefatos sociais do homem viril e da mulher feminina. Por meio de tais artefatos, a

identidade masculina é caracterizada pelas ações positivas, que rompem o curso ordinário da vida, públicas e descontínuas, enquanto a natureza feminina é identificada com as virtudes do silêncio, da abstenção e a aptidão para trabalhos contínuos, privados ou até secretos. Dessa forma, atribuem-se ao homem as funções públicas que conferem reconhecimento social – como é o caso do governo e da guerra – e às mulheres são reservadas atividades vistas como monótonas e mesquinhas, ligadas à economia doméstica e cuidado com as crianças.

Nessa esteira, Saffioti e Almeida (1995, p. 32) utilizam a expressão violência de gênero para designar um padrão de violência que visa à preservação de uma dada organização social de gênero, fundada na hierarquia e desigualdade de lugares sociais sexuais, que subalternizam o feminino. Sobre a desigualdade nessa ordem social androcêntrica e o papel da violência contra a mulher nessa normatização, esclarecem as autoras:

O gênero constitui uma verdadeira gramática sexual, normatizando condutas masculinas e femininas. Concretamente, na vida cotidiana, são os homens, nesta ordem social androcêntrica, os que fixam os limites da atuação das mulheres e determinam as regras do jogo pela sua disputa. Até mesmo as relações mulher-mulher são normatizadas pela falocracia. E a violência faz parte integrante da normatização, pois constitui importante componente de controle social. Nestes termos, a violência masculina contra a mulher inscreve-se nas vísceras da sociedade com supremacia masculina. Disto resulta uma maior facilidade de sua naturalização, outro processo violento, porque manietta a vítima e dissemina a legitimação social da violência.

Destarte, a violência doméstica e familiar contra a mulher se configura como expressão de um fenômeno mais amplo, a violência de gênero, através da qual ocorre a produção/reprodução de desigualdades pautadas em um princípio falocêntrico de organização social e construção de identidades. Essa compreensão permite reconhecer a violência doméstica e familiar como mais um dispositivo de poder para conformação dessa ordem social, sendo marcada, como lembram Saffioti e Almeida (1995), pela tensão entre o exercício de poderes e resistências.

Conforme analisado por Foucault (2012), o exercício do poder se dá por meio de dispositivos que se espraiam em diferentes níveis da sociedade, nas diferentes instituições, com história e tecnologia próprias, para os quais não

há exterior possível. Assim, pode-se encontrar seu exercício inclusive nas organizações de âmbito privado, como a casa e a família – tradicionalmente encaradas como esfera de relações naturais e despolitizadas.

A partir dessas reflexões, torna-se possível superar a dicotomia entre coação e consentimento, pois pressupõe a concepção de sujeitos totalmente autônomos, centrados, fundantes de seus próprios discursos e práticas, conscientes de todo o trabalho cultural e histórico que lhes precedem e os constituem como tais. Foucault (2005) aponta o sujeito como descentrado, que se filia a diferentes redes de sentidos e que retoma com seu discurso uma série de enunciados anteriores – as condições de produção de seus enunciados estão imbricadas aos já-ditos – e seus efeitos de sentido se relacionam a dizeres posteriores.

A dicotomia entre o público e o privado, como esferas duais e fechadas, também resta desconstruída, haja vista que não se pode cindir os espaços privados das relações de poder que produzem os sujeitos, tampouco desprezar a própria política de divisão desses lugares sociais. Ademais, como já salientado, essa divisão se dá por critérios sexuais e de forma hierarquizada. Essa concepção dicotomizada se encontra arraigada na cultura jurídica tradicional e tem servido de justificação e legitimação para a postura de tolerância e absenteísmo do Estado em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher.

A política absenteísta do Estado e a tolerância à violência doméstica contra a mulher

A incorporação dessa ordem social de gênero pela cultura e prática jurídicas tradicionais é realizada, conforme analisam Hermann e Barsted (1995), por meio da seletividade punitiva, o que desqualifica a violência doméstica como uma espécie de conflito de segunda divisão, de menor importância, cuja ocorrência dispensaria a ingerência estatal. Outra dimensão dessa discriminação, consoante salientam as autoras, é realizada por meio das teses e argumentos jurídicos mobilizados, que incorporam e reforçam os estereótipos de gênero, papéis e hierarquias sociais.

A dificuldade gerada pela arraigada dicotomização entre os espaços público e privado e a consequente despolitização do problema da violência doméstica contra a mulher, que legitimam a tolerância estatal com esta prática, são analisadas por Rocha (2007, p. 34):

A despolitização do problema prejudica o processo de formulação e implementação de políticas de prevenção

e combate à violência. Reafirma a sua legitimação social, como uma norma social que o Estado tolera, numa postura ambígua, pois ao mesmo tempo que a tipifica como crime, é complacente com a sua prática, sobretudo no que se refere à atuação do aparato policial-judiciário quando da judicialização da violência, em que assume, na maioria das vezes, uma postura sexista, seletiva, de individualização dos casos e de defesa conservadora da ordem familiar. Tal postura revitimiza as mulheres, negando-lhes a garantia de seus direitos e o exercício de sua cidadania, contraditoriamente, em nome da preservação de sua privacidade e intimidade e da manutenção de sua família.

O Estado, como bem apontado pela supracitada autora, não é uma instituição monolítica, não possui um discurso unívoco, mas reforça e institucionaliza a violência contra a mulher por meio de discurso ambíguo, que tipifica tais condutas como crime, mas também exerce, por meio da discricionariedade dos agentes de seu aparato policial-judiciário, a tolerância expressa na ausência de apuração e punição dos autores dos crimes, bem como na negligência em relação à garantia da segurança das vítimas.

O discurso jurídico é construído, destarte, em torno da contradição entre produzir uma cultura de criminalização e enfrentamento da violência contra a mulher, num movimento polissêmico que se observa em determinadas e pontuais políticas públicas, iniciativas legislativas ou decisões judiciais, e as resistências de sentidos de justificação ou banalização dessa mesma violência, que se verificam na sistemática e histórica produção de paráfrases no tratamento que o Estado confere a esses conflitos, engendradas na produção das identidades de gênero espalhadas nas diversas estruturas da sociedade.

Como explica Orlandi (2013), a condição de existência dos sujeitos e dos sentidos é constituir-se na tensa relação entre paráfrase e polissemia. Enquanto a polissemia representa o deslocamento, a ruptura de processos de significação, a paráfrase está do lado da estabilização, representa o retorno aos mesmos espaços do dizer.

No tocante à violência doméstica contra a mulher, ainda que existam mudanças na legislação ou na ordem jurídica positiva, percebe-se a prevalência dos processos parafrásticos na atuação do Estado, que reforçam a desigualdade de gênero e funcionam como mais um dispositivo de controle social e subjugação do feminino.

Nesse sentido, Almeida (1998) registra um processo de refinamento dos argumentos para persistência do problema de omissão estatal e legitimação da violência, citando o exemplo de teses jurídicas, como a legítima defesa da honra que foi sendo paulatinamente substituída pela violenta emoção seguida à injusta provocação da vítima. A autora salienta ainda que, numa reprodução dos papéis de gênero produzidos na sociedade, a honra é um atributo masculino, enquanto a injusta provocação é necessariamente feminina.

Numa ligeira análise desses processos parafrásticos, serão apresentadas regularidades discursivas estatais em relação à violência doméstica contra a mulher, tomando-se por base, em apertada síntese, alguns marcos legislativos até se chegar à edição da Lei Maria da Penha.

Breve análise da realidade anterior à Lei nº 9.099/95

Barsted (2007) aponta que o movimento feminista passou a se organizar com vistas a obter maior interlocução com o Poder Legislativo a partir da década de 1970, pressionando para propositura de leis que afastassem os óbices à cidadania feminina, a exemplo dos previstos no Código Civil de 1916. A autora destaca também a importância do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, proposto pelo movimento de mulheres e criado em 1985, no sentido de apoiar a articulação das mulheres e das pautas feministas durante o processo constituinte.

A incorporação dessas propostas à Constituição Federal de 1988 representou um grande avanço para o reconhecimento da igualdade de direitos entre homens e mulheres, bem assim para a conformação da ordem jurídica interna brasileira à Convenção sobre Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979.

No que tange especificamente à violência doméstica, o Código Penal, de 1940, previa apenas agravantes genéricas no artigo 61, inciso II, alíneas “e” e “f”, nos casos de crime cometido “contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge” e “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. Almeida (1998) ressalta a contradição de as circunstâncias de violência doméstica serem previstas legalmente como agravantes, mas funcionarem na prática como atenuantes, mediante teses defensivas que são adotadas pela jurisprudência e que justificam e legitimam as condutas criminosas.

Rocha (1998), pesquisando processos de violência doméstica contra a mulher nas Varas Criminais da Comarca de São Luís, levantados no ano de 1997 e referentes aos anos de 1988 e 1992, observou a grande incidência de arquivamentos, extinções da punibilidade por prescrição e decadência, e absolvições.

Nos casos de condenação, que representaram apenas 17,9% do universo estudado, a maioria das penas não era executada por não se localizar o réu.

A autora também constatou a utilização das teses de legítima defesa da honra e da violenta emoção, das argumentações em torno da preservação e defesa da família, bem como das alegações de falta ou insuficiência de provas, engendrando um discurso jurídico que desqualifica e naturaliza a violência doméstica, destituindo-a de caráter criminal.

Para além do tratamento dado ao problema no âmbito do Poder Judiciário, faz-se mister refletir a respeito de qual parcela das ocorrências chegavam a ser judicializadas, ou que ao menos geravam a abertura de inquérito e investigação na esfera policial. Almeida (1998), em pesquisa nas Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher no Rio de Janeiro, realizada nos anos de 1988 e 1992, demonstra a pequena porcentagem dos registros de ocorrência que se transformam em inquérito, apontando para discricionariedade dos agentes de polícia na gestão ou não-gestão desse tipo de conflito, bem como para a ausência de medidas que garantam a segurança da vítima.

Nessa toada, Almeida e Saffioti (1995, p. 209) explicam em que termos se expressa a ambiguidade do Estado e de suas instituições na abordagem da matéria:

Neste palco de negociação permanente com o poder instituído, emerge um campo de constituição de subjetividades. Nos binômios legalidade/moralidade, indiciamento/aconselhamento, reeleitura/reprodução de relações desiguais de gênero, os últimos termos têm sido tendencialmente hegemônicos. É, no entanto, um campo de forças também ambíguo no qual a *transgressão “legalizada”*, ou seja, aquela praticada pelos *agentes da lei*, a pretexto da ineficácia desta, se confunde com o improvisado, a intuição e/ou a banalização. É um terreno fértil para que a política se personifique, sendo circunscrita pelo conjunto de relações sociais do qual os seus executores participam.

Destarte, verifica-se que a atuação estatal, mesmo por poderes ou instituições que reivindicam para si um status de neutralidade, como o Judiciário, é constituída por opções políticas, que podem reforçar e legitimar desigualdades ou, por outro lado, contribuir para sua problematização e enfrentamento. Nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o que se verifica em maior proporção, conforme as pesquisas supramencionadas, é a

discricionariedade dos agentes estatais chegando à clara subversão do ordenamento positivo, o que representa a persistência e o agravamento das agressões perpetradas, sem que sejam adotadas medidas protetivas às vítimas tampouco providências investigativas e punitivas.

A violência doméstica contra a mulher como crime de menor potencial ofensivo: o paradigma de justiça consensual nos Juizados Especiais Criminais

Com o advento da Lei nº 9.099/95 e a criação dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs), a maior parte dos crimes envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher ficaram compreendidos por sua disciplina. Em virtude do rito que prima pela celeridade e ao fato de que esses conflitos passaram a sair do âmbito apenas das Delegacias e chegar ao Judiciário, alguns autores apontam esse diploma legal como avanço no tratamento dado a esses crimes (AZEVEDO; CRAIDY, 2011; PORTO, 2012). Ademais, os defensores da aplicação do microsistema dos JECRIMs a essa forma de violência argumentam que as soluções conciliatórias se figuram mais adequadas e eficientes para gerir conflitos dessa natureza.

Ocorre que, exatamente em razão dos diversos institutos despenalizadores e da aplicação do paradigma de justiça consensual, no qual tem primazia a composição das partes em conflito por meio de conciliação, essa disciplina foi apontada como fator de banalização dessa forma de violência. Nota-se que persiste a lógica da não criminalização, em um processo parafrástico que desloca para o Judiciário a função de conciliar e afastar a punição, o que antes era realizado a cargo da discricionariedade dos agentes de polícia e da não abertura ou conclusão de inquéritos.

A diferença é que a primazia concedida ao réu é institucionalizada, vez que o procedimento e os institutos da Lei nº. 9099/95 foram pensados para delitos de menor potencial ofensivo. A composição civil dos danos, na qual se presume uma igualdade e equilíbrio entre as partes para negociação, a exigência de representação da vítima para crimes de lesão corporal leve, a transação penal proposta pelo Ministério Público e que é submetida apenas à anuência do agressor, e ainda a possibilidade da suspensão condicional do processo após a denúncia, repercutiram em um baixíssimo percentual de condenações, na aplicação de penas irrisórias e na manutenção da primariedade dos réus.

Saffioti (2004) identificou, em pesquisa sobre a aplicação da Lei nº 9099/95 aos casos de violência doméstica contra a mulher, vítimas que apresentavam

diversos termos circunstanciados de ocorrência (TCO), o que demonstrava a continuidade das agressões. A manutenção do perfil violento do agressor contava com fatores de estímulo como o apenamento irrisório e a manutenção de sua primariedade.

Diante desse regramento legal, somado à forma como era implementado, que deixava as vítimas completamente desassistidas em audiências que eram realizadas, inclusive, sem a presença de juiz nem promotor, a autora conclui que a Lei dos Juizados Especiais Criminais legalizou a violência contra a mulher, em especial a violência doméstica. Esse também é o entendimento exposto no Relatório Nacional Brasileiro do ano de 2002, apresentado ao Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas, que aponta a prática dos JECRIMs como fator de banalização dessa forma de violência.

Afigura-se como o grande equívoco do microsistema da lei em comento o desprezo pela desigualdade nas relações de poder e pelas especificidades da violência doméstica e familiar contra a mulher, presumindo-se equilíbrio entre as partes em conflito e incolumidade da autonomia feminina, mesmo submetida à violência rotinizada e a diversos mecanismos de pressão que fragilizam seu estado emocional e psicológico.

Observa-se, com o induzimento à conciliação e a exigência de representação da vítima para oferecimento da denúncia, a re-privatização do conflito, pois se devolve à mulher a responsabilidade pela solução judicial da violência a que está subjugada. Campos (2003) salienta que, na conciliação induzida, o juiz abdica da função de equalizar a relação desigual entre as partes e, ao transferir a responsabilidade à própria vítima pela solução do conflito, redistribui o poder da relação em favor do réu.

As demandas envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher chegaram a responder por 70% do volume processual dos JECRIMs. No entanto, como assinalam Carmen Hein de Campos e Salo de Carvalho (2005), o sistema proposto pelos JECRIMs foi pensado para o conflito eventual e isolado entre Caio e Tício, e não para a violência habitual, permanente e cotidiana de José contra Maria, de João contra Joana. A classificação desta última como delito de menor potencial ofensivo ignora o comprometimento emocional e psicológico das vítimas, o ciclo da violência doméstica e a sua escalada para o recrudescimento das agressões, bem como as relações profundamente desiguais de poder.

A Lei Maria da Penha e a ruptura de paradigmas: violência doméstica e familiar contra a mulher como violação aos Direitos Humanos

Na esteira dos Tratados Internacionais dos Direitos Humanos das Mulheres, em especial a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1994), a Lei Maria da Penha optou por romper com a tradição jurídica de subalternização do conflito doméstico, tratando-o como grave violação aos Direitos Humanos das Mulheres. Analisando a ruptura de paradigmas propugnada por essa lei específica, Piovesan (2011, p. 385) ressalta algumas de suas inovações:

Destacam-se sete inovações extraordinárias introduzidas pela Lei “Maria da Penha”: mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher; incorporação da perspectiva de gênero para tratar da desigualdade e da violência contra a mulher; incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; fortalecimento da ótica repressiva; harmonização com a Convenção CEDAW/ONU e com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à orientação sexual; e, ainda, estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.

Desta feita, a Lei Maria da Penha prevê o deslocamento polissêmico de sentidos, rompendo a tradicional cisão entre espaços público e privado e a consequente cultura de absenteísmo e tolerância estatais em relação a essa forma de violência. Para tanto, afasta o paradigma de justiça consensual, que re-privatiza o conflito e atribui a responsabilidade pela gestão e solução do litígio às próprias vítimas, fragilizadas e pressionadas. Esse diploma legal colima, em suma, o enfrentamento das especificidades da violência de gênero e do ciclo de violência doméstica contra a mulher, sob a perspectiva preventiva, protetiva, assistencial e punitiva.

Impende registrar que a edição da Lei Maria da Penha também foi resultado de recomendações feitas ao Brasil pelo Comitê sobre a Eliminação da

Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA. Estas recomendações representam o monitoramento de compromissos assumidos pelo Brasil nos Tratados e Convenções de Direitos Humanos das Mulheres quanto a sua incorporação na ordem jurídica interna (ROCHA, 2012).

No âmbito do sistema interamericano de Direitos Humanos, há de se destacar o Relatório 54/2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, no qual se consignou a violação à Convenção Americana de Direitos Humanos e à Convenção de Belém do Pará pelo Estado brasileiro no caso da vítima Maria da Penha Maia Fernandes.

Nesse caso, além da condenação do Estado brasileiro ao pagamento de indenização à vítima, foi recomendado que se procedesse no caso a uma investigação séria, imparcial e exaustiva para determinar a responsabilidade penal do autor do delito. Também foram feitas recomendações de âmbito mais amplo: para que fossem adotadas medidas administrativas, legislativas e judiciárias que evitem a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil.

Cumprir destacar, outrossim, a efetiva participação dos movimentos de mulheres na formulação do projeto de lei que originaria a Lei Maria da Penha. Houve um longo processo de discussão e de elaboração de uma proposta por um consórcio de ONGs (ADVOCACY, AGENDE, CEPIA, CFEMEA, CLADEM/IPÊ e THEMIS). Essa proposta foi discutida e reformulada por um grupo de trabalho interministerial, coordenado pela Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, e enviada em novembro de 2004 pelo Presidente da República ao Congresso Nacional.

A relatoria do Projeto realizou audiências públicas em assembleias legislativas das cinco regiões do país ao longo do ano de 2005, que contaram com intensa participação de entidades da sociedade civil e resultaram em um substitutivo acordado entre a relatoria, o consórcio de ONGs e o Executivo Federal, que terminaria aprovado por unanimidade no Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente da República, tornando-se a Lei Maria da Penha (BARSTED, 2007).

Essa lei é reconhecida pela ONU como uma das três melhores legislações do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres. No entanto, o Brasil permanece com estatísticas alarmantes desse arraigado e crônico problema social. Com uma taxa de 4,8 assassinatos em 100 mil mulheres, o Brasil está entre os países com maior índice de homicídios femininos: ocupa a quinta posição em um ranking de 83 nações, segundo dados do Mapa da Violência 2015.

Segundo o balanço dos atendimentos realizados em 2014 pela Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, da Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM-PR), 43% das mulheres em situação de violência sofrem agressões diariamente; para 35%, a agressão é semanal (COM-PROMISSO E ATITUDE, 2015). A última pesquisa DataSenado revela que uma em cada cinco mulheres já foi espancada pelo marido, companheiro, namorado ou ex. E 100% das brasileiras conhecem a Lei Maria da Penha (SENADO FEDERAL, 2015).

Acerca dos feminicídios, o Mapa da Violência 2015 aponta que, entre 2003 e 2013, o número de vítimas do sexo feminino passou de 3.937 para 4.762, incremento de 21,0% na década. Essas 4.762 mortes em 2013 representam 13 homicídios femininos diários. Limitando a análise ao período de vigência da Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 2006, verifica-se que a maior parte desse aumento decenal aconteceu sob a égide da nova lei: 18,4% nos números e 12,5% nas taxas, entre 2006 e 2013 (WAISELFISZ, 2015).

Esse paradoxo leva ao questionamento de como estão sendo interpretadas e aplicadas as disposições desse diploma legal, bem como se as instituições e agentes do Estado assimilaram, em sua atuação, a ruptura prevista por essa legislação específica em relação à cultura jurídica tradicional sobre a matéria.

O instituto das medidas protetivas de urgência: o problema de sua (in)execução

A Lei Maria da Penha trouxe várias inovações no tratamento dado à violência doméstica e familiar contra a mulher, destacando-se o instituto das medidas protetivas de urgência, de natureza cautelar, com a finalidade de garantir proteção e assistência às vítimas.

Estão elencadas nos artigos 22, 23 e 24 da referida lei, constituindo rol exemplificativo. Estão divididas em medidas que obrigam o agressor, que lhe impõem restrições a sua liberdade: suspensão da posse ou restrição do porte de armas do agressor; afastamento do agressor do lar; proibição de aproximação da ofendida, seus familiares e testemunhas; proibição de contato com a ofendida, familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; proibição de frequência de determinados lugares; restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores; prestação de alimentos provisionais ou provisórios. E medidas protetivas à ofendida: encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; recondução da ofendida e de

seus dependentes ao domicílio, após afastamento do agressor; afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; separação de corpos.

Também se atentou para sua segurança patrimonial, através da previsão da medidas do artigo 24: restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida; proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade comum, salvo expressa autorização judicial; suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor; prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática da violência.

As medidas protetivas de urgência demonstram a preocupação do legislador em enfrentar o caráter complexo e multifacetado da violência doméstica e familiar contra a mulher, que não se restringe aos aspectos criminais, assim como em evitar uma visão fracionada do problema.

Para o atendimento mais célere, integrado e especializado, a Lei Maria da Penha também previu a instituição de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (JVDFMs), com competência cível e criminal para o processo, o julgamento e a execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 14). Essa nova instituição de justiça gerou grandes expectativas de avanços no atendimento dado às vítimas desses crimes, conforme se observa nessa preleção de DIAS (2007, p. 135):

Acabou o calvário da vítima de violência doméstica que, depois de fazer o registro da ocorrência na polícia, precisava procurar um advogado ou ir à Defensoria Pública, para que alguma providência fosse buscada por meio de ação proposta junto à Vara de Família. O único jeito de, por exemplo, ver afastado o agressor de casa era através da ação cautelar de separação de corpos (CPC, art. 888, VI, e CC, art. 1562) ou mediante pedido de antecipação de tutela na ação de separação. Ainda assim, por ser o registro de ocorrência documento produzido somente com informações da vítima, além de ser prova unilateral, havia resistência de alguns juízes em aceitá-lo para a concessão da medida liminar. Fora disso, para obter alimentos, quer para si, quer para os filhos, se fazia necessário o ingresso de nova ação. Enquanto isso, não tendo para onde ir e nem como subsistir, depois de registrar a ocorrência, a única saída da mulher era voltar para casa e aguardar a audiência perante o Juizado Especial Criminal.

Pressionada pelo agressor para confessar onde esteve, ao dizer que foi à polícia denunciar a agressão, não é difícil imaginar-se o que ocorria.

Ocorre que, na prática, são verificadas várias dificuldades estruturais – tais como a ausência de uma rede integrada de atendimento psicossocial e de saúde para vítimas e agressores e de programas de proteção à vítima, abrigos e centros de apoio – bem como interpretações que restringem o pleno cumprimento das disposições da lei específica, mormente por falta de capacitação e de conhecimentos transdisciplinares na área de gênero por parte dos agentes das instituições responsáveis, como a Polícia, Defensoria Pública, Ministério Público e Judiciário.

A plena implementação da lei demanda a adoção de diversas políticas públicas, inclusive para a criação e instalação das instituições especializadas. Sua ausência demonstra que novamente o absentismo e a omissão do Estado comprometem o enfrentamento efetivo dessa forma de violência em suas especificidades. Ademais, o apego à tradição jurídica de não criminalização dessa prática por parte dos agentes das instituições, ainda que subvertendo o texto legal, resulta na subutilização dos institutos previstos na Lei Maria da Penha. Monitoramentos e relatórios produzidos por organizações não governamentais apontam vários fatores dessas duas ordens – estrutural e cultural – que prejudicam a efetividade da norma em comento.

O relatório produzido pela Cidadania, Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CEPIA) – recaiu sobre as instituições de segurança pública e justiça e a forma como seus operadores compreendem a Lei 11.340/2006 e sua aplicação no dia a dia das delegacias e juizados. Foram analisadas realidades em cinco capitais, selecionadas pela diversidade de contextos que representam: Porto Alegre (RS), Recife (PE), Rio de Janeiro (RJ), Salvador (BA) e São Paulo (SP).

As dificuldades elencadas nesse relatório para a implementação da lei são: a ausência de transversalização de gênero nas políticas públicas; atuação segmentada; a falta de especialização do atendimento e de capacitação dos profissionais da polícia e dos juizados calcada em uma abordagem de gênero, incluindo os magistrados; pouca estrutura e reduzidos quadros profissionais dos juizados, deixando-os sobrecarregados; a ausência de serviços de apoio para efetivação das medidas protetivas de urgência, inclusive por parte da polícia militar; as respostas judiciais estarem se limitando ao deferimento das medidas protetivas de urgência, sem continuidade dos processos criminais; a aplicação parcial da lei por interpretação de alguns profissionais, que consideram outras normas conflitantes; carência de defensores públicos para acompanhamento e orientação das vítimas; morosidade

dos inquéritos policiais; estratégias de alguns profissionais para não dar continuidade aos inquéritos e processos criminais, mesmo após o entendimento do Superior Tribunal Federal que afirma a natureza da ação penal pública incondicionada para as lesões corporais leves; ausência de redes articuladas.

Conforme se observa nas dificuldades descritas no relatório, as medidas protetivas de urgência estão sendo colocadas a serviço do paradigma de justiça consensual, encarada a sua mera concessão como solução definitiva do conflito, sem a garantia e o acompanhamento de sua efetividade. O seu deferimento, nessa senda, figura apenas como espécie de “compensação” pela violência sofrida, sem preocupação com o empoderamento da vítima e suas reais condições para romper com o ciclo de ameaças e agressões. Negligenciadas, portanto, a proteção e a assistência legalmente previstas à vítima, bem como a persecução criminal e a punição dos crimes preconizadas pela lei.

No sentido de atrelar o instituto das medidas protetivas de urgência à perspectiva consensual de resolução de conflitos, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Mariana Craidy (2011, p. 30) apresentam em seu trabalho posicionamento favorável à audiência prévia com o fim de conciliação e extinção da persecução criminal. Para tanto, transcreveram trecho da entrevista feita com a juíza que respondeu pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, da comarca de Porto Alegre, entre maio de 2008 e setembro de 2009, no qual ela explica sua atuação no âmbito dos processos de medidas protetivas de urgência:

[...] Eu vou marcando as audiências sem esperar chegar o inquérito, porque se eu for esperar cinco meses ou um ano para chegarem os autos, o que vai acontecer com essas pessoas nesse meio tempo? Eu estou me desgastando para tentar atender com rapidez essas pessoas. Então se chega aqui dizendo que depois ele ficou bonzinho e a vítima diz que não quer mais o processo, eu aviso na delegacia, dependendo da situação, ou eu encaminho para o A.A.. Então eu aviso a delegada que aquele processo não tem mais possibilidade de punibilidade e ela não precisa mais fazer aquele inquérito. Então, o que eu faço aqui, o que eu consigo resolver aqui, a delegada não precisa fazer o inquérito lá [...]

Nessa esteira, verifica-se que são privilegiados a resolução e o tratamento meramente formais às situações de violência, apenas para garantir a extinção dos processos e a manutenção da entidade familiar. A arraigada cultura jurídica de banalização dessa forma de violência e a primazia da preservação da

entidade familiar em detrimento da dignidade e integridade de seus membros permanece norteando a atuação dos agentes estatais, mesmo após a ruptura propugnada pela Lei Maria da Penha na forma do compromisso constitucional do Estado brasileiro e dos Tratados de Direitos Humanos das mulheres.

Essa atuação, que prioriza a função conciliatória em detrimento das funções protetiva e punitiva impostas pela lei, assenta-se em duas grandes falácias: a primeira é a de que a reconciliação do casal representa o fim ou a ruptura com a situação de violência. Nesse caso, ignora-se o ciclo da violência doméstica e familiar contra a mulher, já analisada por tantos pesquisadores.

Rocha (2007) explica que a primeira fase desse ciclo, denominada “tensão do homem/medo da mulher”, se caracteriza pela utilização, pelo homem, de vários pretextos desencadeadores e justificadores da violência praticada; a segunda, denominada de “agressão do homem/cólera ou tristeza da mulher”, se configura pelo agravamento dos atos de violência; a terceira fase, correspondente à “desresponsabilização do homem/culpabilização da mulher”, apresenta a tentativa do agressor de minimizar a gravidade dos atos de violência praticados por ele, justificando o seu comportamento com base em fatores exteriores, atribuindo à companheira parte da responsabilidade pela violência ou acusando-a de dramatizar a situação excessivamente e de ter problemas mentais. Já a mulher, nessa fase, internaliza a ideia de culpa pela violência sofrida e tenta afastá-la com mudanças comportamentais suas.

A última fase, consoante esclarece a autora, é chamada de “perdão do homem/esperança da mulher”, ou também denominada de “lua-de-mel”, e se caracteriza pela cessação da violência. Há os pedidos de ajuda e desculpas, as promessas por parte do agressor, a oferta de presentes, a reconciliação. A mulher renova suas esperanças de mudança do companheiro, que se encontra nessa fase amável, carinhoso e calmo, e mantém a relação. Depois de algum tempo, quando o ciclo recomeça, a lembrança dessa fase dificulta que ela perceba os episódios de violência como parte desse círculo, como estratégia de controle e abuso de poder que a subjuga.

Como se vê, a reconciliação não está fora do ciclo da violência, nem representa a sua ruptura. Ela compõe e faz parte de um círculo de violência peculiar, com especificidades, ambivalências e recuos próprios das situações de violência vivenciadas no contexto de relações afetivas e familiares. O Estado, portanto, ao promover a reconciliação, não está realizando nenhum ato inédito, haja vista que a mulher que bate às portas da Delegacia e do Judiciário já passou, em regra, pela reiteração deste ciclo, com o conseqüente agravamento da violência, na espiral crescente que também a caracteriza.

A segunda grande falácia que sustenta a ótica privada e conciliatória para esse tipo de conflito seria o respeito à autonomia da mulher. Essa perspectiva se mostra falaciosa porque pressupõe uma autonomia que permanece incólume, intacta, mesmo após os efeitos emocionais e psicológicos perniciosos da violência rotinizada, que minam a autoestima e autoconfiança da vítima.

Por essa concepção, mesmo após fragilizada pela violência continuada e habitual, praticada por pessoas de seu convívio íntimo e com as quais mantém vínculos afetivos e familiares, a sua autonomia, tal qual a de uma heroína, permanece íntegra, permitindo-lhe, inclusive, negociar, conciliar, estabelecer acordos, em igualdade de condições com seu agressor.

Cumpre, então, fazer a distinção entre o compromisso estatal de empoderar a mulher, ou seja, equalizar, ou pelo menos minimizar as desigualdades e desequilíbrios de poder na relação entre vítima e agressor, e a atividade de responsabilizar a ofendida pela gestão e resolução do conflito.

Responsabilizar significa já pressupor autonomia e empoderamento da vítima para assumir a resolução do conflito no processo e romper sozinha com a situação de violência, sem o aparato de proteção e assistência do Estado. Empoderar representa exatamente reconhecer que existem óbices para o efetivo exercício dessa autonomia, oferecendo condições para seu resgate e controle da própria vida com dignidade. Impende registrar que a transformadora ideia de empoderamento das mulheres foi veiculada como compromisso dos Estados na Conferência Mundial de População e Desenvolvimento – Conferência de Cairo (1994) – e na IV Conferência Mundial sobre a Mulher – Conferência de Pequim (1995).

A forma para perseguir esse empoderamento das vítimas de violência doméstica, a ser promovido pelo Estado, vez que imposta pela lei, é a garantia da efetividade das medidas protetivas de urgência e a continuidade, por interesse do Estado, da persecução criminal e pretensão punitiva. Dessa forma, não se impõe à vítima a responsabilidade – tantas vezes acompanhada de pressões, culpa e revitimização – pela continuidade do processo. Preconiza-se a autonomia no controle da vítima sobre sua própria vida sem afronta à sua dignidade, após garantida a ruptura com o ciclo de violência, e não um suposto controle do processo judicial.

A Lei Maria da Penha trata com bastante rigor a execução das medidas protetivas de urgência, no sentido de garantir sua efetividade, o que se observa pela atenção à celeridade, com prazos exíguos para apreciação do pedido (artigo 18, inciso I); com a dispensa de audiência prévia (artigo 19, § 1º); com a previsão da competência para processamento, julgamento e execução

pelos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (artigo 14); com a possibilidade de prorrogação, de substituição ou de concessão de novas medidas, segundo a necessidade de proteção da vítima (artigo 19, §§ 2º e 3º); extremo rigor com o seu descumprimento por parte do agressor, impondo para esses casos a sua prisão preventiva (nova hipótese de prisão preventiva prevista no artigo 42 da Lei Maria da Penha, porém esta foi alterada pela Lei nº 12.403/2011, com o fim de incluir a vítima criança, adolescente, idoso, enfermo ou com deficiência, de modo que a possibilidade de prisão preventiva para garantir a execução das medidas protetivas de urgência, figura atualmente no artigo 313, inciso III, do Código de Processo Penal).

No entanto, a completa ausência de execução das medidas, incluindo a ausência do que há de mais simples, basilar e fundamental, que é a intimação das partes (vítima e agressor) a respeito da resposta estatal para a tutela de urgência requerida vem sendo verificada. Embora o diploma legal em comento estabeleça diversas formas de garantia de execução das medidas, fazendo expressa menção à possibilidade de utilização de auxílio da força policial (artigo 22, § 3º), impondo prisão preventiva ao agressor que a descumpra (artigo 42), bem como possibilitando ao magistrado a substituição e revisão das tutelas já concedidas e concessão de novas medidas que se fizerem necessárias (artigo 19, §§ 2º e 3º).

A “perda do interesse de agir” da vítima: extinção de medidas protetivas de urgência na Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luís/MA

Realizou-se pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça do Maranhão na internet, utilizando como palavras-chaves “medida protetiva de urgência” e “extinção”. Foram encontrados como resultado diversos acórdãos, de mesmo teor, em que se reformam sentenças da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luís/MA.

As sentenças cassadas extinguem o processo de medida protetiva de urgência por perda do interesse de agir da vítima, sem que esta tenha sido intimada a se manifestar sobre seu real interesse na continuidade do processo e sobre sua situação fática. O fundamento da sentença para a extinção é apenas o decurso de certo lapso temporal após a concessão da medida sem que tenha havido novas manifestações da vítima.

Verifica-se o completo desinteresse do Juízo em tomar conhecimento sobre a efetividade das medidas, tampouco em garantir seu cumprimento. A negligência e a omissão revelam-se, portanto, na ausência de providências a serem

tomadas de ofício, como a intimação da vítima antes de promover a extinção do processo. A situação mostra-se ainda mais grave quando se observa que, em muitos casos, também não houve intimação da vítima e do agressor sobre a própria concessão da medida, tampouco do Ministério Público.

Seguem, exemplificativamente, referências a alguns acórdãos desse teor: Acórdão da Apelação Cível nº 630-08.2011.8.10.0005. Relator: Desembargador Marcelo Carvalho Silva. Diário de Justiça do estado do Maranhão. 24 out. 2014. p. 74-75; Acórdão da Apelação Cível nº 297-22.2012.8.10.0005. Relator: Desembargador Lourival de Jesus Serejo Sousa. Diário de Justiça do estado do Maranhão. 30 out. 2014. p. 98; Acórdão da Apelação Cível nº 955-46.2012.8.10.0005. Relatora Desembargadora Ângela Maria Moraes Salazar. Diário de Justiça do estado do Maranhão. 1º out. 2014. p. 41; Acórdão da Apelação Cível nº 1205-16.2011.8.10.0005. Relator: Desembargador Marcelo Carvalho Silva. Diário de Justiça do estado do Maranhão. 8 jun. 2015. p. 103-104; Acórdão da Apelação Cível nº. 0000565-76.2012.8.10.0005. Rel. Desembargador(a) José de Ribamar Castro, Segunda Câmara Cível, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015; Acórdão da Apelação Cível nº 0001205-16.2011.8.10.0005. Rel. Desembargador(a) Marcelo Carvalho Silva, Segunda Câmara Cível, julgado em 19/05/2015, DJe 08/06/2015; Acórdão da Apelação Cível nº. 0000038-27.2012.8.10.0005. Rel. Desembargador(a) Marcelo Carvalho Silva, Segunda Câmara Cível, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016.

As datas dos acórdãos e a reiteração de seu conteúdo em diversos julgados demonstram que não se tratam de sentenças pontuais ou casos isolados, mas sim de um padrão iterativo e ainda recente na condução dos processos de medidas protetivas de urgência e de sua extinção na Vara Especializada da Comarca de São Luís.

Os acórdãos destacam que o simples silêncio da vítima não pode ser interpretado como desinteresse, a ensejar extinção do processo, como também registram a ausência de providências elementares como a citação do réu e a intimação deste e da vítima acerca das medidas concedidas. É o que se depreende da seguinte ementa:

EMENTA PROCESSUAL CIVIL. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DO AGRESSOR EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS PROTETIVAS CONCEDIDAS - NECESSIDADE. SILÊNCIO DA VÍTIMA QUE NÃO PODE SER INTERPRETADO COMO DESINTERESSE. ARTIGO 267, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC - VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE

INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PREJUÍZO CONFIGURADO. SENTENÇA ANULADA. APELO PROVIDO. UNANIMIDADE. I - Segundo entendimento desta Câmara, nos casos como da espécie, resta “configurada a flagrante violação do devido processo legal na medida em que o juízo foi inerte em realizar a intimação do agressor quanto às medidas aplicadas em seu desfavor, possibilitando, inclusive, a sua defesa. Ante esse contexto fático-processual, em que a paralisação do feito decorreu da própria inércia do juiz de primeiro grau, não há que se falar em ausência superveniente de interesse de agir da representante, devendo ser desconstituída a sentença, com o prosseguimento do feito na instância de origem, como de direito.” (TJMA; AC 39.067/2014 - SÃO LUÍS; Rel. Des. MARCELO CARVALHO SILVA; 21.11.2014) II - A extinção do processo, sem resolução do mérito, por negligência ou abandono da causa, nos termos do art. 267, inc. II e III, do CPC, exige prévia e pessoal intimação da parte para suprir a falta, no prazo de 48 horas. Inteligência do § 1º, do art. 267, do Código de Processo Civil; III - Nos termos do art. 25, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher; Apelação provida à unanimidade. (Ap 57189/2014 no(a) AI 051411/2013, Rel. Desembargador(a) JOSÉ DE RIBAMAR CASTRO, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 03/02/2015, DJe 06/02/2015). (grifos nossos).

Na mesma esteira, essa outra ementa ressalta o princípio do impulso oficial, salientando a desnecessidade de o autor do processo requerer que o juiz pratique atos de seu ofício a cada passo do procedimento. Segue a ementa:

EMENTA APELAÇÃO CÍVEL. LEI MARIA DA PENHA. MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREJUÍZO. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO E INTIMAÇÃO DO AGRESSOR EM RELAÇÃO ÀS MEDIDAS PROTETIVAS CONCEDIDAS. SILÊNCIO DA VÍTIMA NÃO PODE SER

INTERPRETADO COMO DESINTERESSE. ARTIGO 267, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. VIOLAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL CONFIGURADA. I - A extinção do processo por abandono, pelo autor, pressupõe, obviamente, que tenha deixado de praticar ato determinado, e jamais poderá prevalecer se o não andamento do feito decorrer da inércia do juiz. II - Conforme preceitua o art. 262 do Código de Processo Civil, o processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial. Assim, uma vez proposta a demanda, não é necessário que o autor tenha de requerer que, a cada passo do procedimento, pratique o juiz os atos de seu ofício. III - Nos termos do art. 25, da Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), O Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher. IV - No caso concreto, restou configurada a flagrante violação do devido processo legal na medida em que o juízo foi inerte em realizar a intimação do agressor quanto às medidas aplicadas em seu desfavor, impossibilitando, inclusive, a sua defesa. V - Ante esse contexto fático-processual, em que a paralisação do feito decorreu da própria inércia do juiz de primeiro grau, não há que se falar em ausência superveniente de interesse de agir da representante, devendo ser desconstituída a sentença, com o prosseguimento do feito na instância de origem, como de direito. VI - Apelação provida, conforme parecer ministerial. (Ap 0390622014, Rel. Desembargador(a) MARCELO CARVALHO SILVA, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, julgado em 02/02/2016, DJe 15/02/2016)

Impende registrar que, nos acórdãos encontrados, não se está questionando a ausência de monitoramento eletrônico do agressor - já implementado em algumas cidades brasileiras, com o uso de tornozeleiras eletrônicas ou o chamado “botão do pânico” (CONGRESSO NACIONAL, 2013) - nem de encaminhamento da vítima e/ou agressor a uma rede integrada de serviços psicossociais e de saúde, de abrigos, ou de centros de apoio. A ausência dessas medidas, embora inescusável pelo Estado, depende da criação de políticas públicas e alocação de recursos públicos para sua efetiva adoção.

Não se trata da omissão quanto a garantir a efetividade das medidas concedidas, mas da total negligência quanto à condução dos processos e seus resultados, vez que sequer é dado conhecimento às partes da resposta estatal aos pedidos. A ausência de intimação das partes gera decisão inócua, meramente formal ou de gaveta, sucedida por longo silêncio no processo, período em que não se procura saber sobre o cumprimento da decisão judicial e sobre a situação em que se encontra a vítima.

Por derradeiro, a vítima é silenciada definitivamente naquele processo, em que lhe é atribuída a “perda do interesse de agir”. Observa-se, portanto, que mesmo diante de atos a serem praticados de ofício pelo Poder Judiciário se re-privatiza o conflito, imputando à vítima a total responsabilidade pela continuidade do processo. Se tal procedimento já seria grave em qualquer espécie de lide, mormente por inobservância do devido processo legal, imensurável lesividade se configura em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Desconsidera-se a dificuldade específica dessas vítimas em buscar a tutela estatal, desprezando-se esse seu difícil ato de resistência. Na condução do processo em moldes que afrontam até mesmo as suas garantias formais, a vítima se vê sem resposta, reduzida novamente ao silenciamento e, desta vez, com o gravame de total descrença no Judiciário, que não adotou qualquer medida no sentido de garantir sua segurança.

As medidas protetivas são, então, extintas, sem que se tenha conhecimento sobre o real desfecho da situação de violência, que pode ter se agravado ou até mesmo gerado a prática de feminicídio. A vítima pode, inclusive, não ter voltado a se manifestar no processo por ter sido assassinada, por ser mais uma mulher a integrar as graves estatísticas dessa violência fatal e sexista. Mas as circunstâncias que a levam ao silenciamento, incluindo a própria inércia institucional, não foram de interesse da Vara Especial de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher da Comarca de São Luís. Privilegia-se a prática absenteísta, negligente, que descumpra os mais basilares preceitos legais. Diante de semelhante quadro, resta inarredável a conclusão de que o Estado atribui à vítima a falta de interesse que lhe é própria.

Conclusão

Na tensão entre paráfrases e polissemias, constitutiva dos sentidos e dos sujeitos, nota-se a prevalência dos processos parafrásticos na prática discursiva do Estado em relação à violência doméstica e familiar contra a mulher, que remontam à arraigada memória discursiva que dicotomiza o público e

o privado e exclui da responsabilidade estatal essa dramática expressão da violência de gênero.

Destarte, permanece atual e necessária a reivindicação histórica do movimento feminista no sentido de visibilizar e publicizar o problema da violência contra a mulher, reformulando as concepções políticas que desprezam as relações de poder presentes em espaços tradicionalmente naturalizados, como a casa e a família. Na perspectiva genealógica foucaultiana, os dispositivos de poder produtores dos sujeitos e identidades esprraiam-se nas mais diversas estruturas da sociedade, incluindo-se os poderes moleculares e periféricos.

A ordem social de gênero é produzida, desse modo, por meio de diversos dispositivos e no âmbito de variadas instituições, gerando lugares sociais sexuais que, dentro do histórico e cultural padrão androcêntrico, manifestam-se na dinâmica hierarquizada de subalternização do feminino. A violência contra a mulher, incluída a praticada em âmbito doméstico e familiar, apresenta-se como um de seus mais insidiosos dispositivos, articulando-se aos discursos legitimadores que sustentam a sua reprodução.

Na articulação com os poderes estatais, tem prevalecido a lógica de tolerância do Estado quanto à prática da violência doméstica contra a mulher, seja através da resistência dos agentes estatais em criminalizá-la, seja através da incorporação de estereótipos de gênero para justificar a omissão dessas instituições. Cumpre, não obstante, salientar que o Estado não é instituição monolítica e também se apresenta como sujeito descentrado, que ora promove rupturas com a própria tradição jurídica, ora reforça e institucionaliza a violência contra essas vítimas.

Nesse sentido, encontram-se algumas iniciativas administrativas, legislativas e judiciais que veiculam pontuais rupturas de paradigmas, a exemplo da ratificação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos das mulheres e sua incipiente e fragmentada incorporação na ordem jurídica interna. A Lei Maria da Penha adota tal mudança de perspectiva, inclusive no que tange ao papel do Estado na prevenção, punição dos agressores e proteção das vítimas.

No entanto, a discricionariedade dos agentes do aparato policial-judiciário permanece aplicando a lógica absenteísta, que re-privatiza o conflito doméstico e devolve à própria vítima a sua gestão e resolução sob a ótica consensual de justiça, desprezando a natureza de grave violação aos direitos humanos que esses crimes representam. Ainda que em flagrante subversão ao texto legal, os institutos da Lei Maria da Penha continuam subutilizados e, em sua maioria, sem garantia de efetividade.

A concessão das medidas protetivas de urgência como providência meramente formal, sem preocupação com a efetiva garantia da segurança, proteção e assistência às vítimas, demonstra a negligência do Estado em relação aos compromissos assumidos nos tratados internacionais sobre a matéria, aos deveres constitucionais e às imposições legais a que suas instituições e agentes devem guardar observância e dar execução. Em suma, são mantidas formas de privilegiar a concepção liberal oitocentista de igualdade e de Estado, de modo que este continua a meter a colher de forma tímida e insuficiente no problema da violência doméstica e familiar, com consequências desastrosas para a dignidade e direitos fundamentais das mulheres brasileiras.

Referências

- ALMEIDA, Suely Souza de. **Femicídio**: algemas (in)visíveis do público-privado. Rio de Janeiro: Revinter, 1998.
- ALMEIDA, Suely Souza de; SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Violência de gênero**: poder e impotência. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.
- AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CRAIDY, Mariana. Conflitos de Gênero no Judiciário: a aplicação da Lei nº 11.340/06 pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar de Porto Alegre/RS. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (Org.). **Relações de gênero e sistema penal**: violência e conflitualidade nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- BARSTED, Leila de Andrade Linhares. A resposta legislativa à violência contra as mulheres no Brasil. In: ALMEIDA, Suely Souza de. (Org.). **Violência de gênero e políticas públicas**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 03 ago. 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 03 ago. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/_Ato20042006/2006/Lei/L11340.htm. Acesso em: 03 ago. 2015.
- CAMPOS, Carmen Hein; CARVALHO, Salo de. Violência doméstica e Juizados Especiais Criminais: análise a partir do feminismo e do garantismo. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis: UFSC, v. 14, n. 2, p. 409-422. 2005.
- CAMPOS, Carmen Hein. Os juizados especiais criminais (Jecrims) e a conciliação da violência conjugal. In: ALMEIDA, S. S. de; SOARES, B. M.; GASPARY, M. (orgs). **Violência doméstica**: bases para formulação de políticas públicas. Rio de Janeiro: Revinter, 2003.

- CEDAW. **Relatório nacional brasileiro**: Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, Protocolo facultativo. PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia (coord.). Brasília: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Justiça, Secretaria de Estado dos Direitos da Mulher, 2002.
- CEPIA – CIDADANIA, ESTUDOS, PESQUISA, INFORMAÇÃO E AÇÃO. **Violência contra a mulher e acesso à justiça: estudo comparativo sobre a aplicação da Lei Maria da Penha em cinco capitais**. Relatório Final – Outubro/2013. Disponível em: www.cepia.org.br/pesquisa_out.pdf. Acesso em: 15 jul. 2015.
- CONGRESSO NACIONAL. **Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher**. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101261>. Acesso em: 15 out. 2016.
- COMPROMISSO E ATITUDE. **Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180**. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/dados-nacionais-sobre-violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 20 dez. 2015.
- DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei nº 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Trad. Roberto Machado. 25. ed. São Paulo: Graal, 2012.
- HERMANN, Jaqueline; BARSTED, Leila de Andrade Linhares. O Judiciário e as violências contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar. **Cadernos Cepia**, Rio de Janeiro, n. 2, 1995.
- LAGE, Lana; NADER, Maria Beatriz. Violência contra a mulher: da legitimação à condenação social. *In*: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (Org). **Nova História das Mulheres**. São Paulo: Contexto, 2012.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Acórdão do Processo nº 057189/2014**. Relatoria do Desembargador José de Ribamar Castro. Segunda Câmara Cível. Julgamento em: 03/02/2015, DJe 06/02/2015.
- MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. **Acórdão do Processo nº 039062/2014**, Relatoria do Desembargador Marcelo Carvalho Silva. Segunda Câmara Cível. Julgamento em: 02/02/2016, DJe 15/02/2016.
- ONU MULHERES. **Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres**. Disponível em: http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2016/04/diretrizes_feminicidio.pdf. Acesso em: 01 ago. 2016.
- ORLANDI, Eni P. **Análise de discurso: princípios e procedimentos**. 11. ed. Campinas: Pontes Editores, 2013.
- PEDRO, Joana Maria. O feminismo de “segunda onda”: corpo, prazer e trabalho. *In*: PINSKY, Carla Bassanezi; PEDRO, Joana Maria (org). **Nova História das Mulheres**. São Paulo: Contexto, 2012.
- PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Tamara Amoroso. **Gênero no Supremo Tribunal Federal**. *In*: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: Lei nº 11.340/2006 – análise crítica e sistêmica. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

- ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **A atuação do poder judiciário face à questão da violência doméstica contra a mulher**. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) – Universidade Federal do Maranhão. São Luís, 1998.
- ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. **Casas-abrigo no enfrentamento da violência de gênero**. São Paulo: Veras, 2007.
- ROCHA, Lourdes de Maria Leitão Nunes. Violência de Gênero, Violência Doméstica e Intrafamiliar e Direitos das Mulheres no Brasil. *In*: Gonçalves, Cláudia Maria da Costa (Org.). **Direitos Humanos: direitos de quem?** Curitiba: Juruá, 2012.
- SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. Coleção Brasil Urgente. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.
- SENADO FEDERAL. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_e_familiar_contra_a_mulher-08-2015.pdf. Acesso em: 12 ago. 2015.
- SENADO FEDERAL. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa-Violencia_Domestica_contra_a_Mulher_2013.pdf. Acesso em: 29 jun. 2014.
- SOIHET, Rachel. Movimento de mulheres: a conquista do espaço público. *In*: PINSKY, Carla Basanezi; PEDRO, Joana Maria (Org). **Nova História das Mulheres**. São Paulo: Contexto, 2012.
- WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 20 dez. 2015.

2

Proposição de critérios de legitimidade do processo legislativo, com ênfase na atuação das CCJ'S

Ingrid Medeiros Lustosa Diniz¹

Cássius Guimarães Chai²

Décio Nascimento Guimarães³

DOI: 52695/978-65-5672-018-0-p40-66

-
1. Advogada OAB-PI. Mestra em Direito e Instituições dos Sistemas de Justiça – PPGDIR –UFMA.
 2. Professor associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.
 3. Doutor e Mestre em Cognição e Linguagem pela Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). É Diretor Editorial da Editora Brasil Multicultural, Coordenador Acadêmico do Instituto Brasil Multicultural de Educação e Pesquisa, Orientador Educacional da Prefeitura Municipal de Macaé e Técnico de Atividade Judiciária - Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Atualmente é Agente de Capacitação da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) - Núcleo Campos dos Goytacazes, Professor da Escola de Administração Judiciária (ESAJ) do TJERJ, Professor Universitário e Pesquisador nas Áreas: Mediação de Conflitos, Inclusão Escolar, Multiculturalismo e Educação.

Introdução

O que é a política? e processo legislativo? O primeiro refere-se a tudo aquilo que é realizado por políticos, o segundo é o procedimento que legitima a política? Se o primeiro é viciado e nada contribui para o desenvolvimento da sociedade o segundo é contraproducente a finalidade proposta?⁴

Caso estes questionamentos fossem respondidos de forma simples e direta, sendo positiva e totalmente verdadeira haveria a ruptura de todos os ordenamentos que elegeram o processo legislativo como mecanismo, como procedimento de formulação de normas jurídicas. Haja vista que a realização de um processo viciado na origem inviabiliza a aplicação dos produtos dele provenientes.

A vinculação da política com a corrupção, e a desconfiança a ela atribuída, é proveniente não apenas dos inúmeros escândalos que fazem do Brasil um dos países com a menor credibilidade do Poder Legislativo, mas também com a institucionalização do preconceito que viraliza a política como o oposto a verdade, como um mecanismo defasado de promoção do controle social, como contrário a garantia dos direitos fundamentais de um cidadão, como diametralmente oposta ao direito.⁵

Suscita, em princípio, Hannah Arendt que realmente pode ser que a tarefa da política seja construir um mundo tão transparente para a verdade como a criação de Deus, para em seguida afirmar que a política nada tem a ver com isso. A política organiza, de antemão, as diversidades absolutas de acordo com uma igualdade relativa e em contrapartida às diferenças relativas (ARENDR, 2002, p. 8).⁶

4. Mas nós afirmamos não julgar, em absoluto, dentro da sociedade e essa renúncia, essa substituição do juízo pelo preconceito só se torna perigosa quando se alastra para o âmbito político, onde não conseguimos mover-nos sem juízos porque, como veremos mais tarde, o pensamento político baseia-se, em essência, na capacidade de formação de opinião (ARENDR, 2002, p. 10).

5. Em nosso tempo, ao se pretender falar sobre política, é preciso começar por avaliar os preconceitos que todos temos contra a política — visto não sermos políticos profissionais (ARENDR, 2002, p. 8).

6. Mas nós afirmamos não julgar, em absoluto, dentro da sociedade e essa renúncia, essa substituição do juízo pelo preconceito só se torna perigosa quando se alastra para o âmbito político, onde não conseguimos mover-nos sem juízos porque, como veremos mais tarde, o pensamento político baseia-se, em essência, na capacidade de formação de opinião. (ARENDR, 2002, p. 8).

Se em verdade há uma igualdade relativa entre todos, e a política organiza o que está à margem dessa igualdade, então seguindo o entendimento de Schumpeter o povo deve admitir também, em princípio pelo menos, que há também uma vontade comum (a vontade de todas as pessoas sensatas) que corresponde exatamente ao interesse, bem-estar ou felicidade comuns (SCHUMPETER, 1961, p. 300).⁷

Se todos racionalmente acreditam na existência de uma vontade geral, compartilhada e aceita por todos, o processo legislativo deveria ser entendido como o caminho de formalização dessa vontade geral, como a autolimitação, isto é, que o estabelecimento dessas balizas fundamentais para a convivência social resulte da vontade dos próprios atingidos, em busca de realizar seus interesses comuns (CARVALHO, 2002, p. 23).

Ocorre que nosso ordenamento prevê que esta vontade comum seja exercida através de representantes do povo, sendo que o processo eletivo resulta na atribuição de autoridade a determinados indivíduos para que governem sobre outros; o poder não é conferido por direito divino, nascimento, riqueza ou saber, mas unicamente pelo consentimento dos governados (MANIN, 1995, p. 3)⁸.

Diante desta afirmação, se os governados conferem poderes aos governantes, abre-se espaço para se questionar se estes tem a obrigação, o dever moral e legal de seguir a vontade comum emanada de seus eleitores? Doutrinadores afirmam que o governo representativo nunca foi um sistema em que os eleitos têm a obrigação de realizar a vontade dos eleitores: esse sistema nunca foi uma forma indireta de soberania popular (MANIN, 1995, p. 5).

Se em verdade o povo não governa e os representantes não são obrigados a seguir as suas orientações, vontades e determinações, o que pode conferir a mínima legitimidade às atividades do Processo legislativo? A legitimidade é vinculada a execução de um procedimento formal, sem a existência de vícios

7. Afirma ainda o autor, acerca da vontade comum que o único fato, exceto a estupidez ou interesses sinistros, que pode causar divergência e explicar a existência de uma oposição é a diferença de opiniões quanto à rapidez com a qual deve ser procurada a concretização da meta comum a quase todos. Consequentemente, todos os membros da comunidade, conscientes da meta, sabendo o que querem, discernindo o que é bom do que é mau, tomam parte, ativa e honestamente, no fomento do bom e no combate ao mau. Todos os membros, em conjunto, controlam os negócios públicos (SCHUMPETER, 1961, p. 300).

8. Para o autor a eleição é um método de escolha dos que devem governar e de legitimação de seu poder (MANIN, 1995, p. 4).

ou é resultado de um discurso racional em que há efetivamente a participação dos cidadãos? Haveria um órgão que seria capaz de coordenar tanto o procedimento como a formulação do discurso racional, sem a existência de vinculações institucionais tanto com a política como com o direito, mas sim exercendo um equilíbrio entre ambos?

Partindo-se destes questionamentos o presente trabalho objetiva realizar uma análise do processo legislativo à luz dos conceitos propostos por Habermas, dentre outros doutrinadores, demonstrando-se ainda a necessidade da fundamentação e justificação das decisões de admissibilidade do processo legislativo, pelas Comissões de Constituição e Justiça, como garantia da legitimidade deste.

Ressalta-se que não se objetiva com o presente trabalho trazer conceitos acerca de governo representativo, democracia e sua vinculação ao processo legislativo. Haverá em verdade apenas algumas pinceladas acerca destes com sua relação direta às decisões das comissões parlamentares, dos representantes do povo.

Para isso há o desenvolvimento do presente trabalho em dois tópicos centrais, o primeiro destinado exclusivamente a análise do processo legislativo, propondo-se a formulação de entendimentos acerca de como obter a legitimidade das normas jurídicas formuladas neste processo. Para isso, levantar-se-á o posicionamento habermasiano acerca da concretização da legitimidade das normas jurídicas, fazendo-se uma análise crítica sobre o mesmo.

Embora o povo não governe, ele não está confinado ao papel de designar e autorizar os que governam (MANIN, 1995, p. 4), há a necessidade de uma limitação aos poderes conferidos aos representantes do povo, para que este não se torne apenas mero expectador entre o jogo da política e do direito, propõe-se a análise das Comissões de Constituição e Justiça como mecanismos de controle de legitimidade, conferindo-se ao processo legislativo um grau de processo legal e sem vícios. Demonstrando-se a necessidade que o processo legislativo siga os ditames constitucionais e não deixar-se levar pela carga política dos propositores das leis.

Discussões atuais no mundo acadêmico não preocupam-se em suscitar a estabilidade da democracia brasileira, mas sim em verificar como concretizar a legitimidade deste regime e com que qualidade a mesma é obtida. Concluindo-se este trabalho com a proposta de verificar se diante de um processo legislativo regularmente executado e de uma Comissão de Constituição e Justiça que verdadeiramente executa seu papel há a possibilidade de se promover o

equilíbrio entre a participação popular e a legitimidade dos representantes, respeitando-se as estruturas institucionais previstas na constituição.⁹

A necessidade de legitimação do processo legislativo

A tensão entre Direito e Política é historicamente estudada por doutrinadores, que em diversos trabalhos procuraram disciplinar mecanismos que traduzissem o paradoxo e a complementaridade vivenciada por estes dois ordenadores da convivência humana. Havendo a sobreposição de um sobre o outro há a instauração de uma desordem social, que influencia diretamente os mecanismos de formulação de normas jurídicas, atingindo a relação entre cidadãos e seus representantes.

Destaca-se que antes de adentrar no conteúdo do Processo legislativo na visão de Habermas é relevante a verificação de alguns conceitos acerca da pertinência deste processo. Neste sentido destaca-se a visão de Cristiano Carvalho ao afirmar que do ponto de vista positivista as regras impostas pelo processo legislativo surgem como um mecanismo destinado a superar defeitos do sistema representativo, objetivando atingir-se ao máximo a hipotética vontade do povo. Tal processo serviria como uma prestação de contas entre a vontade do povo e o desempenho dos representantes, obtido através da publicidade dos atos (CARVALHO, 2002, p. 61).

A doutrina contraposta, ou seja, a não-positivista atribuí ao processo legislativo a missão de uma transcrição da vontade correta do povo, através da norma jurídica, entende ser preciso garantir também a correspondência da norma com os valores éticos da sociedade (CARVALHO, 2002, p. 62).¹⁰

No sentido de garantir a vontade do povo aduz Schumpeter a necessidade de que haja a formação de um comitê gestor das vontades e desejos, como forma de atribuir eficiência ao sistema, segundo o autor:

9. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania (BONAVIDES, 2004).

10. Neste sentido, afirma Cristiano Negreiros, que o processo legislativo pode ser visto como um mecanismo prático de decantação dos conceitos vigentes na sociedade, a fim de se estabelecerem normas legítimas tanto do ponto de vista formal quando do prisma da correção material (CARVALHO, 2002, p. 62).

Muito mais conveniente seria consultar o cidadão apenas sobre as decisões mais importantes (por referendun, digamos) e resolver as outras questões por intermédio de um comitê por ele nomeado, ou seja, uma assembleia ou parlamento, cujos membros seriam eleitos por votação popular. Esse comitê ou conjunto de delegados, como vimos acima, não representará o povo no sentido legal, mas o fará numa acepção técnica — representará, refletirá ou dará voz à vontade do eleitorado (SCHUMPETER, 1961, p. 300).

Neste sentido partindo-se do pressuposto da formação de assembleias representativas, capazes de gerir e coordenar as vontades dos indivíduos, como necessários a execução do processo legislativo, é pertinente observar que se há convergência de vontades deve ser atingida numa assembleia onde nem o mais forte, nem o mais competente, nem o mais rico, têm razões para impor sua vontade aos demais, todos os participantes devem procurar conquistar o consentimento dos outros através da persuasão (MANIN, 1995, p. 10).¹¹

Ocorre que, não existem estudos suficientes que possibilitem concluir se a formação de decisões proferidas no processo legislativo estão em estrita consonância com a busca pela formação da vontade comum alinhadas a legislação constitucional, ou se em verdade sofrem influências externas, resultantes de imposições de atores políticos, mediante a atuação da disciplina partidária no âmbito das Casas Legislativas, que utilizam a persuasão não em busca da retratação da vontade geral, mas sim na formulação de interesses pessoais dos parlamentares e partidos. O processo legislativo segundo afirma Cristiano Viveiros destaca três consequências relevantes para a estruturação deste

11. Em todas as deliberações, há um problema a ser resolvido: o de saber, em cada caso, o que prescreve o interesse geral. Quando começa o debate, não se pode saber que rumo ele tomará até que se tenha certeza da descoberta desse interesse. *Não há dúvida de que o interesse geral nada representa se não for o interesse de alguém: esse interesse específico é que é comum ao maior número de eleitores. Daí decorre a necessidade da competição entre as opiniões.* O que aparenta ser uma mistura, uma confusão capaz de tudo obscurecer, é um passo preliminar indispensável para se alcançar a luz. É preciso deixar que todos esses interesses pressionem uns aos outros, concorram entre si, lutem para definir o problema, e é preciso incitá-los, na medida da força de cada um, em direção à meta proposta. Nesse processo de teste, ideias úteis e perniciosas são separadas; as últimas são abandonadas, as primeiras prosseguem em busca de um equilíbrio até que, modificadas e purificadas por sua ação recíproca, por fim se fundem numa só opinião (SIÉYÈS, 1789A, PP. 93-4, *Apuđ*, MANIN, 1995, p. 11).

processo obtendo-se a almejada legitimidade não só legislativa, mas também jurídica, segundo o autor:

Ao garantirem a participação da minoria no processo político, as normas do processo legislativo trabalham também em favor da legitimidade do sistema jurídico e das decisões normativas: em primeiro lugar, reforçando a aceitação dos resultados da produção normativa; em segundo lugar, obrigando à formação de uma maioria verdadeira, para deliberar, ou seja, cristalizando as opiniões dispersas na sociedade, até sedimentar uma decisão efetivamente majoritária; em terceiro lugar, apresentando alternativas para discussão e deliberação, de maneira a aperfeiçoar o processo de escolha; em quarto lugar, permitindo à minoria colocar como alternativa viável e Governo, de maneira a induzir o respeito às regras da ética e da justiça; finalmente. Explicitando as posições em confronto para o público externo ao Parlamento, caso em que favorece a publicidade e o controle dos representantes pelo eleitorado (CARVALHO, 2002, p. 63-64).

Ainda dentro das conceituações acerca do processo legislativo faz-se necessário considerar a diferenciação entre técnicas legislativas e teorias da legislação propostas por Manuel Atienza como forma de verificação dos procedimentos adotados no processo legislativo, objeto de análise deste trabalho. Segundo o autor as teorias da legislação são os motivos de caráter básico, já as técnicas possuem características setoriais, não objetiva-se explicar fenômenos, mas indicam como alcançar determinados objetivos, como usar e aplicar o conhecimento (ATIENZA, 1989, p. 387).¹²

12. Afirma, ainda, Atienza acerca da relação entre as teorias e técnicas legislativas e sua relação com a racionalidade, afirmando por vezes da impossibilidade de utilizar-se do amadurecimento das técnicas de legislação como forma de superar a crise legislativa. Segundo o autor: A fin de evitar dicho uso ideológico, podría tenerse en cuenta lo siguiente. En primer lugar, que, como se ha visto, en el proceso legislativo están implicadas diversas nociones de racionalidad que transcurren en sentidos distintos; no sólo no es fácil, sino que quizás sea imposible satisfacer al mismo tiempo (y a veces, ni siquiera por separado) las exigencias que plantean estas diversas nociones de racionalidad. Pero si esto es así, ello parece probar que la crisis de la legislación no es sólo una crisis «de crecimiento» que se corrija simplemente mejorando la calidad técnica de las leyes. La técnica legislativa viene a ser más una forma de capear y de hacer frente con cierta dignidad a la crisis, que de superarla (ATIENZA, 1989, p. 387 e 388).

Atienza ainda faz referência que dentro do âmbito do processo legislativo há existência de três fases distintas sendo estas denominadas pelo autor de pré-legislativa, legislativa e pós-legislativa¹³, cada fase possui particularidades que influenciam diretamente na execução do processo e que são de grande relevância para a formulação da legitimidade do mesmo, tendo em vista que segundo o autor o carácter sistemático de uma lei de alguma forma facilita-lhe ser eficaz, ressaltando já no que se refere ao cumprimento da lei não se influência o grau de sistematicidade (ATIENZA, 1989, p. 390).

Há atualmente uma falta de organização das casas legislativas, que regem o processo legislativo, e o sistema de formalização das leis, bem como de seus membros passando-se a dar margem a se questionar a legitimidade deste processo, suas limitações e contradições. Neste sentido levanta a questão Cristiano Viveiros, ao afirmar que:

Bem cedo, se revelaram, porém, as limitações desse sistema, em relação ao modelo teórico ideal. Primeiro, a vontade dos representantes nem sempre convergem com a do povo, mas ao contrário, pode mesmo haver casos em que a ela se contraponha; além disso, a própria seleção de representantes geralmente não reflete a segmentação da sociedade, de modo que estratos politicamente relevantes podem se ver sub-representados ou mesmo sem representação (CARVALHO, 2002, p. 58).

Diante da formalização do processo legislativo, surgem dúvidas e contradições acerca da legitimidade deste, levanta-se a questão trazida por Luhmann acerca do processo parlamentar, demonstra o autor sua desconfiança e a necessidade de esclarecimentos quanto a realização do que o autor denomina de

13. Conviene aclarar también que en todo proceso de legislación existe una fase legislativa (que será, según los supuestos, más o menos compleja); la fase postlegislativa puede carecer de importancia; y la fase prelegislativa puede no existir, pues una ley (en el sentido amplio del término que incluye también decretos, órdenes, etc.) puede regular cuestiones técnicas no discutidas extralegislativamente, sino que surgen en el interior de un órgano jurídico (como un gabinete ministerial, etc.). Cada una de las tres fases está delimitada por dos extremos que marcan el comienzo y el final del proceso que en el esquema se representa a través de una serie de operaciones intermedias. Dicho proceso es de tipo circular, pues el resultado a que lleva una operación posterior siempre es posible que repercuta en una anterior. En el caso de la fase legislativa se ha distinguido entre las operaciones que determinan lo que Karpen llamaba el procedimiento interno (la metódica de la legislación) y el procedimiento externo (la táctica de la legislación) (ATIENZA, 1989, p. 398).

pacto entre as forças políticas relevantes, no intuito de se chegar à decisões legítimas, afirmando o autor que cada vez que há alterações no quadro de parlamentares e integrantes do processo, há também a alteração deste, havendo segundo o autor a constituição de vários sistemas em cada processo legislativo¹⁴.

Na conceituação de processo legislativo como um procedimento, afirma Luhmann que os procedimentos servem, por um lado, dentro dos limites do possível, para aumentar o consenso atual, portanto para esgotar raros recursos (LUHMANN, pag.160)¹⁵, o autor define o processo legislativo como um procedimento necessário e de grande complexidade, que garante a relevância das opiniões de todos os cidadãos e que promove a possibilidade de formulação das normas jurídicas através do consenso em que todas as diferenças e desigualdades têm de poder ser apresentadas e fundamentadas como resultado dum processo. Todos são iguais perante o processo (LUHMANN, 1980, pag.160). Ocorre que, apenas o procedimento não é suficiente para efetivar a legitimação da decisão, no sentido duma reestruturação contínua das expectativas, mas constituem a forma pela qual o sistema político contribui para a sua própria legitimação (LUHMANN, 1980, pag.161). Neste sentido aduz Luhmann que:

14. Para adquirir uma imagem clara tem, além disso, de se preparar diversas referências de sistema: o processo de legislação não se identifica com o órgão de decisão, o parlamento eleito na alura. Também não é uma sessão isolada e, ainda menos o conjunto de normas (constituições, leis, regulamentos das sessões), que rege o processo. O processo legal é antes, respectivamente ao nosso padrão geral, o sistema especial de comportamento que trata dum determinado método especial da legislação e que prossegue o objetivo de elaborar uma lei e a pôr em vigor. O direito processual rege diversos processos, o órgão de decisão trata de diversos processos e mesmo numa única sessão são tratados, na maioria das vezes, diversos processos, uns após os outros. Num tal sistema básico pode observar-se então muito claramente, uma multiplicidade de processos que reclamam a atenção uns atrás dos outros. Cada vez que se altera o sistema relacional estrito do processo, muda-se o tema, apresentam-se novos documentos, outros se convertem em oradores proeminentes ou adquirem uma relevância de fundo, reagrupam-se adversários ou partidários, torna-se relevante uma outra história prévia e a retórica tem de ser adaptada a um outro público. Cada processo legislativo constitui um sistema em si (LUHMANN, 1980, p. 146).

15. Esta realização não deve ser subestimada, principalmente nos processos legislativos com a sua elevada complexidade, objetivamente pouco estruturada, Mas o importante é que a forma processual em que é angariado o consenso, implique e estabeleça uma determinada orientação para o consenso dos outros: cada voto conta. O consenso de cada indivíduo (na eleição, do eleitor, nos processos legislativos, do deputado) é relevante em princípio – não efetivamente no sentido de que todos tenham efetivamente de estar de acordo com cada decisão, mas sim no sentido de que a opinião de alguém possa ser declarada, a priori, como irrelevante por exemplo devido à sua religião, ao seu status social, à sua classe, à sua raça, à sua filiação numa organização, ou a sentido econômico. Outras estruturas sociais neutralizam-se no processo pelo seu efeito preconceituoso (LUHMANN, 1980, p. 160).

Pela sua consolidação institucional e jurídica eles simbolizam a identidade de forma da decisão e a continuidade de experiências idênticas e isso é uma condição prévia indispensável para qualquer estudo. O público pode, portanto, aprender pela experiência, sentir-se geralmente seguro apesar da variabilidade de princípio de todo o direito e exprimir confiança no sistema. Os procedimentos constituem um dispositivo necessário, ainda que só por si não seja suficiente, para a legitimação de decisões. Por isso, tem de se saber primeiro como funcionam e o que podem realizar, antes de se investigarem as condições de que se trata (LUHMANN, 1980, p. 161).

Questiona-se se os procedimentos não são suficientes para se atingir a legitimação do processo legislativo para se ter total confiança nas normas jurídicas resultantes deste sistema político conceituado por Luhmann será necessário a existência de discursos de fundamentação que tornarão o processo digno de confiança e efetividade? Neste panorama o processo legislativo pode ser visto como um processo de justificação democrática, segundo Cattonii:

O processo legislativo, enquanto processo de justificação democrática do Direito, pode ser caracterizado como uma sequência de diversos atos jurídicos que, formando uma cadeia procedimental, assumem seu modo específico de interconexão, estruturado em última análise por normas jurídico-constitucionais, e, realizados discursiva ou ao menos em termos negocialmente equânimes ou em contraditório entre agentes legitimados no contexto de uma sociedade aberta de interpretes da Constituição, visam à formação e emissão de ato público-estatal do tipo pronuncia-declaração, nesse caso, de provimentos normativos legislativos, que, sendo o ato final daquela cadeia procedimental, dá-lhe finalidade jurídico específica (CATTONII, 2000, p. 109, *apud* BARBOSA 2010 p. 79).

O processo legislativo pode ser entendido ainda enquanto momento institucional de um modelo de circulação social do poder político (formação racional da opinião e da vontade), sendo tal processo um discurso de justificação das normas jurídicas – segundo Klaus Gunther, é por meio desta atividade

de justificação que as normas jurídicas ganham validade. Dizer, entretanto, que uma norma é válida não esgota o problema de sua aplicação ao caso concreto (BARBOSA, 2010, p. 76).

Na análise da legitimidade do processo legislativo é imprescindível verificar a tensão anteriormente suscitada entre direito e política, como forma de elucidar e de buscar se atingir um ponto de convergência que permita aliviar as tensões entre ambos culminando com a efetividade do processo legislativo. Há a necessidade de uma adequação do discurso de fundamentação que permita a unificação entre direito e política. Habermas suscita esta tensão quando afirma que:

Arrastada para cá e para lá, entre facticidade e validade, a teoria da política e do direito decompõe-se atualmente em facções que nada têm a dizer umas às outras. A tensão entre princípios normativistas, que correm o risco de perder o contato com a realidade social, e princípios objetivistas, que deixam fora de foco qualquer aspecto normativo, pode ser entendido como admoestação para não nos fixarmos numa única orientação disciplinar e, sim nos mantermos abertos a diferentes posições metódicas (participante versus observador), a diferentes finalidades teóricas (explicação hermenêutica do sentido e análise conceitual versus descrição e explicação empírica), a diferentes perspectivas de papéis (o do juiz, do político, do legislador, do cliente e do cidadão) e a variados enfoques pragmáticos na pesquisa (hermenêuticos, críticos, analíticos) (HABERMAS, 1987, p. 95).

Em sua obra Habermas não menciona diretamente o processo legislativo quando explicita que os atores possuem diversas possibilidades à sua disposição, mas estas sempre ultrapassam as que podem ser realizadas (HABERMAS, 1987, p. 95).¹⁶ Ocorre que, é oportuno trazer esta afirmação como forma de

16. Em qualquer situação, o número de possibilidades que o ator tem à sua disposição ultrapassa sempre o das que podem ser realizadas. Ora, se cada participante da interação, seguindo suas expectativas de sucesso, escolhesse apenas uma opção, deixando de lado o amplo espectro de opções, teríamos um conflito permanente entre seleções casuais independentes, o qual não pode ser estabilizado, mesmo que cada participante sintonize reflexivamente suas expectativas com as prováveis expectativas dos outros, a fim de tomar sua própria decisão em conformidade com a expectativa dos outros atores. O embate contingente de interesses não é capaz de produzir uma ordem social (HABERMAS, 1987, p. 95).

entender a necessidade de realização de uma mediação dos interesses de todos para que haja a formação de uma ordem social aplicável, caso contrário as decisões realizadas no âmbito do processo legislativo em nada resultariam, haja vista que normas jurídicas devem poder ser seguidas com discernimento (HABERMAS, 1987, p. 158).

Habermas propõe-se a trazer os questionamentos não apenas entre direito e política, mas também entre direito e moral, e neste faz uma análise por menorizada da razão comunicativa, do discurso, passando a desmembrar o que denomina de princípio moral, princípio democrático e princípio do discurso. Não se objetiva trazer a este trabalho uma análise dos conceitos suscitados pelo autor, mas sim uma parte de sua teoria como critério eleito, para reconhecer a legitimidade das normas resultantes do processo legislativo.¹⁷

Nas proposições realizadas no âmbito do processo legislativo não está apenas em jogo a vontade de um legislador, ou do seu partido há o que Habermas define como a tensão ideal que irrompe na realidade social, segundo afirma o autor esta tensão remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto (HABERMAS, 1997, p. 57).

Verifica-se aí a influência do contexto e da troca de argumentos como instrumentos que possibilitam a legitimidade do processo legislativo, aqui apenas a persuasão, acima suscitada, não é suficiente para regularização do sistema, é necessário um esforço argumentativo, que seja capaz de conduzir a decisão coletiva, atendo-se ainda ao contexto. A sociedade é considerada profanizada pelo autor, que vê as ordens normativas são mantidas sem a existência de garantias meta sociais (HABERMAS, 1997, p. 45), havendo ainda mais forte a necessidade de uma integração através do agir comunicativo.¹⁸

17. O direito constitucional revela que muitos desses princípios possuem uma dupla natureza: moral e jurídica. Os princípios morais do direito natural transformaram-se em direito positivo nos modernos Estados constitucionais. Por isso, a lógica da argumentação permite ver que os caminhos de fundamentação, institucionalizados através de processos jurídicos, continuam abertos aos discursos morais. [...] a legitimidade pode ser obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prática moral procedimental (HABERMAS, 1997, p. 203 apud JOSÉ, 2011, p. 5).

18. E as certezas do mundo da vida, já pluralizadas e cada vez mais diferenciadas, não fornecem uma compensação suficiente para esse deficit. Por isso, o fardo da integração social

A busca pela legitimidade do ordenamento é necessária para manutenção da ordem social, uma sociedade formada em uma base insólita e carregada de incertezas não possui o condão de ser durável e de permanecer vigente, faz-se oportuno mencionar o pensamento de Max Weber, exposto por Habermas nos seguintes termos:

A isso corresponde a interpretação de Max Weber, segundo a qual as ordens sociais somente podem obter durabilidade enquanto ordens legítimas. A “validade de uma ordem deve significar mais do que uma simples regularidade determinada pelo costume ou pelos interesses envolvidos por um agir social”, uma vez que o “costume” se apoia numa familiaridade rude, quase mecânica, ao passo que o “agir ordenado legitimamente” exige a orientação consciente por um acordo suposto como legítimo; “Por acordo nós queremos entender o seguinte estado de coisas: que um agir orientado por expectativas do comportamento dos outros tem uma chance empírica ‘válida’ de ver estas expectativas preenchidas, porque existe objetivamente uma possibilidade de que estas tratem-se como ‘válidas’ para seu comportamento aquelas expectativas, apesar da inexistência de um acordo... Na medida em que é condicionada por tais chances de ‘acordo’, a essência do agir comunicativo deve chamar-se ‘agir por consentimento (WEBER, 1956, p. 22 *apud* HABERMAS, 1997, p. 96).

O agir comunicativo explicitado, orientado para o desenvolvimento do processo legislativo necessita realizar um jogo de conformações entre as vontades da sociedade, as expectativas atribuídas às normas jurídicas pelos destinatários da norma, possibilitando assim a estruturação e manutenção da

se transfere cada vez mais para as realizações de entendimento de atores para os quais a facticidade (coação de sanções exteriores) e a validade (força ligadora de convicções racionalmente motivadas) são incompatíveis, ao menos fora dos domínios de ação regulados pela tradição e pelos costumes. Se for verdade, como eu penso, seguindo Durkheim e Parsons, que complexos de interação não se estabilizam apenas através da influência recíproca de atores orientados pelo sucesso, então a sociedade tem que ser integrada, em última instância através do agir comunicativo.

ordem social¹⁹, a simples realização do processo sem a adequação a estes requisitos não confere ao mesmo legitimidade, haja vista que o processo passa a ser realizado exclusivamente seguindo-se perspectivas pessoais dos representantes, o que promove apenas a imposição de normas que nada regulamentam o agir social. Nesta perspectiva preceitua Habermas que:

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade da lei que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta no interior do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito, na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um procedimento democrático, sob as quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam per se a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo (HABERMAS, 1997, p. 127).

Oportuno mencionar que na constituição da legitimidade das normas de ação o autor, levanta a existência dos supramencionados princípios democráticos, princípio da moral e princípio do discurso, definidos como caminhos a se percorrerem direção a efetivação do processo legislativo, levando-se sempre em conta as diferenças estruturais entre direito e moral.²⁰ Desta perspectiva menciona o autor as diferenças entre princípio democrático e princípio moral, o primeiro significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva (HABERMAS,

19. Por outro lado, o processo legislativo democrático precisa confrontar seus participantes com as expectativas normativas das orientações do bem da comunidade, porque ele próprio tem que extrair sua força legitimadora do processo de um entendimento dos cidadãos sobre as regras de convivência. Para preencher a sua função de estabilização das expectativas nas sociedades modernas, o direito precisa conservar um nexo interno com a força socialmente integradora do agir comunicativo (HABERMAS, 1997, p. 115).

20. Todavia, mesmo tendo pontos em comum, a moral e o direito distinguem-se prima facie, porque a moral pós-tradicional representa apenas uma forma do saber cultural, ao passo que o direito adquire obrigatoriedade também no nível institucional. O direito não é apenas um sistema de símbolos, mas também um sistema de ação (HABERMAS, 1997, p. 141).

1997, p. 145). Já o segundo funciona como regra de argumentação para a decisão racional de questões morais HABERMAS, 1997, p. 145)²¹.

No que se refere ao princípio do discurso Habermas destaca que este explica apenas o ponto de vista sob o qual é possível fundamentar imparcialmente normas de ação, uma vez que eu parto da ideia de que o próprio princípio está fundado nas condições simétricas de reconhecimento de formas de vida estruturadas comunicativamente (HABERMAS, 1997, p. 143). Este princípio é levantado pelo autor ainda como mecanismo que permite a criação do médium da auto-organização da comunidade (HABERMAS, 1997, p. 147).

Diante do exposto, percebe-se que a luz do proposto por Habermas o autor defende ser através do discurso que se pode formar uma vontade racional, permitindo conferir legitimidade ao processo legislativo, através do o agir comunicativo.

As Comissões de Constituição e Justiça como instrumento de legitimidade no processo legislativo

O presente trabalho propõe a eleição de requisitos que confirmam legitimidade ao processo legislativo, sendo assim trataremos das CCJ's como instrumentos desta legitimidade iniciando a conceituação das Comissões de Constituição e justiça trazendo alguns elementos históricos de sua origem, estando as mesmas diretamente associadas ao surgimento do Controle de Constitucionalidade Preventivo, este teve como berço a França, que o viu nascer da obra de um dos principais legisladores da Revolução Francesa: o jurista Sieyès (BONAVIDES, 2003, p. 299). O objetivo deste era possibilitar a diminuição da desconfiança da população com os tribunais do antigo regime.

Por ter surgido na França o controle preventivo foi considerada um sistema francês. Segundo Canotilho esta assertiva deveu-se ao fato de que Sieyès

21. Partindo do pressuposto de que uma formação política racional da opinião e da vontade é possível, o princípio da democracia simplesmente afirma como esta pode ser institucionalizada – através de um sistema de direitos que garante a cada um igual participação num processo de normatização jurídica, já garantindo em seus pressupostos comunicativos. Enquanto o princípio moral opera no nível da constituição interna de um determinado jogo de argumentação, o princípio da democracia refere-se ao nível da institucionalização externa e eficaz da participação simétrica numa formação discursiva da opinião e da vontade, a qual se realiza em formas de comunicação garantidas pelo direito (HABERMAS, 1997, p. 146).

ter logo sugerido na Constituição do Ano VIII a criação do Jury Constitutionnaire, a concepção rousseauiano – jacobina da Lei como instrumento da vontade geral manteve-se sempre aliada ao dogma da soberania da lei que só as próprias assembleias legislativas poderiam politicamente controlar (CANOTILHO, 2003, p. 897).

Bonavides destaca o desejo dos doutrinadores de criação deste tipo de controle, usando-se dos pensamentos de Michel-Henry Fabre, diz ele que a meta do controle político é assegurar a repartição constitucional das competências, relegando a segundo plano a proteção direta das liberdades individuais (BO-NAVIDES, 2003, p. 300). Objetivava-se impedir o nascimento de leis inconstitucionais.

Neste sentido, afirma Canotilho que como critério de classificação elege-se aqui o momento de entrada em vigor do acto normativo. Se ele é feito quando lei ou acto equivalente sujeito a controle é ainda um acto imperativo, carecido de eficácia jurídica, diz-se que o controle é preventivo (CANOTILHO, 2003, p. 901).

Em outras palavras, a Constituição define expressamente qual órgão terá a competência necessária para analisar e decretar a constitucionalidade preventiva da Lei, estabelecendo o procedimento que deve ser seguido para alcançar tal fim.

Este tipo de controle não restringiu-se apenas a França, destaca-se que o mesmo faz parte da legislação de outros países como Portugal e Espanha. Afirma Azevedo que:

O controle prévio de constitucionalidade em Portugal, baseado sobretudo no Art. 278 da Constituição de 2 de abril de 1976, cuja vigência se iniciou no dia 25 de mesmo mês e ano, estabelece que, no nº 01 o Presidente da República poderá requerer ao Tribunal Constitucional que aprecie previamente a Constitucionalidade de norma contida em tratado internacional a ser ratificado, de decreto enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei, ou, enfim de qualquer acordo internacional cujo decreto aprovatório esteja pendente de firma presidencial (AZEVEDO, 2001, p. 90).

Na Espanha existe a possibilidade de ser exercido o controle prévio, quando o Tribunal Constitucional é provocado, mediante recurso específico, a

analisar texto final de projeto, assim texto ainda não promulgado (AZEVEDO, 2001, p. 91).

É de grande relevância a importância concedida a realização deste tipo de controle de constitucionalidade, seja o mesmo realizado por Tribunais ou no caso brasileiro pelas Comissões de Constituição e Justiça, que consoante determinação Constitucional estão previstas no Art. 58 da Constituição Federal de 1988, que determina ao Congresso Nacional e suas Casas a criação de comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação (BRASIL, 1988).

Sendo assim é atribuída, pela Constituição Federal, à competência às respectivas Casas Legislativas, sejam os órgãos colegiados da Câmara dos Deputados e Senado Federal, como às Assembleias Legislativas Estaduais, para determinar o funcionamento da respectiva instância legislativa, modelando ou prescrevendo as atribuições, as prerrogativas, enfim, norteando a convivência política e o regramento técnico que a possibilita (AZEVEDO, 2001, p. 22).

No Brasil as Comissões de Constituição e Justiça tiveram seu nascedouro na Câmara dos Deputados, que segundo afirma Luiz Azevedo, remonta ao regimento vigente em 1823, que fazia menção a uma “Comissão da Constituição”, conforme sessão de 5 de maio do mesmo ano (AZEVEDO, 2001, p. 38). Apenas anos depois deste regimento, as Comissões passaram a ser nomeadas de Comissão de Constituição e Justiça, o texto atual do regimento interno da Câmara é oriundo da Resolução nº 17 de 1989 (AZEVEDO, 2001, p. 44).

Estas Comissões também tem suas funções e criação estabelecidas nos regimentos internos das Assembleias Legislativas Estaduais, consoante determinações presentes nas Constituições Estaduais, que tiveram esta prerrogativa concedida pela Carta Magna de 1988.

Limongi e Figueredo (1998, p. 82) asseveram que os recursos legislativos à disposição dos líderes partidários para comandar suas bancadas foram ampliados pelos regimentos internos das Casas Legislativas. Neste sentido, afirmam ainda que os trabalhos legislativos no Brasil são altamente centralizados e se encontram ancorados na ação dos partidos (LIMONGI; FIGUEREDO, 1998, p. 82).

Luiz Azevedo corrobora a afirmação acima suscitada, quando aduz que as funções das Comissões presentes nos respectivos regimentos internos de cada Casa Legislativa, tem como principal norte a verificação da juridicidade das propostas legislativas apresentadas. Segundo ele, a injuridicidade de uma

proposição, portanto, pode ser apurada a partir da percepção de um conflito com os princípios consagrados no ordenamento jurídico, que, não raro, estão explicitamente positivados (AZEVEDO, 2001, p. 46).

Valido destacar outra função das Comissões de Constituição e Justiça, que transcendem apenas a verificação da juridicidade das proposições legislativas, segundo Luiz Azevedo:

Além desses aspectos, outro não tão objetivo e, por certo, mais delicado, está na apuração da carga política emprestada nesta análise. A expressão política trás acepções diversas, e há, inegavelmente, uma tendência a privilegiar, quando se fala de política no âmbito do parlamento, uma significação estritamente partidária, que devemos reconhecer, lhe é indissociável (AZEVEDO, 2001, p. 46).

Importante mencionar o conceito atribuído às Comissões Parlamentares por José Afonso da Silva, segundo ele são organismos constituídos em cada Câmara, compostos de número geralmente restrito de membros, encarregados de estudar e examinar as proposições legislativas e apresentar pareceres (SILVA, 2013, p. 515). Assim, percebe-se a necessidade da tecnicidade às decisões desta Comissão.

Neste sentido argumenta Canotilho o facto de a discricionaridade legislativa ser, nos estados constitucionais modernos, “delimitada” positiva e negativamente pela constituição. No fundo, entre discricionaridade administrativa e discricionaridade legislativa haveria uma diferença de grau mas não uma separação qualitativa (CANOTILHO, 1998 apud AZEVEDO, 2001, p. 47).

Destaca-se o pensamento de Cristiano Viveiros acerca da necessidade de fiscalização das ações do processo legislativo, ressalta o autor não ser possível depositar toda a confiança na realização regular deste processo apenas em seus atores, segundo ele:

Não parece defensável confiar-se a efetivação de um processo legislativo capaz de refletir as exigências de igualdade e racionalidade inerentes ao Estado Democrático de Direito apenas à boa vontade dos participantes – ou, mais especificadamente à disposição dos que controlam o processo para se autolimitarem, em benefício da legitimidade de deliberação (CARVALHO, 2002, p. 75).

Nesta esfera de pensamento além da impossibilidade de vincular-se apenas a boa vontade dos legisladores, há de se verificar que os mesmos em geral se vinculam ainda a promoção de sua imagem pessoal, que consoante expõe Luhmann em sua argumentação influenciam na tomada de decisões por parte dos parlamentares e partidos, atingindo diretamente a legitimidade ao processo.²²

Eduardo Manin afirma que não se exige que os representantes ajam de acordo com os desejos do povo, mas eles não os podem ignorar: a liberdade de opinião garante que, existindo esses desejos, eles serão levados ao conhecimento dos representantes (MANIN, 1995, p. 8). Na mesma esfera de pensamento ele define o que considera necessário para que os representantes usufruam da liberdade de opinião, segundo o autor para que os governados possam formar opinião sobre assuntos políticos, é necessário que tenham acesso à informação política, o que supõe tornar pública as decisões governamentais (MANIN, 1995, p. 7).

Além da publicidade de decisões se faz imprescindível que haja a confiança nos órgãos de deliberação, confiança esta fomentada com a análise de um órgão técnico e desvinculado de vícios partidários das proposições do processo legislativo, sendo esta a função conceitual das Comissões de Constituição e Justiça, havendo através destas comissões a capacidade de formulação do consenso no processo legislativo, sendo que este ganho de confiança do povo depende de muitas circunstâncias que segundo Luhmann são:

22. Além disso, os políticos têm de se considerar a sua “imagem” pessoal, conforme ao partido, como aquela representação duma relação pessoal, de acordo com a organização das premissas de decisão, sobre cujas bases foram pressupostamente eleitos. Esta representação tem, geralmente, de se harmonizar com os aspectos visíveis da prática de decisão, no caso da personalidade ou do partido quererem continuar a funcionar como símbolo para premissas de decisão. As imagens políticas são meios de simplificação, que tornam compreensíveis as práticas eleitorais e de decisão (e não só, mas principalmente a legislação) no seu relacionamento e, correspondentemente, o comportamento da decisão no cargo constitui um dos meios mais importantes de apresentação da imagem. Também a integração da apresentação da imagem da programação administrativa só pode ser realizada nos processos que deixam em aberto um número suficiente de alternativas e preveem não apenas a decisão programada, pois doutra forma a decisão é compreendida como consequência impessoal do programa e não é atribuída a imagem. A fusão das premissas pessoais de decisão partidárias e programáticas, resulta tipicamente tão bem, que até agora a investigação empírica não pode voltar a separar estatisticamente estes fatores na estrutura de motivação do eleitorado (LUHMANN, 1980, p. 161).

Por exemplo, a sociedade tem o poder aceitar a separação de papéis e a autonomia do sistema político e tem de estar, elas própria, estruturalmente equipada para isso. Em qualquer dos casos, a necessidade vital tem de estar encoberta, para cada um poder ter esperança, e os valores e interesses tem de ser tão diferenciados, que se possa organizar na política uma satisfação oportunista dos desejos, satisfação essa que pode alterar rapidamente os seus objetivos. Só então se pode descobrir princípio da igualdade de oportunidades através das realidades. Por outras palavras: tem de ser socialmente possível fundamentar a estabilidade política sobre a variabilidade do direito e da satisfação dos interesses. Além disso, tem de se atingir já na sociedade uma diferenciação funcional do sistema e especificação de realizações, pois só então será possível precisar alterações através de decisão como processos de substituição exatamente delimitadas, equilibrar as consequências secundárias e, assim, levar a cabo sem perdas, as inovações: os sistemas de estruturação difusa têm, em contrapartida, de seguir necessariamente uma orientação tradicional, porque não podem isolar alterações e toda a inovação tem consequências imprevisíveis (LUHMANN, 1980, p. 161).

Ressaltamos que a discricionabilidade do legislativo não é apenas limitada pela constituição, mas segundo Limongi e Figueredo (1998, p. 82) o processo legislativo brasileiro é dominado pelos desejos do Executivo, segundo os autores isto se deve ao fato de:

O Executivo domina o processo legislativo porque tem poder de agenda e esta agenda é processada e votada por um Poder Legislativo organizado de forma altamente centralizada em torno de regras que distribuem direitos parlamentares de acordo com princípios partidários.

A dominação do executivo sobre o legislativo deve ser verificada com grande atenção, pois a formação do processo legislativo pode ser exclusivamente destinada a atender aos desejos partidários, à troca de favores e a manutenção da patronagem entre as esferas legislativa e executiva, que podem condicionar

a análise de admissibilidade do processo legislativo favorável a troca de favores e recursos.

Alimentando sobremaneira o que Edson de Oliveira Nunes cita como o “jeitinho”, para o autor: os brasileiros enaltecem o jeitinho (isto é, uma acomodação privada e pessoal de suas demandas) e a autoridade pessoal como mecanismos cotidianos para regular relações sociais e relações com instituições formais (NUNES, 2010, p. 52).

Ressalta-se ainda a assertiva de Limongi e Figueredo (1998, p. 94) quanto a influência da disciplina partidária nas decisões dos processos legislativos, segundo o autor: Projetos e emendas ditadas exclusivamente por interesses eleitorais, particularistas e imediatistas raramente saem das gavetas das comissões. Emendas com este fim são derrubadas em votações simbólicas em que o conta são os líderes.

Diante desta realidade de troca de favores, invasão de competências, e a falta de legalidade das proposições no processo legislativo verifica-se que as Comissões de Constituição e Justiça servirão como órgãos de controle objetivando-se além da análise técnica o controle do abuso de poder dentro do âmbito legislativo. A título de elucidação ressalta-se o conceito de controle proposto por Galeotti:

Controle é o poder que, destinado à salvaguarda de valores expressos ou institucionalmente tutelados pela autoridade controladora, em face do exercício, atual ou potencial, de poderes ou faculdades jurídicas, concretiza-se em um juízo com base nos valores tutelados sobre o modo de agir ou sobre o modo de ser dos operadores jurídicos, juízo que, em caso de valoração desfavorável, dá lugar, por si mesmo ou por provimento posterior, a uma medida em sentido amplo, obstativa do comportamento ou da situação anormal (GALEOTTI, 1963, p. 72 apud CARVALHO, 2002, p. 76).

Importante mencionar que há estudos como o realizado por Tomio e Ricci (2012, p. 202) que levantam a questão das aprovações dos projetos dos parlamentares de forma individualizada no que se refere ao último ano da legislatura, segundo os autores, aprovar proposições de outros parlamentares pode estar inserido na expectativa de reciprocidade e o fim do mandato pode diminuir a confiança na cooperação entre os parlamentares. Outro aspecto que interfere na legitimidade traduz-se na falta de ideologia dos

partidos políticos, que passam a atuar exclusivamente com critérios pessoais, alimentando o clientelismo, afirmando Cristiano Carvalho que:

Problemas de outra natureza que costumam abalar a legitimidade do processo político – entre os quais, à guisa de exemplo cabe mencionar a falta de consistência ideológica dos partidos; a influência do poder econômico sobre as decisões legislativas, muitas vezes, inclusive, alimentada com recursos públicos, ou as alianças celebradas em bases circunstanciais e casuísticas (CARVALHO, 2002, p. 18).

Jorge Miranda (1995 *apud* AZEVEDO, 2001, p. 88) manifesta a importância da realização deste controle preventivo no âmbito político, segundo ele suprimi-la afectaria o equilíbrio dos órgãos de soberania e acarretaria consequências muito negativas, pela possibilidade de criação de factos consumados legislativos com inconstitucionalidades grosseiras, quer a nível nacional quer a nível regional.

Válido ressaltar que os legisladores gozam de discricionariedade na formulação de seus atos²³, ocorre que, não se deve jamais confundir discricionariedade com liberdade incondicional, os parlamentares como representantes devem sim ter seus atos questionados, levados a análise acerca da legalidade dos mesmos, sendo as Comissões de Constituição e Justiça o mecanismo ideal para realização desta análise, sendo um órgão não jurisdicional que protege os interesses dos eleitores, além de garantir a legalidade e a conformidade com a Constituição. Neste sentido aduz Cristiano Viveiros:

Mas a exclusividade decisória da casa legislativa com respeito a tais matérias não a torna imune ao respeito às regras gerais estabelecidas para o Estado, ou livre de qualquer controle ou crítica por parte dos demais poderes, principalmente o Judiciário. Evidentemente. Também o legislador sujeita-se aos princípios e normas firmados na Constituição, Não teria sentido, ademais, do ponto de vista lógico racional imaginar que as regras do processo legislativo, ou as normas

23. O ato discricionário é, portanto, o ato de sopesar valores, em face das circunstâncias da realidade, concreta, com base em critérios de conveniência e oportunidade política, e tomando em conta também as possibilidades materiais de concretização, entre outros aspectos confiados à competência – de certa forma arbitrária do legislador (CARVALHO, 2002, p. 104).

regimentais, não precisassem conformar-se a princípios gerais como por exemplo a moralidade, o da proporcionalidade ou razoabilidade que, de resto, adstringem todos os poderes do Estado (CARVALHO, 2002, p. 104).

Como forma de Controle as Comissões de Constituição e Justiça desempenham o conceituado Controle de Constitucionalidade Preventivo, acima suscitado, havendo controvérsias entre os doutrinadores quanto ao enquadramento deste controle entre os Controles de Constitucionalidade existentes, nesta linha de raciocínio afirma Ronaldo Poletti vai de encontro a alguns doutrinadores ao afirmar que o controle preventivo não se trata de Controle de Constitucionalidade, mas sim apenas um mecanismo de se evitar leis inconstitucionais, segundo ele:

No sistema judicial, como o sistema misto, adotado no Brasil, concentrado e difuso, há também uma forma de controle político, só que preventivo, feito durante a elaboração legislativa, antes, portanto, de o projeto de lei chegar ao fim do processo legislativo. Não se trata, assim de um Controle de Constitucionalidade de lei, mas de evitar a lei incompatível com a Lei Maior (1995 apud AZEVEDO, 2001, p. 108).

Nas análises realizadas pelas Comissões de Constituição e Justiça devem ser observados estritamente a observância da legislação constitucional pelo legislador, este não deve perder de vista o texto da própria Constituição (AZEVEDO, 2001, p. 125).

Destaca-se o entendimento de alguns doutrinadores que além da interpretação legal deve haver uma forma de atender também os reclames políticos dos eleitores. Neste sentido, menciona Luiz Azevedo que:

A interpretação deve ser feita de forma a conciliar, por um lado, os reclames políticos, inexoravelmente presentes no horizonte daquele que foi eleito com um compromisso popular e, por outro, consubstanciado no texto constitucional, que não pode ser afastado através de uma leitura deturpada em prol dos interesses menores, que não os da própria população (AZEVEDO, 2001, p. 126).

Canotillho destaca a necessidade de vinculação do legislador ao texto constitucional, mas também ressalta-se a possibilidade de se realizar o controle de constitucionalidade de atos políticos, ao afirmar que:

A liberdade de conformação política do legislador e o âmbito de previsão não são incompatíveis com uma vinculação jurídico – constitucional, a apurar através de princípios constitucionais constitutivos (ex: princípio democrático) e de direitos fundamentais por outro lado, se as previsões ou prognoses são actos políticos, também isso não significa que esses actos não possam ser medidos pela constituição. O problema não reside aqui em, através do controle constitucional se fazer política, mas em apreciar a constitucionalidade da política (1983 apud CARVALHO, 2008, p. 407).

Diante de todo o exposto neste tópico percebe-se a importância das Comissões de Constituição e Justiça como órgão legitimador do processo legislativo. Ressaltando-se que estas Comissões devem ser vistas não como instituições autônomas a legislação constitucional, pelo contrário, devem ser verificadas como aplicadoras e garantidoras da lei, sendo autônomas em relação aos anseios e mandamentos dos parlamentares e partidos políticos.

Conclusão

Há a necessidade de estabelecimento do que se considera como critérios para definição da legitimidade no âmbito do processo legislativo, no transcorrer deste trabalho desenvolveu-se ideias, objetivando a estruturação destes requisitos.

Verificou-se que não trata-se apenas do estabelecimento de um procedimento válido, de um preciosismo formal de cumprimento da lei, mas sim de garantir que verdadeiramente haja a participação de todos os atores que integram o processo político, sendo necessário a existência de mecanismos eficazes de controle, que possibilitem esta participação. Então, como primeiro critério estabelecido há a necessidade de realização de um procedimento válido, seguindo-se o que preceitua a legislação constitucional.

Realizou-se ainda uma vasta conceituação acerca das Comissões de Constituição e Justiça e a sua atuação na realização do Controle de Constitucionalidade

Preventivo, sendo constatado que são órgãos destinados a conferir legitimidade às ações do processo legislativo, no transcorrer desse trabalho levantou-se que apenas a realização de um procedimento correto, como prevê a legislação não isenta os participantes de cometerem vícios, há a necessidade de formulação em conjunto com o procedimento de um discurso racional e coerente. Sendo imprescindível a existência de um órgão desvinculado de conexões institucionais, que permitam a união do procedimento e do discurso, conferindo assim a legitimidade.

As Comissões de Constituição e Justiça nos moldes dos conceitos levantados no presente trabalho seriam um instrumento necessário para a formalização da confiança entre representantes e representados, e principalmente na confiança do processo legislativo instaurado, haja vista que haveria a certeza de que foram respeitadas tanto as regras de direito como de moral dentro do processo.

Valido mencionar que o exercício destas Comissões devem contar com um elevado grau de especificidade e especialidade, ou seja, prudente seria se os seus participantes fossem reais conhecedores dos trâmites legais do processo legislativo e do ordenamento jurídico, evitando-se assim os disparates legais.²⁴ Atualmente não há critérios de elegibilidade para participação dos parlamentares nas comissões levando-se em conta a sua formação, mas sim os interesses políticos partidários e a influência desempenhada pelos mesmos no âmbito das casas legislativas, o que inviabiliza a formação de uma legislação pura e evitada de vícios.

As CCJ's devem ater-se as demandas do legislativo, não devendo vincular-se as exigências extralegis impostas pelo executivo na realização dos relatórios de admissibilidade. Um requisito determinante é que os discursos de

24. La contraposición entre la racionalidad jurídico-formal y la racionalidad teleológica podría seguramente mostrarse también empíricamente en los trabajos de elaboración – incluyendo la redacción– de las leyes, en los que cada vez participan más economistas y otros científicos sociales que van desplazando al jurista de formación clásica. Este proceso ha ido acompañado de una pérdida de sistematicidad y de coherencia de las leyes que no siempre ha llevado consigo un aumento de su eficiencia, por la sencilla razón de que los aplicadores del Derecho – de cuyas decisiones depende, naturalmente, el que las leyes puedan llegar a ser eficientes – siguen siendo básicamente juristas que orientan su labor de acuerdo con una racionalidad jurídico-formal. Los científicos o técnicos sociales tienden a considerar la racionalidad jurídico-formal no como un medio más, sino antes bien como un obstáculo para la racionalidad teleológica; lo cual, de todas formas, puede deberse a cuestiones de tipo empírico y contingente (por ejemplo, a su falta de preparación jurídica), sin que afecte a cuestiones más de fondo (ATIENZA, 1989, p. 391).

fundamentação levem em consideração não apenas a Lei, mas jamais distanciando-se desta como já mencionado, mas verificando-se ainda os anseios e a formação de uma vontade geral, se não totalmente comum entre todos os eleitores, mas o mais abrangente possível que efetivamente possibilitem a formação de uma ordem social legítima e duradoura.

Referências

- ATIENZA, Manuel. **Contribución Para Una Teoría De La Legislación**. 1989. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0VUeoqjKmMcJ:www.cervantesvirtual.com/obra/contribucin-para-una-teora-de-la-legislacin-0/0054d470-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 01 ago. 2016.
- AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli. **O Controle legislativo de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.
- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. **Processo Legislativo e democracia: parlamento, esfera pública e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade** (algumas observações sobre o Brasil). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200007. Acesso em: 01 ago. 2016.
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Cristiana Viveiros de. **Controle Judicial e Processo Legislativo: a observância dos regimentos internos das casas legislativas como garantia do Estado Democrático de Direito**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I/ Jurgen Habermas; tradução; Flávio Beno Siebeneichler**- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume II/ Jurgen Habermas; tradução; Flávio Beno Siebeneichler**- Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JOSÉ, Caroline Lorenzon. **Propedêutica acerca da democracia e legitimidade do Direito segundo Jürgen Habermas**. Disponível em: <http://www.grupouninter.com.br/iusgentium/index.php/iusgentium/article/viewFile/38/pdf>. Acesso em: 03. ago. 2016.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Trad de Maria da Conceição Corte Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1980.
- LIMONGI, F.; FIGUEIREDO, A. **Bases Institucionais do Presidencialismo de Coalizão**. Lua Nova. São Paulo, n. 44, p. 82-106, 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a05n44.pdf>. Acesso em: 01. dez. 2015.
- MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 29, p. 5- 34, 1995.

- MENEZES, Albuquerque Newton. **Direito e política**: dualismo e complementaridade recíproca na formação histórica do estado democrático de direito. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6154>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- NUNES, Edson de Oliveira. **A gramática política do Brasil**: clientelismo e insulamento burocrático. 4. ed. Rio de Janeiro: Garamond. 2010.
- SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- TOMIO, E; RICCI, P. O governo estadual na experiência política brasileira: os desempenhos legislativos das Assembleias Estaduais. **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 41, p. 193-217, fev. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v20n41/a12v20n41.pdf>. Acesso em: 18. abr. 2016.
- SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura S.A., 1961.

3

Proteção jurídica aos espaços sagrados das comunidades religiosas de matriz africana: o caso do Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior”¹

Jennifer Martins Almeida²

Joaquim Shiraishi Neto³

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p67-89

-
1. A pesquisa decorreu de um trabalho de assessoria jurídica ao Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior”, comunidade religiosa de Umbanda, localizada às margens da BR-010 (Belém-Brasília), no bairro Barra Azul, zona rural do Município de Açailândia/MA. A aproximação com a referida comunidade iniciou-se no início de 2013, por intermédio da experiência de estágio no escritório “Onidayô Advocacia”, que patrocinou a defesa da mesma diante de um processo de reintegração de posse, que tramita na 1ª Vara da Comarca de Açailândia/MA, movida por um suposto proprietário.
 2. Advogada. Mestranda em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas (UFPB). Especialista em Direitos Humanos, Cidadania e Gestão da Segurança Pública (UFMA).
 3. Advogado. Professor visitante, vinculado ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Maranhão (PPGDIR/UFMA). Pesquisador FAPEMA e CNPq. Bolsista Produtividade CNPq nível 2.

Introdução

A Constituição Federal de 1988 inaugurou uma nova fase no processo de proteção dos diversos grupos sociais emergentes designados por povos e comunidades tradicionais no Brasil, introduzindo no ordenamento jurídico dispositivos que reafirmam a existência social de uma multiplicidade de grupos culturalmente diferenciados⁴, os quais possuem formas próprias de organização social e uso sustentável dos seus territórios, que integram a sociedade brasileira essencialmente pluralista.

Apesar de tratar de forma específica sobre os direitos territoriais apenas no que se refere aos indígenas e quilombolas, a Constituição o faz de forma genérica em relação aos demais grupos sociais, especialmente em seus artigos 215 e 216, ao estabelecer que cabe ao Estado garantir e proteger o exercício dos direitos culturais de todos os grupos participantes do processo civilizatório nacional, reconhecendo ainda os sinais distintivos desses grupos nas suas variadas formas de expressão e seus modos de “fazer”, “criar” e “viver”.

Como não se bastasse esses dispositivos constitucionais que reconheceram a nossa diversidade social, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, promulgada no Brasil pelo Decreto Presidencial nº 5.051 de 19 de abril de 2004, representou um marco na garantia dos direitos dos mais variados grupos sociais, em especial no que se refere aos direitos dos territórios tradicionalmente ocupados, bem como a proteção de seus valores e práticas sociais, culturais e religiosas.⁵

Nesse cenário de processos de reconhecimento é que se insere a luta das comunidades religiosas de matriz africana pela proteção dos seus territórios sagrados, indispensáveis à continuidade de seus cultos e tradições e, consequentemente, à sua reprodução física e cultural.

Assim, o presente artigo objetiva refletir sobre a proteção jurídica dos espaços sagrados das comunidades religiosas de matriz africana, tendo em vista os vínculos de identidade, territorialidade e saber estabelecidos, evidenciando

4. Enquanto o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias garante o direito de propriedade definitiva das terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades remanescentes de quilombo, o art. 231, § 2º, garante aos povos indígenas a posse permanente das terras que ocupam.

5. O Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, reforçou a necessidade de proteção desses grupos culturalmente diferenciados.

a impossibilidade de sua reprodução fora deles. Por sua vez, o estudo envolveu também uma dimensão prática decorrente do trabalho de advogada: a verificação da extensão do direito de proteção dos territórios tradicionais aos espaços sagrados das comunidades religiosas de matriz africana, em especial à comunidade “Filhos do Oriente Maior”, no sentido de subsidiar a defesa em um processo judicial promovido pelo pretense proprietário de parte do território da comunidade.

A metodologia utilizada consistiu na revisão bibliográfica sobre a temática, principalmente no que se refere às noções de comunidades tradicionais, identidade e territorialidade. Os documentos levantados junto ao Cartório de Açailândia, bem com o trabalho de campo junto ao Centro Espiritualista “Filhos do Oriente”, com aplicação de entrevistas semi estruturadas aos membros da comunidade, que foram realizados em vários períodos e auxiliaram no desenvolvimento da pesquisa.

Pluralismo e o reconhecimento jurídico dos povos e comunidades tradicionais no Brasil

A postura universalizante levantada pelo direito moderno, de matriz positivista, que considera o ordenamento jurídico como um sistema completo, coloca à margem diversos grupos sociais que não são alcançados pelo arcabouço jurídico estatal e tende a impedir o reconhecimento da existência de direitos que estejam para além dos limites levantados por esse corpo normativo.

Tal interpretação do direito, que privilegia a coerência e o dogma da completude do ordenamento jurídico, tornou-se objeto de discussão diante dos fenômenos econômicos e sociais recentes, que se apresentam de forma múltipla e complexa, obrigando que se faça uma reflexão jurídica acerca dos contornos e significados da existência desses grupos (SHIRAIISHI NETO, 2011, p. 28).⁶

Em contraposição a essa concepção unitária, centralizadora e homogênea denominada de monismo, as teorias pluralistas designam a existência de uma diversidade de realidades com múltiplas formas de atuação prática e

6. Ao analisar as sociedades periféricas, como é o caso da latino-americana, marcada pela histórica exclusão de seu povo, pela fragilidade das instituições e pelo intervencionismo estatal, Wolkmer (2011) afirma que a opção por um pluralismo inserido nas contradições materiais e nos conflitos sociais é imperiosa e determinante no avanço da autorregulação do poder societário.

grupos portadores de particularidades próprias, reconhecendo a pluralidade de sistemas jurídicos existentes, circunscritos à multiplicidade de fontes normativas difusas e informais (WOLKMER, 2001, p. 172). Deve-se admitir que o pluralismo emerge como “estratégia descentralizadora em face do moderno monismo social e da teoria da soberania estatal” (WOLKMER, 2001, p. 172) e realça a existência de um conjunto societário complexo, com diversas instâncias sociais organizadas e centros autônomos de poder que, mesmo antagonicos, têm como objetivo comum a erradicação do poder hegemônico e o reconhecimento de que a sociedade é plural, sendo que tal pluralidade deve ser legitimada pelo ordenamento jurídico vigente.

Nesse processo de luta pelo reconhecimento da pluralidade da sociedade, o critério da identidade vem contribuindo para que os grupos sociais exerçam uma mobilização política no sentido de reivindicação de direitos. Assim, a organização e mobilização dos povos e comunidades tradicionais são instrumentos para o efetivo enfrentamento no processo de disputa por seus territórios (SHIRAISHI NETO, 2011, p. 30).

O Estado brasileiro tem negado a existência dos povos e comunidades tradicionais de forma sistemática, pensando as políticas públicas de maneira universal e constituindo um “reino de um único direito”, que insiste em apagar as diferenças e ignora os distintos modos de fazer, criar e viver (SHIRAISHI NETO, 2005). É evidente uma tentativa de adequação das situações vivenciadas por esses grupos aos modelos jurídicos preexistentes totalmente incompatíveis, em especial no que se refere à ocupação da terra e uso dos recursos naturais, colocando em cheque os padrões jurídicos tradicionais.

As dificuldades para a implementação de dispositivos legais protetivos dos territórios dos povos e comunidades tradicionais indicam que ainda há tensões relativas ao reconhecimento jurídico-formal destes, sobretudo porque tais dispositivos rompem com a histórica invisibilidade vivenciada por esses grupos e atingem os setores econômicos interessados nos recursos naturais apropriados e incorporados à identidade e territorialidade dessas coletividades.

De tal modo, frente às pressões efetivadas por esses grupos portadores de identidade coletiva, a ordem jurídica inaugurada com a Constituição Federal de 1988 reconheceu a existência de povos e comunidades tradicionais⁷, bem

7. Apesar de não dispor expressamente que a sociedade brasileira é pluriétnica, como o faz as recentes constituições boliviana e equatorianas, a Constituição de 1988 se refere de modo expresso ao denominado como “diferentes grupos ou segmentos étnicos”, citando textualmente os indígenas e afro-brasileiros. Assim, reconhece a existência de culturas diferen-

como a necessidade de proteção de suas terras tradicionalmente ocupadas, sendo tal instituição reafirmada em dispositivos infraconstitucionais, nas constituições estaduais e nas convenções internacionais ratificadas pelo Brasil.

Assim, na mesma perspectiva do Direito Internacional, a Constituição brasileira rompe com a presunção positivista de um mundo fixo e preexistente, assumindo que os modos de fazer, viver e criar se diferenciam em cada cultura, de maneira que a compreensão do mundo encontra-se diretamente relacionada com a linguagem de cada grupo que compõe a sociedade (DUPRAT, 2007, p. 15). Apesar de somente se referir de forma expressa aos direitos específicos dos indígenas e quilombolas⁸, em especial no tangente aos seus territórios, o fez de forma ampla aos demais grupos com modos próprios de organização e expressão.

Destaca-se ainda que o referido instrumento normativo traduz também os chamados direitos de pertencimento, territoriais, que se diferenciam em tudo da noção liberal de propriedade privada, se aproximando em maior grau do viés étnico. Assim, o art. 216, caput e incisos I e II, ao reconhecer como patrimônio cultural brasileiro as diferentes “formas de expressão” e “os modos de criar, fazer e viver”, descreve tais espaços de pertencimento onde os diferentes grupos que constituem a sociedade nacional se desenvolvem.

No plano internacional, diversas convenções já incorporadas ao nosso ordenamento jurídico garantem aos povos e comunidades tradicionais o seu reconhecimento como sujeitos de direitos, em especial direitos coletivos relativos à ocupação e uso das terras, bem como o direito à cultura, entendida esta não em sua acepção folclórica, arqueológica, mas sim “o conjunto de valores, representações e regulações da vida que orientam os diversos grupos sociais” (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 21)⁹.

ciadas no seu espaço e que estas necessitam da proteção estatal (PACHECO, 2005, p. 35). Tal fato pode ser observado da leitura dos art. 215, parágrafo 1º e art. 216, incisos I e II da Constituição Brasileira.

8. Ver o art. 68 do ADCT e art. 213 da Constituição de 1988.
9. A citar, temos a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, a Convenção sobre Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais e a Convenção nº 169 da OIT. A Convenção 169 da OIT entrou em vigor em 1991 após sua ratificação por vinte e dois Estados-membros, e revogou a Convenção nº 107 que, em que pese sua importância por ser a primeira a reconhecer formalmente, no âmbito internacional, os direitos dos indígenas e tribais, tinha uma clara visão etnocêntrica e “ancorava-se em modelos explicativos que pressupunham a irreversibilidade do processo de integração ou de ‘assimilação’ dos povos indígenas” (SHIRAIISHI NETO, 2007, p. 38).

No ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção 169 da OIT foi ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143 de 20 de junho de 2002, mas somente entrou em vigor com sua promulgação pelo Decreto Presidencial nº 5.051 de 19 de abril de 2004. Essa Convenção atribui igual importância aos “povos indígenas” e “tribais”, na medida em que dispensa tratamento igualitário a ambos. Todavia, mantendo em seu texto ambas as expressões, alarga as possibilidades de inclusão e abrangência de outros grupos sociais culturalmente diferenciados.

A caracterização dos povos indígenas e tribais não se vincula necessariamente a um local ou período determinado, sendo importante no processo de identificação a “consciência de sua identidade indígena e tribal”, atribuindo valor primordial ao critério da autodefinição. Assim, dispõe o item 2 do art. 1º da Convenção: “A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.”

Para Shiraishi Neto, a Convenção 169 da OIT, de forma acertada, não define quem são esses “povos indígenas e tribais”, pois, se o fizesse, correria o risco de exclusão de uma infinidade de povos e comunidades tradicionais da proteção trazida por esse dispositivo:

Desde que os grupos sociais autodesignados como povos e comunidades tradicionais se definam enquanto tal devem ser “amparados” pela Convenção. A convenção não define *a priori* quem são esses “povos indígenas e tribais”, apenas oferece instrumentos para que o próprio sujeito se auto-defina, como o da “consciência de sua identidade”. Neste caso, a Convenção nº 169 faz acertadamente pois se definisse de antemão, excluiria uma infinidade de povos e comunidades tradicionais desse dispositivo. No caso, compete a cada país a decisão sobre quais grupos sociais recaem a aplicação dessa convenção (SHIRAISHI NETO, 2007, p. 46).

Outro dado importante contido na Convenção nº 169 refere-se ao reconhecimento dos direitos desses grupos sobre as terras que “tradicionalmente ocupam”. O art. 14, item 1 da Convenção estabelece a necessidade do reconhecimento dos direitos de propriedade e posse sobre tais terras, bem como de salvaguardar o direito de uso daquelas que não são ocupadas exclusivamente por eles, mas as quais tenham tradicionalmente tido acesso para a realizações de atividades indispensáveis à sua existência e sobrevivência. A garantia implica ainda

na não remoção dos povos indígenas e tribais das terras que ocupam (item 1 do art. 15) e, em caráter de excepcionalidade, se for considerado necessária a remoção e o reassentamento desses povos, será imprescindível o livre consentimento destes (item 2 do art. 15), bem como o direito de regressar às suas terras assim que deixem de existir os motivos que levaram à remoção e reassentamento (item 3 do art. 15).

Nessa trajetória de reconhecimento da diversidade social e cultural brasileira, que se expressa pela multiplicidade de comportamentos, línguas, etnias, institucionalidades sociais, saberes e modos de vida, o Governo Brasileiro, por meio do Decreto nº 6.040 de 07 de fevereiro de 2007, instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT), dando ênfase à cultura, identidade e territorialidade desses grupos sociais.

Para fins de aplicabilidade do referido decreto, o art. 3º elenca critérios para definição do que são povos e comunidades tradicionais e seus territórios. Contudo, na mesma lógica da Convenção 169 da OIT, não elenca um rol taxativo desses grupos sociais, ampliando o alcance da política supramencionada. A partir dos critérios de identificação elencados na PNPCT, que servem para orientar a efetivação dos direitos, podemos extrair que esses grupos são definidos pelo uso sustentável da terra, por seu vínculo identitário com o território, pelo uso que fazem dos recursos naturais renováveis e pelas práticas comunitárias, destacando-se a importância dos ciclos naturais em suas práticas reprodutivas. Frisa-se que existem diversas formas de se pensar a tradicionalidade, tendo em vista que cada comunidade possui formas próprias e diferenciadas dos elementos supracitados.

A PNPCT elenca dentre seus objetivos a garantia dos seus territórios tradicionais e o acesso aos recursos naturais necessários ao seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Assim, propicia a inclusão política desses sujeitos portadores de identidade coletiva e formas próprias de organização, bem como elenca uma série de deveres do Poder Público em busca da efetivação do direito à diversidade dos modos de viver que integram a sociedade brasileira. Evidente, portanto, a existência de instrumentos jurídicos que reconhecem e garantem os direitos dos povos e comunidades tradicionais, bem como estabelecem determinados critérios para identificação desses povos. Assim, cabe analisar se as comunidades religiosas de matriz africana são detentoras dessas características, o que será feito a seguir.

As comunidades religiosas de matriz africana

As religiões afro-brasileiras mais antigas iniciaram a sua formação no século XIX, na época em que o catolicismo era a única religião permitida no Brasil e fonte de legitimação social. Assim, para sobreviver no país, mesmo sendo escravo ou negro livre, era indispensável seguir os cultos cristãos (PRANDI, 2003, p. 17).

No intuito de exercer a religiosidade cultuada por seus antepassados na África, os negros recriaram as religiões africanas dos orixás, dos voduns e inquices, estabelecendo um sincretismo entre as divindades africanas e santos católicos, utilizando o calendário de festas do catolicismo para cultuar seus deuses. Tal processo deu-se com o candomblé da Bahia, o xangô de Pernambuco, o tambor de mina no Maranhão, o batuque no Rio Grande do Sul, dentre outros (PRANDI, 2003, p. 20).

Embora reconhecendo uma diversidade de religiões de matriz africana no Brasil, tendo em vista que o estudo de caso objeto deste artigo trata-se da comunidade de umbanda “Filhos do Oriente Maior”, a análise em questão ficará restrita especialmente à umbanda. Todavia, há de se destacar que as religiões de matriz africana como um todo, em regra, possuem como elementos comuns as suas relações de identidade e territorialidade com o espaço sagrado utilizado na realização dos seus cultos, em especial o que se refere às interações com o meio ambiente e o uso de recursos naturais no seu processo de desenvolvimento cultural, social e econômico.

O primeiro centro de umbanda, fundado em meados de 1920, no Rio de Janeiro, nasce como uma dissidência de um kardecismo que rejeitava a presença de guias negros e caboclos, considerados espíritos inferiores. Assim, a umbanda surge num processo de valorização de elementos nacionais (o caboclo, o “preto velho”, espíritos de índios e escravos) representando uma junção de dois conteúdos doutrinários diversos, mas não conflitantes: o kardecismo (religião da salvação e da palavra) e o candomblé (religião ritualística) (PRANDI, 1990, p. 50).

A religião insurgente retrabalha os elementos incorporados à cultura brasileira por um estamento social negro que vai se diluindo no processo de refazimento de classes na cidade do Rio de Janeiro, à época capital do Brasil, em grande parte branca, mesmo proletária. Assim, ao estilo kardecista, reúne características de aprendizado mediúnico público e, sob influência do candomblé, mantém-se o rito cantado, a dança, o culto aos orixás e o sincretismo católico, utilizando o calendário litúrgico da igreja católica. Inclui-se entre as

entidades cultuadas os caboclos, “pretos velhos”, exus, pomba gira, já cultuados nos antigos candomblés baianos (PRANDI, 1990, p. 52).

No Maranhão, as religiões de matriz africana mais difundidas são o tambor de mina, a cura ou pajelança e a umbanda. Em determinadas regiões, aparecem com diversas denominações, tais como terecô, vodum, pajé, santa bárbara, barba soeira, dentre outros (FERRETTI, 2001, p. 05). A umbanda difundiu-se no Maranhão desde a década de 1950 e encontra-se integrada por elementos do tambor de mina em relação aos instrumentos utilizados, cânticos, vestimentas, entidades, etc., bem como os orixás cultuados no candomblé, tais como xangô, oxossi, yansã, exu, dentre outros (FERRETTI, 2001, p. 05).

Para Prandi (1990), a umbanda é ritualmente próxima do candomblé dos ritos angola e caboclo e incorpora na doutrina virtudes teológicas do catolicismo adotadas pelo kardecismo, tais como a fé, esperança e a caridade:

A umbanda é a religião dos caboclos, boiadeiros, pretos velhos, ciganas, exus, pombagiras, marinheiros, crianças. Perdidos e abandonados na vida, marginais no além, mas todos eles com uma mesma tarefa religiosa e mágica que lhes foi dada pela religião de uma sociedade fundada na máxima heterogeneidade social: trabalhar pela felicidade do homem sofredor. É kardecista esta herança da prática da caridade, que no kardecismo sequer separa o mundo dos vivos do mundo dos mortos, pois estes também precisam de ajuda na sua saga em direção à luz, o desenvolvimento espiritual. É para praticar a caridade que as entidades da umbanda vêm nas sessões do culto; para isso são chamadas durante a metamorfose ritual em que o sacerdote iniciado abandona seus papéis de mortal para dar lugar à personalidade dos encantados e dos espíritos (PRANDI, 1990, p. 30).

As religiões de matriz africana, em especial a umbanda, mantém uma relação estreita com o território utilizado para suas práticas religiosas, considerando-os verdadeiros espaços sagrados, necessários para a reprodução desses grupos religiosos e suas identidades, crenças e religiosidade.

Nesse sentido, importante analisar o conceito de povos e comunidades tradicionais elencado na Convenção 169 da OIT no intuito de perceber que tais comunidades religiosas de matriz africana merecem a tutela dos instrumentos jurídicos que protegem os grupos portadores de identidade coletiva

e culturalmente diferenciados. Elenca o art. 1^a, *a*, da Convenção 169 da OIT que são povos tribais aqueles cujas “condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”. Na mesma linha, o art. 3^a, I, da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais conceitua-os como:

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Das noções acima é possível elencar elementos comuns aos povos e comunidades tradicionais: a) grupos culturalmente diferenciados; b) autoidentificação; c) importância do território como fator de sobrevivência e identidade; d) utilização de conhecimentos e práticas transmitidos pela tradição.

Em relação à primeira característica, pode-se afirmar que as comunidades religiosas de matriz africana, em especial as umbandistas, tem na prática religiosa um arcabouço cultural que as diferenciam de outros membros da sociedade brasileira. Assim, possuem formas próprias de organização, com estabelecimento de diversos níveis de graduação entre os sacerdotes da religião, bem como a definição das funções dos membros da comunidade para a realização dos cultos e rituais ligados às entidades cultuadas. Ademais, seguem um calendário litúrgico, que influencia diretamente nas atividades diárias da comunidade, marcada, em algumas situações, pela necessidade de isolamento ou outros rituais de preparação. As comunidades de matriz africana adotam uma opção sociocultural de compreender que assumir criticamente posicionamentos frente à realidade implica em comprometer-se com um mundo culturalmente plural. Tais comunidades consubstanciam uma reconstrução criativa das possibilidades de viver e se relacionar com o mundo, pautado em outros princípios e valores, em uma dimensão humanizante e solidária (GUILMARÃES, 2013, p. 30).

Assim, esses grupos configuram novas formas de organização social ligadas à sua religiosidade e utilização do meio natural nos cultos às entidades divinas, criando um arcabouço cultural, social e econômico que os diferencia. Também é perfeitamente aplicável a autoidentificação. Há uma comunhão inerente aos povos e comunidades tradicionais de matriz africana, que se organizam de forma

comunitária e solidária tanto em relação aos membros dos terreiros como em relação à sociedade em seu entorno, cultivando princípios contra hegemônicos, a citar, a coletividade e o bem comum (GUIMARÃES, 2015, p. 18). Os membros dessas comunidades religiosas utilizam vestimentas diferenciadas em razão dos cultos ou dos dias da semana, das músicas, orações e rituais, transmitidos de geração em geração, num processo de formação de uma identidade coletiva dos povos de terreiro.

Na perspectiva africana, a construção da vida encontra-se estritamente relacionada à comunidade da qual o sujeito faz parte, não se restringindo ao seu aspecto individual, o que faz emergir uma identidade coletiva desse grupo, em busca da garantia dos direitos culturais e religiosos que integram sua comunidade. A identidade desses grupos é, invariavelmente, cultural e religiosa e, somada a isso, há uma identidade em relação a uma determinada porção do espaço que consideram sagrado.

O rito litúrgico só pode ser reproduzido em espaços específicos, determinados pelas entidades cultuadas pelos fiéis. Esses espaços compreendem tanto o ambiente natural, tendo em vista que nesses locais as manifestações das divindades são intensificadas, quanto os templos religiosos edificadas sob a orientação de entidades espirituais, representando este uma continuidade do sagrado.

A utilização dos espaços sagrados implica um processo de territorialização, que só permite a compreensão do território quando conhecidas as identidades, interações e pertencas decorrentes das relações sociais estabelecidas durante os eventos religiosos. Percebe-se ainda, que essa concepção de domínio sobre o espaço sagrado é transmitido de geração em geração, expressando vínculos territoriais com fundamentos sociais, históricos e étnicos.

A criação de territórios se constitui numa estratégia de embates, avançando na ideia de que somente ligado àquele território é possível a sua reprodução e sobrevivência enquanto grupo, atingindo um estágio de afirmação e insurgência diante de outras esferas da vida. O território tem, portanto, a função de sustentação das práticas humanas ligadas ao exercício de seus direitos culturais, econômicos e sociais. O terreiro cumpre diversas funções e se reveste de diversos significados. É um espaço social, econômico, político, místico e simbólico, apresentando-se como um espaço de preservação da liberdade e de um território étnico simbolicamente recriado (FARIA, 2008, p. 21). Assim, o processo de territorialização desses grupos religiosos ultrapassa a ideia de afirmação religiosa e se imbrica na própria construção de seu território e sua afirmação enquanto grupo religioso, étnico e social.

Ainda, há de se destacar que a esses grupos também se aplica a última característica necessária à sua configuração como comunidade tradicional: a transmissão dos saberes tradicionais. Inicialmente frisa-se que o sentido de tradição aqui invocado não significa uma fixação no passado, referindo-se a práticas tradicionais fundamentadas na circularidade como interpretação do tempo.

Os povos e comunidades religiosidade de matriz africana compreendem o mundo para além de uma racionalização moderna, de modo que os rituais são imprescindíveis na união entre os aspectos sagrados e míticos (GUIMARÃES, 2013, p. 17).

A oralidade é a fonte primordial de transmissão do conhecimento e das tradições, sendo que a memória funciona como espaço simbólico de preservação dos conhecimentos tradicionais, afirmando uma identidade coletiva e erigindo a ancestralidade a patamar fundamental na dinâmica da propagação de seus saberes tradicionais (GUIMARÃES, 2013, p. 27).

Nas religiões de matriz africana, a oralidade está intimamente vinculada à memória cultural do povo, atualizada nas palavras dos mais velhos quando realizam rituais ou contam histórias. A influência dessa oralidade é latente no processo de difusão das crenças, das práticas ritualísticas, preparação das oferendas, celebração de cultos, iniciação e formação dos sacerdotes, detentores dos conhecimentos da doutrina religiosa transmitida de cada pai ou mãe de santo aos filhos de santo.

Diante disso, percebe-se que os povos e comunidades de terreiro enquadram-se perfeitamente nos critérios estabelecidos para sua definição como comunidades tradicionais, sendo imperiosa a aplicação dos dispositivos de índole constitucional e infraconstitucional que protegem seus territórios e suas formas próprias de organização social, cultural e econômica.

A comunidade tradicional de matriz africana “Filhos do Oriente Maior”

O Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior” foi fundado no dia 24 de maio de 1996, às margens da BR 010 (Belém-Brasília), no bairro Barra Azul, zona rural do município de Açailândia/MA, pela mãe de santo Elenita Santos Mesquita, conhecida como Zazuléia de Oxum.

Zazuléia de Oxum é cigana, sendo que seus avós nasceram no Egito (continente africano) e migraram para o Brasil, mais precisamente para o interior do estado do Ceará. Zazuléia nasceu em 26/12/1956, no município de Xambioá,

na região que compreende o atual estado do Tocantins. É sacerdotisa da Umbanda desde 1985, tendo há época, um terreiro localizado na Rua Tiradentes, nº 1089, centro de Açailândia/MA¹⁰.

Em 1996, o terreiro foi transferido do Centro de Açailândia/MA para o bairro Barra Azul, localizado na zona rural do mesmo município. A escolha do novo território sagrado do Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior” não se deu por acaso. É revestido de simbologia, pois os fiéis acreditam que o local foi escolhido pelo espírito de uma cigana chamada Zayda, sendo que a BR 010 representa um elo de ligação entre o norte e o sul do país, simbolizando as constantes viagens realizadas pelo povo cigano.

Assim, seguindo as orientações do espírito da cigana Zayda, mãe Zazuléia construiu um templo cigano no local designado, posteriormente chamado de Salão Santo ou Templo Central, e, nas proximidades deste, construiu a sua residência e outras duas casas ocupadas por familiares.

O membro mais graduado da comunidade “Filhos do Oriente Maior” é o filho de santo¹¹ Matias Pereira Almeida, responsável pelo devido andamento dos rituais religiosos, que reside no próprio espaço da comunidade desde novembro de 1996, e mantém roça de milho, feijão e ervas que servem para banhos e outros rituais da umbanda. Matias e sua família sobrevivem da produção de milho, feijão e ervas cultivadas no território da comunidade, cuja produção é distribuída, além de sua esposa e filho, para todos os filhos e filhas de santo do terreiro.

A Autoridade Eclesiástica Suprema da Umbanda no Maranhão, até o ano de 2019, era o pai de santo¹² Wilson Nonato de Sousa, conhecido como Mestre Bitá do Barão de Guaré¹³, que faleceu no dia 18 de abril de 2019. Possuía um Terreiro estabelecido em Codó/MA desde 1954 – a Tenda de Umbanda Rainha Iemanjá – e era responsável pela realização de duas obrigações anuais no

10. As informações contidas neste tópico foram obtidas por meio de entrevistas realizadas com os membros do Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior”, no período de 16 a 21 de novembro de 2014, em especial com a Mãe de Santo Zazuléia de Oxum, sacerdotisa e zeladora do território sagrado.

11. O termo “filho de santo” configura um título eclesiástico concedido a determinados fiéis da umbanda que cumpriram rituais específicos necessários à obtenção do título.

12. “Chefe de terreiro” é o médium conhecedor de todos os detalhes para o bom desempenho dos rituais da umbanda.

13. A mãe de “Santo Zazuleia de Oxum” é filha de santo do “Tata Bitá do Barão de Guaré”, sendo formada na doutrina da umbanda na tenda espírita de umbanda “Rainha Iemanjá”.

terreiro "Filhos do Oriente Maior". A primeira no mês de maio, em homenagem a Santa Sara Kali, padroeira do povo cigano, e a segunda em setembro, em homenagem a São Cosme e Damião. Nesses rituais, os sacerdotes do terreiro incorporam¹⁴ algumas entidades religiosas, bem como são realizadas oferendas para estas.

Durante uma dessas obrigações, em maio de 2009, o mestre Bitá do Barão incorporou o espírito da "Preta Velha"¹⁵, Rosa de Aruanda, uma negra escravizada no período pré-abolição, sendo que esta determinou que fosse construído no território do Centro Espiritualista um templo, batizado de "Senzala dos Negros", que serviria de morada para os espíritos de negros que viveram e morreram no período da escravidão, tendo, inclusive, determinado o exato local para sua construção (na área que até então servia de roça cultivada pelo senhor Matias).

Os primeiros rituais da "Senzala dos Negros" foram realizados ainda em 2009, quando foram feitos os assentamentos¹⁶ dos pretos velhos no local. Inicialmente, a estrutura era formada por um barraco coberto de lona, sendo substituído por uma construção de alvenaria somente em 2011.

O território da Comunidade "Filhos do Oriente Maior" composto um todo indivisível formado pelo templo central/salão santo, senzala dos negros, casa da pomba gira, escritório de consultas ciganas, casa dos exus e mata dos índios e caboclos, cujos limites são contínuos. No entorno, estão as residências de mãe Zazuléia e seus familiares e do filho de santo Matias.

Todos esses espaços são considerados sagrados para os membros da comunidade, de modo que em alguns deles somente os membros mais graduados da religião podem entrar para consultas espirituais ou realização de obrigações. Ainda, os membros da comunidade acreditam que somente ligados

14. A incorporação ocorre quando o médium perde total ou parcialmente a consciência do que se está passando nele próprio, ou no ambiente em que se encontra, em virtude da presença de uma entidade espiritual que se apossa do corpo material do médium. Assim, a incorporação sugere a ideia de dar passagem para uma entidade, geralmente um guia espiritual que traz uma mensagem de orientação (PINTO, 2010).

15. "Pretos Velhos" e "Pretas Velhas" são entidades espirituais de negros escravizados no período pré-abolição e que morreram em idade bem avançada, sendo que incorporam nos médiuns em rituais específicos da religião.

16. Na doutrina da umbanda, os espíritos de seres humanos desencarnados podem ser assentados, fixados, em locais específicos, por meio de determinados rituais, passando a residir no local do assentamento a partir de então.

àquele território é possível a sua reprodução e sobrevivência enquanto grupo, atingindo um estágio de afirmação e insurgência diante de outras esferas da vida. O território é, portanto, indispensável para a reprodução física e espiritual da comunidade.

O templo central ou salão santo é local onde são realizados os principais rituais, servindo de morada para o espírito da cigana Zayda, principal guia da Casa. A senzala dos negros, localizada ao lado do templo central/salão santo, é espaço de morada dos espíritos de vários negros e negras que viveram no período da escravidão. Tem como madrinha a “preta velha” Rosa de Aruanda, sendo neste local que os médiuns “incorporam”.

A casa da pomba gira, localizada na parte posterior do templo central, é local de morada das pombas giras, que são mensageiras dos orixás. Neste espaço, são realizados rituais de incorporação dessas entidades espirituais, sendo proibida a participação de crianças em tais cultos, tendo em vista que, durante a incorporação, as entidades fumam e consomem bebidas alcoólicas.

O escritório de consultas ciganas é o local onde a mãe Zazuléia realiza consultas com base na tradição milenar cigana de leitura das mãos (quiromancia) e de cartas (baralho cigano e tarô).

A casa dos exus, também chamada de creche, fica localizada atrás da senzala dos negros, sendo local de morada dos exus, que são entidades intermediárias entre os orixás e os seres humanos. Nesse local somente os médiuns mais graduados têm permissão para entrar.

A mata dos índios e caboclos encontra-se em local mais afastado da zona edificada da comunidade, sendo espaço destinado ao cultivo de ervas que servem para banhos e outros rituais. Lá se encontram vários espíritos de índios e caboclos, como é o caso do espírito da índia Tumba Juçara, assentada em uma pedra próxima ao brejo.

Há ainda, cajueiros sagrados, pé de moreira e pé de jurema, onde são realizados rituais e cultivo de roça de feijão e milho, cuja produção é distribuída entre os membros da comunidade religiosa.

Além da mãe Zazuléia e do filho de santo Matias, há mais de 150 (cento e cinquenta) médiuns (filhos e filhas de santo) fiéis aos preceitos da umbanda compondo essa comunidade tradicional. A comunidade “Filhos do Oriente Maior” segue a doutrina dos orixás, com os ensinamentos e costumes da umbanda, tendo como mentores a cigana Zayda, representada por Santa Sara Kali, protetora dos ciganos, Oxum, rainha das águas doces, representada por Nossa Senhora Aparecida, Iemanjá, Omolú (São Lázaro), Cosme e Damião

(Beji-Beji), Ogum (Santo Antônio ou São Jorge), caboclos, Zé Pelintra, “Pretos Velhos”, Exus, dentre outras entidades.

Destaca-se ainda, no calendário litúrgico, o festejo em homenagem a Omolum, realizado em 11 de fevereiro; o festejo em comemoração à Santa Sara Kali e à entidade cigana criança Luisinha, no dia 24 de maio; e o festejo de Cosme e Damião (Beji-Beji) no dia 27 de setembro.

A comunidade apresenta, em sua prática religiosa, um arcabouço culturalmente diferenciado e mantém formas próprias de organização em função dos rituais realizados no território sagrado. Ainda, mantém uma relação de apropriação simbólica e material do território ocupado, de modo que este possui uma dimensão comunitária e não individualista, representando um todo indivisível necessário à realização de suas crenças, práticas e rituais.

Para Farias e Santos, os espaços sagrados formam os territórios desses grupos, culminando num processo de apropriação material e simbólica:

Esses lugares sagrados podem ser interpretados como sendo territórios desses grupos, na medida em que exercem, em maior ou menor grau, poder, influência e autoridade sobre este ou aquele espaço, ou, no mais das vezes, sobre quem neles se insere. O sagrado, buscado como território, pode ser entendido, então, a partir de sua delimitação enquanto propriedade – são seus templos, casas, terreiros –, ou enquanto apropriação – espaços alheios utilizados para a reprodução cultural e religiosa do grupo (FARIA, 2008, p. 21).

Evidente, portanto, a autoidentificação de seus membros como integrantes de uma comunidade tradicional de matriz africana, que se diferencia dos outros grupos sociais pelas vestimentas e pela celebração de rituais de Umbanda que envolvem uma série de recursos naturais, cultivados e preparados no próprio território da comunidade. Frisa-se ainda, que a comunidade se encontra articulada com a Associação dos Cultos Afro Brasileiros da Região Tocantina e a Federação de Umbanda Espírita e Culto Afro Brasileiro do Maranhão, e dá os primeiros passos na construção de uma associação dos filhos e filhas de santo do Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior”.

A identidade coletiva da comunidade está ligada às relações de pertencimento estabelecidas com os locais de culto, que representam a materialização do sagrado, a morada das entidades cultuadas, englobando as matas

circundantes, o Cajueiro Sagrado, a Senzala dos Negros, o Templo Central e todos os outros locais destinados ao assentamento das entidades que, frisa-se, não foram construídos ou preservados de forma aleatória, mas sim em decorrência de determinações emanadas pelas próprias entidades espirituais cultuadas nesse território.

Evidente, portanto, que o Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior” está tutelado Convenção 169 da OIT, Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, Constituição Federal e de todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que protejam sua forma própria de existência e expressão cultural, social, religiosa e econômica. Contudo, vivencia um processo de insegurança jurídica da posse, que coloca em risco a própria existência da comunidade.

Insegurança Decorrente de um Processo Judicial

Em que pese tratar-se de uma comunidade tradicional de matriz africana, o Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior” vive um processo de insegurança jurídica da posse de seu território sagrado em virtude do manejo de uma ação de reintegração de posse intentada em fevereiro de 2013, por um suposto proprietário, o Sr. Antônio Fernando Teófilo Sobrinho, que reivindica a propriedade do espaço que compreende a residência do filho de santo Matias Pereira Almeida, a Senzala dos Negros e a Mata dos Índios e Caboclos.

A inicial de reintegração de posse foi protocolada em 20 de fevereiro de 2013 e distribuída para a 1ª Vara da Comarca de Açailândia (processo nº 564-06.2013.8.10.0022) alegando, em síntese, que o autor da mesma adquiriu um imóvel, com área superficial de 16.310,75 m², em 20 de dezembro de 2012 e, ao tentar tomar a posse do mesmo, verificou que estaria sendo esbulhado, referindo-se à existência de uma residência e de templo de umbanda, bem como área cultivada no local.

Em que pese os indícios fornecidos na própria inicial de que o litígio residia sobre um território de uma comunidade tradicional, em detrimento de interesses de cunho mercadológico por parte do autor da ação, o juízo da 1ª Vara da Comarca de Açailândia deferiu o pedido de tutela antecipada e determinou a expedição de mandado de reintegração de posse em favor do autor da ação.

Diante da iminência do despejo, a comunidade impetrou Agravo de Instrumento com efeito suspensivo ativo em face da decisão do juízo de 1º grau, por intermédio do Centro de Defesa da Vida e dos Direitos Humanos e do escritório “Onidayô Advocacia”. O referido recurso elenca como tese de defesa

que o território em litígio integra o espaço sagrado indivisível da Comunidade “Filhos do Oriente Maior”, ocupado há mais de 17 anos sem que houvesse nenhum tipo de oposição, devendo ser protegido pela ordem jurídica existente nos termos do art. 5º, inciso VI da Constituição, e nos moldes estabelecidos pela Convenção 169 da OIT e pela Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, tendo em vista tratar-se de uma comunidade tradicional de matriz africana.

Requeru ainda, a declinação de competência para a Justiça Federal, nos termos do art. 109, I e III da Constituição de 1988¹⁷, tendo em vista o interesse do órgão (a União) executor da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais em relação ao pleito, bem como em razão do litígio se relacionar com a aplicabilidade de tratados celebrados pela União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, destinados à proteção das comunidades e povos tradicionais¹⁸.

No dia 04 de abril de 2013, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão determinou a suspensão da decisão de reintegração de posse por entender que “Por óbvio, os requisitos do art. 927 do CPC restam improvados no presente caso, vez que não evidenciada nem a posse do autor, nem a sua perda, nem a data do esbulho.”¹⁹ Quanto ao pedido de declinação de competência para a Justiça Federal, o tribunal considerou inexistente o interesse da União na demanda por entender que “embora haja discussão sobre o exercício de rituais religiosos, a matéria de fundo possui natureza possessória, havendo disputa sobre imóvel entre particulares”²⁰.

Percebe-se que o julgador simplifica a existência de uma comunidade tradicional de matriz africana, com formas próprias de criar, fazer e viver. Ao

17. Art. 109 da CF: “Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réis, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; (...) III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”.

18. Como instrumentos de proteção dos territórios sagrados das comunidades tradicionais de matriz africana, bem como a preservação de seus cultos e rituais, destacam-se o Plano Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PLANAPIR), instituído pelo Decreto nº 6.872 de 04 de junho de 2009, o Estatuto da Igualdade Racial, instituído pela Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 e o I Plano Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana (PLANAPIR), publicado em janeiro de 2013.

19. Processo nº 564-06.2013.8.10.0022, 1º Vara de Açailândia/MA, p. 08. p. 138.

20. Processo nº 564-06.2013.8.10.0022, 1º Vara de Açailândia/MA, p. 136.

reduzir o litígio a “uma disputa sobre bem imóvel por particulares”, ignora a existência de um pluralismo e de todo um processo de construção de identidade coletiva e territorialização, de modo que a usurpação do território da comunidade implica na impossibilidade de sobrevivência da mesma, já que a sua reprodução física e cultural encontra-se diretamente ligada com os usos e apropriação simbólica e material exercida sobre seu espaço sagrado.

Ao negar a existência de interesse da União no litígio, o Tribunal retira a própria aplicabilidade dos tratados internacionais que versam sobre comunidades e povos tradicionais, que, por estabelecerem direitos e garantias fundamentais, foram incorporados ao ordenamento jurídico interno com força de norma materialmente constitucional, com aplicabilidade imediata.

Assim, da análise da decisão de suspensão da liminar de reintegração de posse, percebe-se que a mesma foi deferida com base exclusivamente numa análise positivista do processo, já que o autor (suposto proprietário) fez uso de ação possessória inadequada ao caso em questão.

Após provocação da Fundação Cultural Palmares, o Ministério Público Federal requereu, em 03 de dezembro de 2013, habilitação nos autos e declinação de competência para a justiça federal, por entender que há interesse de atuação do órgão no caso em questão, tendo em vista que o litígio encontra-se além de uma disputa de imóvel por particulares, existindo em verdade a oposição entre os direitos de posse e propriedade do território tradicional de uma comunidade de religiosidade de matriz africana e o suposto direito de propriedade do autor da ação possessória que reivindica o espaço para fins mercadológicos. Contudo, tal pedido ainda não foi julgado pelo juiz da causa, permanecendo o processo estagnado desde 14 de março de 2014.²¹

A propositura da ação judicial de reintegração de posse em face de parte do território sagrado da comunidade “Filhos do Oriente Maior” implica num processo de insegurança jurídica da posse que ameaça a continuidade cultural e religiosa da comunidade, tendo em vista as relações identitárias estabelecidas com o território ocupado indispensável à reprodução de suas crenças e rituais. Nesse sentido, emerge a necessidade de um célere processo de reconhecimento institucional e titulação do território para garantir-lhes a propriedade e posse definitiva do espaço e, conseqüentemente, a própria sobrevivência de suas tradições africanas.

21. Informação obtida mediante consulta processual no sítio eletrônico do <http://jurisconsult.tjma.jus.br>.

Conclusão

As pressões efetivadas por grupos portadores de identidade coletiva culminaram na inauguração da Constituição Republicana de 1988 que reconheceu a existência de grupos sociais culturalmente diferenciados designados como povos e comunidades tradicionais, bem como a necessidade de preservação de seus territórios tradicionalmente ocupados, sendo tal garantia reafirmada nas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Brasil, nas constituições estaduais e outros dispositivos de natureza infraconstitucional.

Verificou-se ao longo deste artigo que, apesar da diversidade de instrumentos de proteção a essas comunidades, é latente as dificuldades de implementação de tais dispositivos, o que indica a existência de tensões relativas ao seu reconhecimento jurídico-formal, principalmente porque rompem a histórica invisibilidade vivenciada por esses grupos e atinge setores econômicos interessados nos recursos apropriados e incorporados à territorialidade dessas coletividades.

Destacou-se a ainda a importância da ratificação da Convenção 169 da OIT, que estabelece parâmetros para fins de identificação dos povos e comunidades tradicionais, sem, contudo, estagná-los no tempo, permitindo a abrangência de novos grupos insurgentes portadores de identidade coletiva e formas próprias de organização social e cultural, dando fundamental importância ao critério da autoidentificação.

Por tratar-se de tratado internacional que abrange direitos e garantias fundamentais, referida convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico com natureza jurídica de norma materialmente constitucional, ampliando o bloco de constitucionalidade, nos termos do art. 5º, §2º da Constituição. Ainda, por força do disposto no art. 5º, §1º da Constituição, os tratados de direitos humanos são incorporados imediatamente à ordem jurídica interna com promulgação pelo Poder Executivo, não necessitando da expedição de ato normativo para que passem a ser exigíveis no plano nacional.

Verificou-se ainda, que as comunidades religiosas de matriz africana possuem todas as características necessárias ao seu reconhecimento como comunidades tradicionais, a saber, são grupos culturalmente diferenciados, com formas próprias de fazer, criar e viver, ligadas à sua religiosidade e utilização do meio natural na prática de seus rituais sagrados, que mantém fortes vínculos de identidade com os territórios utilizados para sua reprodução social, econômica e religiosa, e se autoidentificam como povos de terreiro, transmitindo suas tradições de geração em geração principalmente de forma oral, num processo de formação de identidade coletiva dos povos de santo.

Assim, perfeitamente aplicável às comunidades religiosas de matriz africana as convenções e tratados internacionais que versam sobre comunidades tradicionais, bem como os dispositivos constitucionais protetivos de suas formas próprias de organização cultural e religiosa.

Ao realizar o estudo de caso do Centro Espiritualista “Filhos do Oriente Maior”, conclui-se que tal comunidade mantém vínculos de pertencimento estabelecidos com os locais de culto, que representam a materialização do sagrado e são moradas das entidades cultuadas, de modo que o Templo Central / Salão Santo, a Senzala dos Negros, a Casa da Pomba Gira, a Casa dos Exus, a Mata dos Índios e Caboclos e todos os outros espaços utilizados na prática religiosa são indispensáveis à preservação de sua cultura e espiritualidade, sendo que a insegurança gerada pelo processo de reintegração de ameaça a própria sobrevivência dessa comunidade tradicional.

Assim, somente o reconhecimento institucional e a regularização fundiária do espaço poderá garantir à comunidade a posse e propriedade definitiva desses espaços sagrados, o que deverá contar com a participação da Fundação Cultural Palmares e do INCRA. A ausência de regulamentação dos procedimentos necessários para fins de demarcação e titulação do território não pode implicar em entraves burocráticos à concretização do direito ao território tradicionalmente ocupado, garantido nos dispositivos internacionais e constitucionais já bastante delineados ao longo deste trabalho.

A aplicação da Convenção 169 da OIT e outros dispositivos que protegem as comunidades tradicionais e seus territórios à comunidade Filhos do Oriente Maior, garantirá a continuidade de sua reprodução social, econômica, cultural e religiosa, marcada pelos laços de identidade e territorialidade, cumprindo com os objetivos da República Federativa do Brasil, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa, pluriétnica e solidária, marcada pelo respeito aos direitos humanos individuais e coletivos, dando especial destaque ao princípio da autodeterminação dos povos e ao caráter multicultural da sociedade brasileira.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto nº 4.887 de 20 de novembro de 2003. **Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 17 set. 2015.

- BRASIL. Decreto Federal nº 5.051, de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17 set. 2014.
- BRASIL. Decreto Federal nº 6.040, de 7 de fevereiro de 2007. **Institui a Política Nacional dos Povos e Comunidades Tradicionais**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 07 fev. 2007.
- BRASIL. Instrução normativa nº 57, de 20 de outubro de 2009. **Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em: www.palmares.gov.br. Acesso em: 15 set. 2014.
- BRASIL. Decreto nº 3.912, de 10 de setembro de 2011. **Regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3912.htm. Acesso em: 19 set. 2015.
- DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos: direito dos povos e comunidades tradicionais**. Manaus: UEA, 2007.
- FARIA, Arley Haley. **Territórios de direitos culturais e étnicos das religiões de matriz africana em Uberlândia MG. 2008**. Disponível em: <http://www.mercator.ufc.br/index.php/mercator/article/viewFile/173/139>. Acesso em: 16 dez. 2014.
- FARIA, Arley Haley; SANTOS, Rosselvelt José. **A identidade no urbano: dos territórios às multiterritorialidades dos membros das religiões de matriz africana em uberlândia, MG. 2008**. Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/viewFile/3969/2956>. Acesso em: 05 mai. 2015.
- FERRETTI, Sergio F. **Diversidade Religiosas e cultural no Maranhão. 2001**. Disponível em: <http://www.gpmina.ufma.br/pastas/doc/Diversidade%20religiosa%20e%20cultural%20do%20Maranh%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 14 de mai. de 2015.
- FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. **Portaria nº 98 de 26 de novembro de 2007**. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2010/11/legis21.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2015.
- GUIMARÃES, Andréa Leticia Carvalho. **I Plano Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana: análise da sua abordagem conceitual de povo, comunidade e tradição. 2013**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=cda79cef5b3d69e4>. Acesso em: 01 jun. 2015.
- PACHECO, Marcos Antonio B. **Estado multicultural e direitos humanos: tópica constitucional de direitos étnicos**. São Luís: UFMA/CNPq, 2005.
- PINTO, Altair. **Dicionário da umbanda**. 6. ed. Rio de Janeiro: Eco, 2013.
- PORTARIA nº 68, de 18 de setembro de 2009. **Aprova o Regimento Interno da Fundação Cultural Palmares-FCP**. Disponível em: www.palmares.gov.br. Acesso em: 15 set. 2014.
- PRANDI, Reginaldo. **As religiões afro-brasileiras e seus seguidores. 2003**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/108>. Acesso em: 20 mai. 2015.

- PRANDI, Reginaldo. **Modernidade com feitiçaria**: Candomblé e umbanda no Brasil no século XX. 1990. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/sociologia/temposocial/site/images/stories/edicoes/v021/modernidade.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2015.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim, et al. (Org.). **Meio ambiente, território e práticas jurídicas**: enredos em conflito. São Luís: Edufma, 2011.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim, et al. (Org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.
- SHIRAISHI NETO, Joaquim. “**Crise**” nos padrões jurídicos tradicionais: o direito em face dos grupos sociais portadores de identidade coletiva. Fortaleza, 2005. Disponível em: http://conpedi.org/manaus/arquivos/Anais/Joaquim_Shiraishi_Neto.pdf. Acesso em: 14 out. 2014.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

4

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e proteção das manifestações culturais e saberes ancestrais

José Rogério de Pinho Andrade¹

Jorge Alberto Mendes Serejo²

Cássius Guimarães Chai³

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p90-108

-
1. Mestre do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça – PPG-DIR/UFMA. Linha de pesquisa: Política e Instituições do Sistema de Justiça.
 2. Mestre do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça – PPG-DIR/UFMA. Linha de pesquisa: Linguagem, Cultura, Sociedade e Instituições do Sistema de Justiça.
 3. Professor associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

A análise da proteção das manifestações culturais e dos saberes ancestrais no sistema interamericano demanda que seja considerada a ambiência cultural de povos e comunidades encravados em regiões marcadas por profundas desigualdades históricas, que vivenciam os reflexos legados pelos regimes autoritários, a prática da violência e a contumácia da impunidade.

Além das violações seculares decorrentes dos processos de colonização, de que resultaram genocídios dos povos tradicionais, a história recente da América, principalmente na Latina, revela os grandes desafios impostos ao sistema interamericano, pois, segundo Flávia Piovesan⁴ (2012, p. 125), “ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados da região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados”; e, nada obstante os avanços internos para a garantia dos direitos humanos nos processos de democratização,

[...] a densificação do regime democrático na região requer o enfrentamento do elevado padrão de violação aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, em face do alto grau de exclusão e desigualdade social, que compromete a vigência dos direitos humanos na região [...] (PIOVESAN, p. 127).

Nesse sentido vê-se o fortalecimento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para a proteção dos Direitos Humanos no âmbito regional. Estruturado pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), congloba os meios responsáveis pelo monitoramento e a implementação dos direitos que estão esculpidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada de Pacto de São José da Costa Rica (1969)⁵, promulgada pelo Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

A referida Convenção reconhece substancialmente um catálogo de direitos civis e políticos, em que se destacam personalidade jurídica; a vida;

4. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

5. [Http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm](http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm).

a integridade pessoal; a proibição da escravidão e da servidão; a liberdade pessoal; a liberdade de consciência e de religião; a liberdade de pensamento e de expressão; garantias judiciais; direitos de resposta; de reunião; de associação; ao nome; à nacionalidade; à propriedade privada; à circulação e residência; direitos políticos etc.

Em relação aos direitos culturais, campo em que está inserida a proteção das manifestações culturais e os saberes ancestrais, a referida Convenção não os estabelece de forma específica, mas determina que os Estados busquem o desenvolvimento progressivo desses direitos através de medidas legislativas e outros meios apropriados, como preceitua seu art. 26.

Para os objetivos desse trabalho, após algumas aproximações acerca da ideia de cultura, dois casos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos serão trazidos com o afã situar as manifestações culturais e saberes ancestrais no âmbito de proteção dos direitos culturais de povos tradicionais.

Conceito de cultura e saberes ancestrais

Definir o que vem ser cultura resultaria, por certo, em complexidade que extravasa as questões aqui colocadas. A CIDH não traga uma definição específica, mas a Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) define que *cultura* é o conjunto de traços espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que distinguem e caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os valores, as tradições e as crenças.⁶

Conquanto a CIDH não traga uma definição de cultura, encerra a questão na definição da *identidade cultural*, que, apesar de não se encontrar expressamente estabelecida, encontra-se protegida no tratado a partir de uma interpretação evolutiva do conteúdo dos ali direitos consagrados: Obrigação de Respeitar os Direitos (art. 1.1); Direito à Integridade Pessoal (art. 5º); Proteção da Honra e Dignidade (art. 11); Liberdade de Consciência e Religião (art. 12); Liberdade de Pensamento e Expressão (art. 13); Direito de Reunião (art. 15); Liberdade de Associação (art. 16); Proteção da Família (art. 17); Direito ao Nome (art. 18); Direito à Propriedade Privada (art. 21); Direitos Políticos (art.

6. Preâmbulo da Declaração Universal da Unesco sobre a diversidade cultural (2001). Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>.

23) e Igualdade perante a Lei (art. 24), dependendo dos fatos do caso concreto (CIDH, 2014, p. 151-152)⁷.

Esta é uma primeira ideia que nos conduz às categorias eleitas pela CIDH no julgamento dos casos concretos que veremos a seguir, ressaltando-se que a Convenção reconhece um catálogo de direitos civis e políticos, em cujo universo se situa a capitulação legal das reconhecidas violações aos direitos humanos.

Mas, consoante o art. 29 do Pacto, nenhuma disposição ali consagrada poderá ser interpretada no sentido de permitir que haja supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos; que limite o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes; ou que exclua outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo.

Desta maneira, conforme os casos que servirão de suporte a esta análise, não havendo enquadramento específico no Pacto para “manifestações culturais e dos saberes ancestrais dos povos”, sua proteção está relacionada ao direito à vida (art. 4º) integridade pessoal (art. 5º), à liberdade de consciência e religião (art. 12), liberdade de expressão (art. 13), propriedade privada (art. 21), aos direitos políticos (art. 23), proteção judicial (art. 25) etc., senão vejamos nos casos “Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua”, sentença de 31 de agosto de 2001⁸ e “Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai”, sentença de 17 de junho de 2005⁹.

7. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas>. p. 75-163.

8. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. 7 v. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/3-direitos-economicos-sociais-e-culturais> (p. 7-74).

9. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. 7 v. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/pdf/direitos-dos-povos-indigenas> (p. 75-163).

A jurisprudência da CIDH sobre a proteção dos saberes ancestrais

Nos dois casos trazidos, o que está em jogo é o reconhecimento do direito à identidade cultural dos povos indígenas, da propriedade ancestral e a vida de povos tradicionais, como pressuposto para o reconhecimento das manifestações culturais e saberes ancestrais.

O Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua – Sentença de 31 de Agosto de 2001 (Mérito, reparações e custas)

O caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, levado à Corte pela Comissão Interamericana, trata de uma comunidade indígena da etnia Mayagna ou Sumo, assentada na Costa Atlântica da Nicarágua, que teve seus direitos a propriedade privada (art. 21) e à proteção judicial (art. 25) violados em razão da insuficiência de meios internos para a demarcação de terras ancestrais e o acesso aos recursos naturais.

Em 4 de junho de 1998, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos CIDH apresentou à Corte uma demanda contra o Estado da Nicarágua que se originou na denúncia nº 11.577, recebida na Secretaria da Comissão em 2 de outubro de 1995.

Nesta demanda, a Comissão invocou os artigos 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 32 e seguintes do Regulamento e apresentou este caso com o fim de que a Corte decidisse se o Estado violou a Obrigação de Respeitar os Direitos (art. 1º); Dever de Adotar Disposições de Direito Interno (art. 2º); Direito à Propriedade Privada (art. 21); Proteção Judicial (art. 25), todos da Convenção, porque a Nicarágua não demarcou as terras comunais da Comunidade Awas Tingni, nem tomou medidas efetivas que assegurassem os direitos de propriedade da Comunidade em suas terras ancestrais e recursos naturais, bem como por haver outorgado uma concessão nas terras da Comunidade sem seu consentimento e por não haver garantido um recurso efetivo para responder às reclamações da Comunidade sobre seus direitos de propriedade.

Igualmente, a Comissão solicitou à Corte que declarasse que o Estado o estabelecimento de um procedimento jurídico que permitisse a rápida demarcação e o reconhecimento oficial dos direitos de propriedade da Comunidade Mayagna, bem como se abstivesse de outorgar ou considerar a outorga de qualquer concessão para o aproveitamento de recursos naturais nas terras usadas e ocupadas por Awas Tingni, até que a questão da posse da terra que afeta a Comunidade estivesse resolvida.

Finalmente, a Comissão solicitou à Corte a condenação do Estado a pagar uma indenização compensatória equitativa pelos danos materiais e morais que a Comunidade sofreu, e ao pagamento das custas e gastos gerados na tramitação do caso na jurisdição interna e perante o Sistema Interamericano.

Realizado o processo de conhecimento, com relação ao art. 25 (proteção judicial) da Convenção Americana, a Corte considerou que no Estado da Nicarágua “não existe um procedimento efetivo para delimitar, demarcar e titular as terras comunitárias indígenas” (CIDH, 2014, p. 53).

Diante do quadro processual que foi apresentado,

[...] a Corte considera que é necessário fazer efetivos os direitos reconhecidos na Constituição Política e na legislação nicaraguense, conforme a Convenção Americana. Em consequência, o Estado deve adotar em seu direito interno, conforme o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação da propriedade dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, conforme o direito consuetudinário, valores, usos e costumes desta. (BRASIL, 2014, p. 55).

Deste modo, “a Corte conclui que o Estado violou o artigo 25 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção” (CIDH, 2014, p. 55).

Com relação ao artigo 21 (Direito à propriedade privada), depois de apresentadas e analisadas as alegações da Comissão e da Nicarágua, a Corte considerou que o conceito de propriedade privada nas comunidades indígenas está associado à tradição comunal de propriedade coletiva da terra, pois esta não pertence ao indivíduo, mas sim ao grupo e sua comunidade.

Os indígenas, em função de sua própria existência,

[...] têm o direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação

com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações. (BRASIL, 2014 , p. 59).

Assim, as considerações da Corte afirmaram que “o direito consuetudinário dos povos indígenas deve ser levado especialmente em consideração” e que “a posse da terra deveria bastar para que as comunidades indígenas que careçam de um título real sobre a propriedade da terra obtenham o reconhecimento oficial desta propriedade e o conseqüente registro” (CIDH, 2014, p. 59).

Na análise do caso, a Corte verificou que o Estado da Nicarágua reconheceu a propriedade comunal dos povos indígenas, entretanto, não regulamentou o procedimento jurídico para efetivar este reconhecimento. Além do mais, não houve oposição do Estado à pretensão da Comunidade Awas Tingni de ser declarada proprietária. Assim,

[...] a Corte considera que, conforme o estabelecido no artigo 5 da Constituição Política da Nicarágua, os membros da Comunidade Awas Tingni têm um direito de propriedade comunal sobre as terras onde atualmente habitam, sem prejuízo dos direitos de outras comunidades indígenas (BRASIL, 2014 , p. 59).

Segundo a Corte, o comportamento omissivo do Estado em não efetivar a demarcação dos limites sobre os quais existe este direito,

[...] tem criado um clima de incerteza permanente entre os membros da Comunidade Awas Tingni já que não sabem com certeza até onde se estende geograficamente seu direito de propriedade comunal e, conseqüentemente, desconhecem até onde podem usar e gozar livremente dos respectivos bens (BRASIL, 2014 , p. 59).

Por isto mesmo, entendeu a Corte que:

[...] os membros da Comunidade Awas Tigni têm direito a que o Estado. 1. delimite, demarque e titule o território de propriedade da Comunidade; e 2. abstenha-se de realizar, até que seja realizada essa

delimitação, demarcação e titulação, atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade. (BRASIL, 2014 , p. 59)

Não é outra a conclusão do Tribunal afirmando que,

[...] à luz do artigo 21 da Convenção, o Estado violou o direito ao uso e ao gozo dos bens dos membros da Comunidade Mayagna Awas Tingni, uma vez que não delimitou e demarcou sua propriedade comunal, e que outorgou concessões a terceiros para a exploração de bens e recursos localizados em uma área que pode chegar a corresponder, total ou parcialmente, aos terrenos sobre os quais deverá recair a delimitação, demarcação e titulação correspondentes (BRASIL, 2014 , p. 60).

Então, em relação ao artigo 21 (Direito à propriedade privada), a conclusão da Corte foi a de que o Estado “violou o artigo 21 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção” (CIDH, 2014, p. 60).

A Comissão alegou ainda “que dada a natureza da relação que a Comunidade Awas Tingni mantém com sua terra tradicional e os recursos naturais, o Estado é responsável pela violação de outros direitos protegidos pela Convenção Americana” (CIDH, 2014, p. 60) que combinados entre si seriam, eles: Direito à Vida (art. 4º); Proteção da Honra e da Dignidade (art. 11); Liberdade de Consciência e de Religião (art. 12); Liberdade de Associação (art. 16); Proteção da Família (art.17); Direito de Circulação e de Residência (art. 22); Direitos Políticos (art. 23) (CIDH, 2014, p. 60).

Com respeito à alegada violação dos artigos 4, 11, 12, 16, 17, 22 e 23 da Convenção apresentada pela Comissão em seu escrito de alegações finais, “a Corte desconsiderou a violação dos direitos consagrados nos artigos mencionados, já que em seu escrito de alegações finais a Comissão não os fundamentou” (CIDH, 2014, p. 60).

O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece:

Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

No caso da comunidade Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua, a Corte entendeu que a Nicarágua violou os artigos 25 e 21 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e, deste modo, aplicou sua jurisprudência que estabelece “que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente” (CIDH, 2014, p. 62).

A Corte considerou, conforme o art. 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que

[...] o Estado deve adotar as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, conforme seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Igualmente, como consequência das violações indicadas dos direitos consagrados na Convenção no presente caso, a Corte dispõe que o Estado deverá proceder a delimitar, demarcar e titular as terras que correspondem aos membros da Comunidade Awas Tingni, em um prazo máximo de 15 meses, com a plena participação, e levando em consideração o direito consuetudinário, valores, usos e costumes da Comunidade. Enquanto não tenham sido delimitadas, demarcadas e tituladas as terras dos membros da Comunidade, a Nicarágua deve se abster de realizar atos que possam levar a que os agentes do próprio Estado, ou terceiros que atuem com sua aquiescência ou sua tolerância, prejudiquem a existência, o valor, o uso ou o gozo dos bens localizados na zona geográfica onde habitam e realizam suas atividades os membros da Comunidade Awas Tingni (BRASIL, 2014, p. 63).

Mais ainda, a Corte observou que a Comissão não provou a ocorrência de danos materiais aos membros da Comunidade Mayagna, entretanto, ela considerou que,

[...] em razão da situação em que se encontram os membros da Comunidade Awas Tingni por falta de delimitação, demarcação e titulação de sua propriedade comunal, o dano imaterial ocasionado deve também ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização pecuniária. Nas circunstâncias do caso é preciso recorrer a esta classe de indenização, fixando-a conforme a equidade e se baseando em uma apreciação prudente do dano imaterial, o qual não é susceptível de uma taxação precisa. Pelo exposto acima e levando em consideração as circunstâncias do caso e o decidido em outros similares, a Corte considera que o Estado deve investir, a título de reparação do dano imaterial, no prazo de 12 meses, a quantia total de US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) em obras ou serviços de interesse coletivo em benefício da Comunidade Awas Tingni, em comum acordo com esta e sob a supervisão da Comissão Interamericana (BRASIL, 2014, p. 63).

O Estado da Nicarágua também foi condenado no montante de “US\$ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e custas em que incorreram os membros da Comunidade Awas Tingni e seus representantes” (CIDH, 2014, p. 63) que deveriam ser pagos num prazo de seis meses contados a partir da notificação da Sentença podendo ser cumprida mediante o pagamento em dólares ou em uma quantia equivalente em moeda nicaraguense, utilizando para o cálculo respectivo a taxa de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente no dia anterior ao pagamento na praça de Nova York, Estados Unidos da América (CIDH, 2014, p. 63).

Ficou decidido também que “o Estado deve apresentar à Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cada seis meses, a partir da notificação da presente Sentença, um relatório sobre as medidas tomadas para dar-lhe cumprimento” e que caberá à Corte supervisionar “o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal aplicação ao disposto na presente decisão” (CIDH, 2014, p. 65).

A partir dessa análise, conclui-se que para a Corte, entre os indígenas há uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva

da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Em razão da própria existência os indígenas têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; e a relação próxima que os mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica.

Em suas considerações sobre o caso *Awas Tingni vs. Nicarágua*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou afirmando que o art. 21 da Convenção Americana reconhece o direito à propriedade privada associando-o ao “uso de seus bens” e estes, por sua vez,

[...] podem ser definidos como aquelas coisas materiais apropriáveis, bem como direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa; este conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corporais e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter valor (p. 58).

Para a CIDH, o conceito de propriedade é traduzido pela compreensão de que:

Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações” (BRASIL, 2014 , p. 59).

É, portanto, em seu caráter intertemporal, atrelando-o aos seus laços culturais e enfatizando sua importância para a existência da comunidade, que o conceito de propriedade é entendido pela Corte e expresso da seguinte maneira:

O conceito comunal da terra – inclusive como lugar espiritual – e seus recursos naturais fazem parte de seu direito consuetudinário; sua vinculação com o território, ainda que não esteja escrita, integra sua vida cotidiana, e o próprio direito à propriedade comunal possui uma dimensão cultural. Em suma, o habitat é parte integrante de sua cultura, transmitida de geração em geração (BRASIL, 2014, p. 66).

Diz ainda a Corte sobre a importância de ampliar a compreensão conceitual de propriedade comunal com sua dimensão intertemporal, pois ela “parece caracterizar a relação dos indígenas da comunidade com suas terras”, pois:

[...] sem o uso e gozo efetivos destas últimas, eles estariam privados de praticar, conservar e revitalizar seus costumes culturais, que dão sentido à sua própria existência, tanto individual como comunitária. O sentimento que se observa é no sentido de que, assim como a terra que ocupam lhes pertence, por sua vez eles pertencem à sua terra. Têm, pois, o direito de preservar suas manifestações culturais passadas e presentes, e de poder desenvolvê-las no futuro. (BRASIL, 2014, p. 67).

Flávia Piovesan, comentando o caso dos Awas Tingni, cuja fundamentação se dá pelo reconhecimento do direito à propriedade comunitária do art. 21 da Convenção sintetiza:

À luz de uma interpretação evolutiva e dinâmica, reconheceu a Corte os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva de terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico a sua cultura, vida espiritual, integridade e sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras. Pontuou que, entre os indígenas, existe uma relação comunitária acerca de uma forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a sua pertença não está centrada no indivíduo, mas no

grupo e em sua comunidade. Enfatizou, ademais, a necessidade de conferir uma atenção devida ao direito identidade cultural dos povos indígenas (PIOVESAN, p. 168).

É, portanto, em seu caráter intertemporal, atrelando-o aos seus laços culturais e enfatizando sua importância para a existência da comunidade, que o conceito de propriedade é entendido pela Corte e, por isto mesmo, é importante ampliar a compreensão conceitual de propriedade comunal atrelando-a à necessária proteção dos saberes ancestrais.

O caso da comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai - sentença de 17 de junho de 2005 (mérito, reparações e custas)

Em 17 de março de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte Interamericana uma demanda contra o Estado do Paraguai, a qual se originou na denúncia nº 12.313, recebida na Secretaria da Comissão em 10 de janeiro de 2000.

A Comissão apresentou a demanda com base nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana, com o fim de que a Corte decidisse se o Paraguai violou o Direito à Vida (art. 4º); Garantias Judiciais (art. 8); Direito Propriedade Privada (art. 21); Proteção Judicial (art. 25), todos da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos art. 1.1, Obrigação de Respeitar os Direitos; art. 2, Dever de Adotar Disposições de Direito Interno, em detrimento da Comunidade indígena Yakye Axa do Povo Enxet-Lengua e seus membros.

A Comissão argumentou que o Estado não garantiu o direito de propriedade ancestral da Comunidade indígena Yakye Axa e de seus membros, já que desde 1993 se encontrava em tramitação o pedido de reivindicação territorial da citada Comunidade, sem que tenha sido resolvido satisfatoriamente. De acordo com o manifestado pela Comissão em sua demanda, tal fato significou a impossibilidade da Comunidade e de seus membros de ter acesso à propriedade e posse de seu território e implicou mantê-la em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, portanto, ameaça de forma contínua a sobrevivência e integridade dos membros da Comunidade.

A Corte Interamericana, competente para conhecer do presente caso, nos termos dos artigos 62 e 63.1 da Convenção Americana, em razão de o Paraguai ser signatário da Convenção desde 24 de agosto de 1989, reconheceu a competência contenciosa da Corte em 26 de março de 1993.

Nesse sentido considerou ressaltou que a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra “deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, vida espiritual, integridade, sobrevivência econômica e sua preservação e transmissão às futuras gerações”. (CIDH, 2014, p. 126).

E por isto mesmo, para ela,

A garantia do direito à propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas (BRASIL, 2014 , p. 129).

Deste modo, são considerações da Corte o fato de que o Paraguai,

[...] apesar de reconhecer o direito à propriedade comunitária em seu próprio ordenamento jurídico, não adotou as medidas adequadas de direito interno necessárias para garantir o uso e gozo efetivo por parte dos membros da Comunidade Yakye Axa de suas terras tradicionais e, com isso, ameaçou o livre desenvolvimento e a transmissão de sua cultura e práticas tradicionais, nos termos indicados no parágrafo anterior (BRASIL, 2014 , p. 129).

Assim, somente restou a ela concluir “que o Estado violou o artigo 21 da Convenção Americana, em detrimento dos membros da Comunidade Yakye Axa, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma” (CIDH, 2014, p. 129).

Quanto à violação do artigo 4.1 da Convenção Americana (Direito à Vida), considerando as afirmações das partes envolvidas no processo, a Corte considerou “que o direito à vida é fundamental na Convenção Americana, pois de sua salvaguarda depende a realização dos demais direitos” (CIDH, 2014, p. 132). Desrespeitar este direito, portanto, significa extinguir todos os demais em razão da extinção de seu titular.

Por isto entendeu a Corte que

Em razão deste caráter fundamental, não são admissíveis enfoques restritivos ao direito à vida. Em essência, este direito compreende não apenas o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito de que não sejam criadas condições que lhe impeçam ou dificultem o acesso a uma existência digna (BRASIL, 2014, p. 132).

De todas as obrigações que deve assumir o Estado com o objetivo de proteger e garantir o direito à vida, inevitavelmente uma de suas obrigações “é a de criar as condições de vida mínimas compatíveis com a dignidade da pessoa humana e a de não produzir condições que a dificultem ou impeçam” e, por isto mesmo, tem o dever de “adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, cuja atenção se torna prioritária” (CIDH, 2014, p. 133).

Como a Corte já havia estabelecido que “o Estado não havia garantido o direito dos membros da Comunidade Yakye Axa à propriedade comunitária” e também considerado que “este fato afetou o direito a uma vida digna dos membros da Comunidade”, pois, que privados do acesso “aos meios de subsistência tradicionais, bem como ao uso e desfrute dos recursos naturais necessários para a obtenção de água limpa e para a prática da medicina tradicional de prevenção e cura de doenças”, além de que o Paraguai “não adotou as medidas positivas necessárias que permitissem assegurar aos membros da Comunidade Yakye Axa, durante o período no qual permaneceram sem território, as condições de vida compatíveis com sua dignidade”, mesmo depois de ter sido declarada pelo Presidente do país a situação de emergência na Comunidade, o entendimento alcançado foi o de que “estas medidas não foram suficientes nem adequadas para reverter sua situação de vulnerabilidade, em vista da particular gravidade do presente caso” (CIDH, 2014, p. 134).

A falta de acesso dos indígenas à propriedade e à posse do seu território levou-os a um estado de vulnerabilidade social. Por isso a Corte deixou assentado que a proteção do direito à propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios ancestrais é um assunto de especial importância, porque seu gozo efetivo implica “não apenas na proteção de uma unidade econômica, mas na proteção dos direitos humanos de uma coletividade que baseia seu desenvolvimento econômico, social e cultural na relação com a terra” (CIDH, 2014, p. 123).

Aprofundando as definições, a CIDH, ao analisar os alcances do art. 21 da Convenção, afirmou que “o território que reclamam é um lugar sagrado, é o único lugar onde terão plena liberdade porque é a terra que lhes pertence, é o lugar onde poderão recuperar a convivência, a cultura e a alegria” (CIDH, 2014, p. 123).

Considerou ainda que seria apropriado utilizar a Convenção nº 169 da OIT, para “interpretar suas disposições de acordo com a evolução do sistema interamericano, levando em consideração o desenvolvimento experimentado nesta matéria no Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CIDH, 2014, p. 126).

Concluiu a CIDH que:

A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, de ver e de atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com seus territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, não apenas por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, deste modo, de sua identidade cultural. O exposto anteriormente tem relação com o expresso no artigo 13 da Convenção nº 169 da OIT, no sentido de que os Estados deverão respeitar a importância especial que, para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. Consequentemente, a estreita vinculação dos povos indígenas com seus territórios tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que ali se encontrem bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana. A esse respeito, em outras oportunidades, este Tribunal considerou que o termo “bens” utilizado neste artigo 21, contempla “aquelas coisas materiais apropriáveis, bem como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa; este conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter um valor” (BRASIL, 2014 , p. 127).

Entendeu ainda que:

[...] os Estados devem ter em conta que os direitos territoriais indígenas incluem um conceito muito mais amplo e diferente que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu habitat como uma condição necessária para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para levar a cabo seus planos de vida. A propriedade sobre a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio cultural (BRASIL, 2014, p. 128).

Segundo a Corte, o desconhecimento do direito ancestral dos indígenas sobre seus territórios, afetaria outros direitos básicos, tais como o direito à identidade e até o direito de sobrevivência, pois que, “a terra está estreitamente relacionada com suas tradições” e seu cotidiano existencial, cultural e simbólico. Para a Corte Interamericana de Direito Humanos,

[...] o significado especial que a terra tem para os povos indígenas, em geral, e para a Comunidade Yakye Axa, em particular (par. 137 e 154 supra), implica que toda negação ao gozo ou exercício dos direitos territoriais acarreta o enfraquecimento de valores muito representativos para os membros destes povos, que correm o perigo de perder ou sofrer danos irreparáveis em sua vida e identidade cultural e no patrimônio cultural a ser transmitido às futuras gerações (BRASIL, 2014, p. 139).

Conclusão

A CIDH definiu nos julgados apresentados que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas têm um significado coletivo, no sentido de que a propriedade desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Por isto mesmo, a proteção aos saberes ancestrais perpassa pela necessidade de proteger o direito à propriedade coletiva da terra, pois é desta relação com a terra que as comunidades tradicionais desenvolvem suas identidades.

Para os julgadores as noções de domínio e posse das terras não estão necessariamente ligadas à concepção clássica de propriedade, mas nem por isso deixam de merecer a tutela do art. 21 da Convenção Americana. Como se observa:

Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas (BRASIL, 2014, p. 375).

Assim, temos que os dois casos ilustrativos vinculam a ideia de cultura, vale dizer, manifestações culturais e saberes ancestrais à resignificação do conceito de propriedade, de modo que a negação da propriedade ancestral afeta o direito à identidade cultural. Os casos selecionados no sistema interamericano mostram que a terra e os recursos naturais nela existentes constituem, portanto, a própria essência da identidade cultural dos povos indígenas e seus membros.

Valendo-se de uma interpretação dinâmica e evolutiva do conceito clássico de propriedade, para entender que a propriedade comunal da terra engloba também outros elementos que brotam das relações entre os indígenas e os territórios ancestrais ocupados por eles, ou seja, bens móveis, corpóreos, e incorpóreos, isto é, o patrimônio cultural.

Conclui a Corte com excerto do julgado:

A garantia do direito à propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estreitamente relacionada com suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, o direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função de seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial, que é recriado constantemente pelos membros das comunidades e grupos indígenas (BRASIL, 2014, p. 129).

Ademais, a Convenção Americana proíbe uma interpretação restritiva dos direitos (art. 29,) de modo que a Convenção nº 169 da OIT serve como lastro para as definições que podem ilustrar o conteúdo e o alcance do artigo 21 da Convenção.

Portanto, considerando a ampliação do conceito de propriedade, com auxílio dos casos apontados, entendemos que a proteção das manifestações culturais e dos saberes ancestrais encontra-se contemplada na definição de identidade cultural e no âmbito de proteção daquilo que na jurisprudência da CIDH deixou consagrado no entendimento atual sobre o direito de propriedade, no caso, a propriedade comunitária dos povos tradicionais.

Referências

- ALMEIDA LEITE, Rodrigo de; SIQUEIRA FILHO, Valdemar. Tradução e cultura em decisões judiciais: a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a legitimidade do direito de propriedade de comunidades indígenas. **Rev. Espaço Acadêmico**, 2012. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view-File/15023/9568>. Acesso em: 28 set. 2015.
- AMERICANOS, Organização dos Estados. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 28 set. 2015.
- AMERICANOS, Organização dos Estados. **Regulamento da Comissão interamericana de direitos humanos**. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>. Acesso em: 28 set. 2015.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso da Comunidade indígena Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Brasília: 2014. p. 7-74. Disponível em: https://cjt.ufmg.br/wp-content/uploads/2019/02/CA.-Jurisprud%C3%Aancia-da-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos_-Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas-1.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs. Paraguay**. Mérito, reparações e custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: https://cjt.ufmg.br/wp-content/uploads/2019/02/CA.-Jurisprud%C3%Aancia-da-Corte-Interamericana-de-Direitos-Humanos_-Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas-1.pdf. Acesso em: 15 nov. 2021.
- CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. **Sur, Rev. int. direitos human.**, São Paulo, v. 3, n. 5, p. 42-69, Dec. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452006000200004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2015.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RESEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

5

Corrupção administrativa e tutela da probidade: desafios na aplicação da Lei nº 8.429/1992 pelas instituições de justiça

Heron de Jesus Garcez Pinheiro¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p109-134

-
1. Mestre do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão - PPGDIR/UFMA.
 2. Professor Associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

Os devastadores escândalos de corrupção nas instâncias governamentais e administrativas constituem grande preocupação para a opinião pública nacional nos primeiros lustros do século XXI, a retratar a persistência – em larga escala – de comportamentos patrimonialistas de agentes públicos no seio do Estado brasileiro, não raro estruturados em verdadeiras organizações criminosas.

A Transparência Internacional, organização não-governamental germânica instituída no início da década de 1993 para estudar o fenômeno sócio-político da corrupção (gênero do qual a improbidade administrativa é espécie), através de índices obtidos mediante colheita de dados junto a analistas, empresários, usuários de serviços e a população em geral, divulga periodicamente o Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index*).

A reputação do Brasil nas séries dos *rankings* destinados a aferir a corrupção entre as nações tem sido assaz insatisfatória. No ano de 1999, o Brasil ocupou a 45ª posição no Índice de Percepção da Corrupção (CPU), com nota 41. Em 2002, houve uma leve piora da nota brasileira para 40, embora mantida a 45ª colocação. No ano de 2004, passou-se assustadoramente para a 59ª posição, com nota 39. Em 2009, com a nota 37, o país despencou para a 75ª posição; e em 2011, ocupava-se a 73ª posição, com a nota 38 (GARCIA; ALVES, 2014).

Na última edição do Índice de Percepção da Corrupção (CPI/2015), o Brasil ocupou a 76ª posição (nota 38)³, com pioras de posição e nota em relação à edição anterior da medição⁴. Consoante aludido indicador, os países com as melhores notas, reputados os mais transparentes e menos corruptos do mundo, são Dinamarca, Finlândia e Nova Zelândia, os quais têm se revezado nas primeiras colocações nas últimas décadas.

Nesse diapasão, as inéditas cifras da Operação Lava Jato, constituída a partir de força-tarefa envolvendo Poder Judiciário, Ministério Público e Polícia Federal, até 13/09/2016, consubstanciam êxito indubitável do combate articulado à corrupção na salvaguarda do patrimônio público: 1.397 procedimentos instaurados, 654 buscas e apreensões, 174 conduções coercitivas, 76 prisões preventivas, 92 prisões temporárias, 06 prisões em flagrante, 112 pedidos de cooperação internacional, 70 acordos de colaboração premiada, 06 acordos de leniência, 233

3. Disponível em: <http://www.transparency.org/cpi2015#results-table>. Acesso em: 14 set. 2016.

4. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2014/results>. Acesso em: 14 set. 2016.

acusações criminais, 07 acusações de improbidade contra 38 pessoas e 16 empresas, pedidos de ressarcimento no importe de R\$ 38,1 bilhões, repatriação de R\$ 745,1 milhões e bloqueio de R\$ 2,4 bilhões em bens dos réus⁵.

Contudo, referidos esforços anticorrupção ainda constituem exceção da República Federativa do Brasil, diante da desorganização das instituições estatais para fazer face aos poderosos e capilarizados esquemas de assalto ao Erário. A cidadania ainda não se posiciona suficientemente vigilante na cobrança pela transparência da gestão dos recursos públicos e no combate à impunidade. Concorre para tal cenário a tradicional escassez de estudos acadêmicos concernentes ao combate à corrupção e à tutela da probidade administrativa, em níveis promocional e repressivo-punitivo.

Sob tais perspectivas, como tem sido a aplicação pelas instituições de justiça da Lei nº 8.429/1992, destinada a tipificar como ilícito civil e punir os atos de improbidade administrativa? Por que a edição do citado diploma não concorreu para a redução dos índices de corrupção administrativa no Brasil, mais de duas décadas após a vigência da Lei de Improbidade Administrativa?

O enfrentamento dos problemas acima relatados demanda incursão mais aprofundada na conceituação e nos marcos teóricos sobre corrupção no Brasil, com ênfase para as teorias da modernização e do neoinstitucionalismo econômico, centradas, respectivamente, nas concepções de patrimonialismo e do *rent-seeking*.

Após essa abordagem, discorre-se acerca do marco legal de tutela da probidade administrativa, ventilando apertado histórico sobre a improbidade administrativa no Brasil, assinalando o conteúdo dos diplomas antecedentes, quais sejam, o Decreto-Lei nº 3.240/1941, a Lei Pitombo-Godói Ilha (1957) e a Lei Bilac Pinto (1958). Disserta-se sobre a previsão da improbidade administrativa na Constituição Federal de 1988, destacando-se o contexto histórico de surgimento, a estrutura e a organização da Lei nº 8.429/1992.

Analisa-se os problemas na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, consubstanciados nos ensaios para esvaziamento do referido diploma, através da extensão do foro por prerrogativa de função aos acusados em ações de improbidade administrativa, bem como a exclusão dos agentes políticos sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade do âmbito de incidência da Lei nº 8.429/1992. Por derradeiro, aborda-se o tratamento das instituições de

5. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>. Acesso em: 14 set. 2016.

justiça quanto aos requisitos subjetivos para configuração das tipologias da improbidade administrativa.

Conceituação e marcos teóricos sobre corrupção

À guisa de conceituar a corrupção, impõe-se atentar aos óbices inerentes a tal faina, máxime em se tratando de fenômeno sócio-político multifário, com diversificadas formas de manifestação no tempo e espaço. Muitos escreveram no passado que a corrupção seria monopólio de épocas ou regiões, com suposta preponderância em países subdesenvolvidos/periféricos e anteriormente às modernizações (WEBER, 2004).

No entanto, hodiernamente, afigura-se nítido que a corrupção sempre existiu e existirá em todos os tempos e espaços, em maior ou menor escala. Há mais de 2.300 anos já eram relacionadas por escrito mais de 40 formas de extorquir fraudulentamente dinheiro do governo, sobejando registros recentes de corrupção escandalosa em países da Europa, Estados Unidos e Japão (KLITGAARD, 1994).

Na Idade Média, a expressão latina *corruptus* evocava uma série de imagens do mal, designando o que destrói o caráter saudável, referindo-se tanto a comportamentos políticos quanto sexuais, com substantiva conotação moral. Mas haveria um traço essencial inerente a todas as manifestações de corrupção?

Klitgaard (1994, p. 38) responde categoricamente a essa indagação descrevendo núcleos imprescindíveis à configuração de um ato de corrupção, ao conceituá-la como a “indução por meio de considerações impróprias ao cometimento de uma violação de dever”. Logo, trata-se de comportamento que se desvirtua dos deveres formais de uma função pública devido a interesses privados (pessoais, familiares ou de grupo fechado) de natureza pecuniária ou mesmo extrapatrimonial.

A concepção de marcos teóricos sobre corrupção no Brasil é proveniente de Filgueiras (2008), o qual dividiu pensadores acerca da matéria em duas grandes agendas de pesquisa, designadas como teorias da modernização e do neoinstitucionalismo econômico. Autores como Sérgio Buarque de Holanda e Raymundo Faoro, de formação mais acentuadamente histórico-sociológica, representariam a teoria da modernização; já a segunda agenda de pesquisa decorreria de autores norte-americanos como Susan Rose-Ackerman e Robert Klitgaard, cujas obras filiar-se-iam às bases conceituais, metodológicas e deontológicas das ciências econômicas.

A teoria da modernização centra-se no conceito de patrimonialismo, predominando até os anos de 1990, arrimando-se em concepções weberianas sobre legitimidade da dominação, partindo de epistemologia fundada na compreensão de fatos sociais a partir da concepção de modelos ideais.

Nessa perspectiva, a noção basilar de patrimonialismo consistiria em arranjo institucional pré-moderno em que predominam relações de dominação legitimadas pela tradição (arcaicas), em contraposição à dominação ideal moderna, marcada pela racionalidade legal. Opor-se-iam as dimensões da moralidade pública (macro), marcada pelos valores da modernidade, com a moralidade privada (micro), na qual estariam contemplados os valores individuais (FILGUEIRAS, 2008).

Ilustrativa das dificuldades dos detentores de poder no Estado brasileiro de discernirem as raias entre o público e o privado, em estágio inicial de evolução das instituições e dos costumes políticos, cujo ponto culminante seria o funcionamento de uma burocracia profissional e especializada, valha-nos observação de Sérgio Buarque de Holanda (1995, p. 145-146):

[...] não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público. Assim, eles se caracterizavam justamente pelo que separa o funcionário ‘patrimonial’ do puro burocrata conforme definição de Max Weber. Para o funcionário ‘patrimonial’, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos.

Desse modo, exsurge a noção de “homem cordial” como representativa do comportamento dos indivíduos no contexto da formação da sociedade brasileira, bem como a ideia da cordialidade como “traço definido do caráter brasileiro”, expressão da maneira pela qual o indivíduo mantém supremacia sobre o social (HOLANDA, 1995, p. 147).

Referidas concepções conferem visibilidade a comportamentos que buscam afirmação de interesses particulares do homem cordial sobre o interesse público, desmistificando que o indivíduo movido pela cordialidade guiar-se-ia por seus próprios interesses.

Logo, da relação dicotômica e evolucionista entre a dominação legítima tradicional (pré-moderna e patrimonial) e a dominação pela racionalidade pública (moderna e burocrática), derivam as compreensões de personalismo, entendido como a prática social do homem cordial nas esferas privada e pública; e do patrimonialismo, consistente na ocupação do espaço estatal pelo o homem cordial (SOUZA, 2008).

A teoria da modernização, além de associar a corrupção ao subdesenvolvimento, vinculando a sua erradicação à busca pelo desenvolvimento, fomenta discurso de prevenção de comportamentos corruptos através da criação de códigos de conduta (deontológicos), promoção de treinamentos de formação ética para eliminação do clientelismo/nepotismo e implantação da meritocracia na Administração Pública (GRAAF, 2007).

De outro turno, a agenda de pesquisa preponderante a partir da década de 1990 nos estudos sobre corrupção adota a teoria do neoinstitucionalismo econômico, centrado no conceito de *rent-seeking* (busca de renda), corrente inaugurada com a publicação de *Corruption: a Study in Political Economy* em 1978, de Susan Rose-Ackerman (FILGUEIRAS, 2008).

O neoinstitucionalismo parte de concepção hobbesiana da natureza humana, tendo como pressuposto o racionalismo econômico, através do qual caberia aos homens a tomada de decisões por julgamentos amorais, orientandos exclusivamente pelo autointeresse egoísta e baseado no utilitarismo em suas relações econômicas, sociais e políticas.

Perspectiva mais radical do neoinstitucionalismo econômico cogita, inclusive, que não haveria decisões coletivas que derivassem de verdadeiro interesse coletivo, uma vez que todas as decisões coletivas deveriam ser entendidas como resultantes de um universo de interesses individuais dos agentes envolvidos e interessados.

Por tal razão, no clássico escólio de James Madison, também influenciado pelo ideário hobbesiano de natureza humana, não sendo os homens anjos ou governados por anjos, tratando-se de governo administrado por homens e para homens, há de ser aquele subordinado a controles externo e interno (2001, p. 269):

If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control

the governed; and in the next place oblige it to control itself⁶.

O conceito de *rent-seeking* reveste-se de significado relevante. Nas ciências econômicas, é empregado para descrever o desequilíbrio nas relações econômicas provocado por agentes que buscam a riqueza e acumulação de capital não pelas vias ordinárias do capitalismo, através da agregação de valor de produtos/mercadorias ou mesmo pela adequada mensuração das leis da oferta/procura. Designa a prática de agentes econômicos que intentam enriquecer com subsídios, monopólios, *lobbies*, apadrinhamentos, sinecuras e privilégios do Estado, em manipulação do ambiente político e social (PASOUR JR., 1987).

No campo da corrupção, *rent-seeking* permite compreendê-la como um comportamento oportunista e arrivista de sujeitos amorais e sequiosos por facilidades, que se manifesta por meio de ações ilegais voltadas a propiciar transferência de renda ou aquisição de vantagens ilícitas que atendam a interesses particulares detrimenentosos ao interesse público.

Incentivos propiciados por redes de privilégios decorrentes de arranjos institucionais falhos, que permitem a existência de monopólios estatais, excesso de discricionariedade na condução de negócios públicos e mecanismos inadequados ou insuficientes de *accountability* constituem as principais causas da corrupção.

A propósito, Klitgaard (1994) notabilizou-se pela façanha de tentar explicar o fenômeno da corrupção através da equação em inglês $C=M+D-A$. Nessa toada, em tradução livre, a corrupção seria o resultado do monopólio (*monopoly*) mais a discricionariedade (*discretion*), menos a prestação de contas/transparência (*accountability*).

A significação pragmática desse modelo econômico aponta para a ilação de que os benefícios e custos potenciais do agente podem ser afetados pela política e gestão públicas, de modo que existirá ambiência desfavorável à corrupção quando benefícios líquidos potenciais não superarem os custos da atividade ímproba (KLITGAARD, 1994).

6. Em tradução livre: “Se homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. Se anjos governassem homens, nenhum controle externo ou interno sobre o governo seria necessário. Ao organizar um governo que tem de ser administrado por homens para homens, a grande dificuldade está nisso: você tem de primeiro habilitar o governo a controlar os governados, e em seguida, obrigá-lo a controlar a si mesmo”.

Por conseguinte, a teoria do neoinstitucionalismo econômico posiciona o papel de responsabilização pública das instituições de controle como vacina contra a corrupção, sublinhando a convicção de que as atividades de controle e transparência lhes seriam inversamente proporcionais. Abandonou-se o paradigma da inexorável convivência com o patrimonialismo de agentes públicos para adotar-se modelo de fidúcia nas ferramentas institucionais de controle dissuasórias das mencionadas práticas malfazejas ao Erário.

Marco legal de tutela da probidade na administração pública brasileira

No Brasil, apesar do reconhecimento da quase absoluta ineficácia dos diplomas legislativos predecessores da Lei nº 8.429/1992, todas as Constituições Republicanas estabeleceram a possibilidade de responsabilização do Chefe do Executivo por infração à probidade na administração (Constituições de 1891 - art. 54, 6º; 1934 - art. 57, “f”; 1937 - art.85, “d”; 1946 - art. 89, V; 1967 - art. 84, V; 1969 - art.82, V; e 1988 - art. 85, V).

No plano infraconstitucional, o Decreto-Lei nº 3.240, de 08 de maio de 1941, estabeleceu as penas de sequestro e perdimento de bens em desfavor de funcionários públicos condenados por crimes funcionais e abuso de autoridade, desde que existente prejuízo para a Fazenda Pública e resultassem em locupletamento ilícito do acusado. Referido diploma, antecedente do Código Penal Brasileiro, não foi por este revogado, segundo entendimento do STJ, na linha do antigo Tribunal Federal de Recursos (GARCIA; ALVES, 2014).

Em 01 de junho de 1057, foi editada a Lei nº 3.164, mais conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, cujas inovações consistiram em admitir a legitimidade do Ministério Público e de qualquer do povo para aforamento de ações judiciais contra servidores públicos que enriquecessem ilicitamente no exercício da função (art. 1º); e em instituir o registro público obrigatório dos valores e bens dos servidores no serviço de pessoal competente (art. 3º). A quase nula eficácia da norma deveu-se à dificuldade de comprovação do nexos causal entre as aquisições patrimoniais e o abuso do cargo, bem ainda à falta de regulamentação do registro de bens e valores.

Em 21 de dezembro de 1958, foi sancionada a Lei Bilac Pinto (Lei nº 3.502), cuja vigência estendeu-se até a substituição pela LIA. Tratou da regulação do sequestro e do perdimento de bens nos casos de enriquecimento ilícito, por influência ou abuso do cargo ou função. Deteve-se na pormenorização do

sujeito ativo do enriquecimento ilícito, elencando em rol exemplificativo as condutas que o caracterizavam, de forma semelhante à previsão do atual art. 9º da Lei nº 8.429/1992.

A título de retrocessos, impende citar a restrição à legitimação de qualquer do povo para ajuizamento de demandas judiciais contra servidores públicos, as dificuldades para comprovação dos inúmeros requisitos do enriquecimento ilícito e o não estabelecimento da sanção de perda da função pública, pois deveria o agente aguardar no cargo o eventual trânsito em julgado de sentença penal condenatória para ser demitido (GARCIA; ALVES, 2014).

Anteriormente mesmo à vigência da Constituição Federal de 1988, foram editados diplomas com grande alcance na censura e repressão à lesão dos valores republicanos. Nesse diapasão, a Lei de Ação Popular – LAP (Lei nº 4.717/1965), a Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/85) e, posteriormente ao Diploma Fundamental, a Lei de Improbidade Administrativa – LIA (Lei nº 8.429/1992) passaram a constituir o microsistema normativo de proteção ao patrimônio público e à moralidade administrativa, dispondo de sanções graves para punir com unidade delinquências malfazejas aos bens tutelados pelo novel Direito Administrativo (OSÓRIO, 2005).

A Constituição Federal de 1988 cuidou de inculpir o princípio republicano logo no seu artigo proemial, encerrando a opção imodificável pela república constitucional, forma de governo que prestigia a igualdade de condições para investidura em cargos eletivos e públicos, acesso a serviços estatais e às políticas públicas, conforme critérios prévios estabelecidos pelo ordenamento. Os cânones republicanos no trato da coisa pública (*res publica*), que se traduz na noção de patrimônio público indisponível por quem o gerir transitariamente, contrastam, em regra, com os critérios de hereditariedade, designação e vitaliciedade inerentes à monarquia (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009).

Sob a mesma diretriz ideológica, a Constituição da República impõe a subordinação da Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, cominando expressamente as sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao Erário como consequências da prática de atos de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, *caput* e § 4º, CF).

Tratou o constituinte, nesse sentido, de estabelecer o que se convencionou designar como norma constitucional de eficácia limitada, que não tem o condão de produzir todos os seus efeitos até que sobrevenha lei integrativa infra-

constitucional (SILVA, 1998). Judicioso magistério doutrinário, abeberando nos escólios de Carl Schmitt e Vezio Crisafulli, classifica as normas constitucionais de eficácia limitada como normas de eficácia diferida, cuja inteira eficácia desdobrar-se-ia a partir de meios instrumentais ou leis organizativas posteriores (*interpositio auctoritas*), capazes de permitir plena aplicabilidade às matérias de que diretamente se ocupassem, em distinção das normas programáticas e das imediatamente preceptivas (BONAVIDES, 2004).

Após quase 04 (quatro) anos sem definição legal do conceito, forma e graduação das sanções cominadas para atos de improbidade administrativa, o legislador ordinário tratou de aprovar o texto da Lei nº 8.429/1992, que foi sancionado pelo Presidente da República Fernando Collor de Mello⁷, restando a partir de então incorporada ao ordenamento jurídico a norma infraconstitucional que passara a possibilitar ampla salvaguarda do patrimônio público e da moralidade administrativa, bem como a rigorosa punição administrativa, civil e política de quem os malferisse (LIMBERGER, 1998).

A Lei 8.429/1992 estabeleceu como sujeitos ativos dos atos de improbidade administrativa, passíveis de punição na forma do citado diploma, quaisquer agentes públicos, ainda que não servidores, que praticarem condutas tipificadas contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (art. 1º).

De outro turno, cuidou o festejado diploma de estabelecer as modalidades dos atos de improbidade administrativa (arts. 9º, 10 e 11), as sanções cominadas para cada espécie de ato ímprobo (art. 12), a obrigatoriedade da apresentação de declaração de bens e valores por agentes públicos à Administração (art. 13), os ritos para procedimento administrativo e processo judicial (arts. 14 a 18), as disposições penais (arts. 19 a 22) e as regras de prescrição aplicáveis aos atos de improbidade (art. 23).

7. O ex-presidente Fernando Affonso Collor de Mello sancionou a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) dias após a instalação no Congresso Nacional de Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar os negócios do seu ex-tesoureiro de campanha, Paulo César Farias, com o Governo Federal, que viria a culminar com o acatamento de denúncia por crime de responsabilidade em processo de *impeachment*, com a aplicação da sanção de inabilitação para o exercício de função pública por 08 (oito) anos, através da Resolução nº 101/1992 do Senado Federal. A perda do mandato presidencial não foi aplicada em razão da renúncia formalizada pelo então primeiro dignitário da República.

Os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito consistem em condutas do agente público de fruição de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade em órgãos e entidades da Administração Pública, ou mesmo em pessoas jurídicas equiparadas. Exemplificativamente, o legislador elencou 12 condutas cuja ocorrência caracterizaria, em tese, a espécie de improbidade em testilha, sem prejuízo da possibilidade de incidirem na própria tipificação do *caput* do art. 9º outros comportamentos imprevisos no rol não exaustivo apontado na legislação (PAZZAGLINI FILHO, 2011).

Do mesmo modo, foram tipificados os atos de improbidade administrativa causadores de prejuízo ao Erário, entendidos como comportamentos comissivos e omissivos, dolosos ou culposos, que ensejem perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades cujo patrimônio econômico é tutelado contra lesão por particulares. O legislador incumbiu-se de arrolar, em rol meramente exemplificativo (*numerus apertus*), 15 comportamentos provocadores de lesão ao Erário.

Por derradeiro, a Lei de Improbidade Administrativa ateve-se a prescrever os atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, com o desiderato de salvaguardar os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, destacando em rol não exaustivo 07 condutas exemplificativas que se amoldariam como transgressoras do enunciado preceito.

Problemas e desafios na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa

Foro por Prerrogativa de Função e Sujeição dos Agentes Políticos aos Crimes de Responsabilidade

Não raro, a mera existência de arcabouço normativo resta insuficiente para a salvaguarda dos bens jurídicos cuja tutela o interesse público consagrou. A mera previsão escrita de dispositivos constitucionais e legais não lhes assegura eficácia, exceto quando os fatores reais de poder de uma sociedade comprometem-se com aqueles termos, uma vez que consubstanciam genuína “força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes” (LASSALE, 2001, p. 10).

Logo quando a Lei nº 8.429/1992 começou a atingir com condenações os primeiros agentes públicos de altos escalões da União, Estados e Municípios, eis que sobreveio o primeiro ensaio de engenhosidade dos seus detratores: a extensão do foro por prerrogativa de função às ações civis públicas por improbidade administrativa, através da edição da Lei nº 10.628/2002.

O estratagema residia em impedir que autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função fossem processadas e julgadas por juízes de 1º grau, tal qual ocorre na esfera criminal, face à atribuição de competência originária a tribunais pela Constituição Federal para processar e julgar determinados agentes políticos especificados.

A modificação legislativa em testilha acrescentou o § 2º no art. 84 do Código de Processo Penal para determinar que a ação de improbidade fosse proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, ainda que após o encerramento desta.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do aludido dispositivo legal, no julgamento da ADI nº 2.797/DF, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence⁸, ao fundamento de que a competência originária preconizada na Lei nº 10.628/2002 não restou albergada pela Constituição Federal ou dela implicitamente decorrente, acrescentando, ainda, a existência de nítida distinção jurisprudencial na competência para julgamento de ações penais e civis, de modo que não deveriam ser ambas as espécies equiparadas para mero fim de conferência de foro por prerrogativa de função.

Inobstante a eficácia contra todos e os efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, conseqüências do controle concentrado de constitucionalidade, por força do art. 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1998, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem na Petição nº 3211/DF, vencido o Ministro Marco Aurélio, firmou entendimento *ad hoc* pela sua própria competência para julgar os membros do Pretório Excelso nas ações de improbidade administrativa⁹, mitigando parcialmente a eficácia e os efeitos do julgamento da ADI nº 2.797/DF.

8. ADI 2797, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2005, DJ 19-12-2006 PP-00037 EMENT VOL-02261-02 PP-00250.

9. Pet 3211 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MENEZES DIREITO, Tribunal Pleno, julgado em 13/03/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-01 PP-00061 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 148-163. O caso envolveu o ministro Gilmar Ferreira Mendes.

O casuísmo no julgamento da Petição nº 3211/DF não alterou de fundo as balizas da ADI nº 2.797/DF, sobretudo com a atual composição do STF, preponderando largamente em decisões monocráticas mais recentes a concepção pela inexistência de foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa¹⁰, devendo Justiça Comum de 1ª instância processar e julgar os agentes políticos por eventuais atos de improbidade administrativa que lhes sejam imputados.

De outro turno, no tocante à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade, trata-se de outro ensaio para esvaziamento do marco legal de tutela da probidade na Administração Pública. Aduzem os defensores que, em geral, os atos de improbidade constituem hipótese de crime de responsabilidade (infrações político-administrativas), razão pela qual não se poderia cogitar em *bis in idem*.

Sucede que nem a Constituição Federal de 1988 nem a Lei nº 8.429/1992 preconizaram tal exceção. Ademais, a submissão desses agentes públicos somente ao regime dos crimes de responsabilidade tornaria o reconhecimento e a punição dos atos de improbidade subordinados a juízos de conveniência política, algo no todo incompatível com as cláusulas constitucionais e republicanas da legalidade, moralidade e impessoalidade (art. 37, *caput*, CF).

Por isso, o Supremo Tribunal Federal tem afastado iterativamente as tentativas de diminuição do âmbito de incidência da Lei nº 8.429/1992, para não alcançar agentes políticos sujeitos ao regime dos crimes de responsabilidade, consoante precedente da relatoria do Min. Celso de Mello, no qual assentou que o regime de plena responsabilidade dos agentes estatais constitui expressão necessária do primado da ideia republicana de respeito à moralidade administrativa, pressuposto legitimador dos atos governamentais, sob pena de transgressão do dogma republicano da responsabilização dos agentes públicos¹¹.

10. Rcl nº 15831-MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/06/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 19/06/2013 PUBLIC 20/06/2013; Rcl 15131-MC, Min. JOAQUIM BARBOSA no exercício da presidência, julgado em 11/01/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-023 DIVULG 01/02/2013 PUBLIC 04/02/2013; Rcl nº 15825, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 28/02/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11/03/2014 PUBLIC 12/03/2014; e Rcl nº 2509, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 25/02/2013, publicado em DJe-043 DIVULG 05/03/2013 PUBLIC 06/03/2013.

11. AC 3585 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/09/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 24-10-2014 PUBLIC 28-10-2014.

Responsabilidade Subjetiva dos Agentes Públicos por Atos de Improbidade Administrativa

Apesar dos notáveis avanços decorrentes da abrangência e severidade do mencionado diploma legal protetivo do patrimônio público e da moralidade administrativa, o estudo doutrinário e a aplicação da Lei nº 8.429/1992 pelo Poder Judiciário passaram a evidenciar dificuldades para o reconhecimento, comprovação e punição dos atos de improbidade praticados no seio e em desfavor da Administração Pública e das pessoas jurídicas que lhe foram equiparadas.

No tocante à aplicabilidade e eficácia da Lei nº 8.429/1992, não tem passado despercebido no debate jurídico o recente êxito de setores da doutrina e jurisprudência em exigir a comprovação inequívoca de requisitos objetivos e subjetivos (dolo ou culpa) para configuração de todas as espécies de atos de improbidade, sem os quais não se há de falar em responsabilização de agentes públicos.

É dizer, além da comprovação da subsunção das condutas imputadas aos acusados às tipologias do enriquecimento ilícito, lesão ao Erário e atentado aos princípios regentes da Administração Pública (requisito objetivo), é reputada imprescindível para a configuração dos atos de improbidade administrativa a demonstração do dolo ou, nas hipóteses do art. 10 da LIA, pelo menos da culpa do sujeito ativo (requisito subjetivo), nas modalidades imprudência, negligência ou imperícia. E mais, à exceção das situações do art. 10, somente a evidenciação do dolo teria o condão de tipificar as condutas de improbidade administrativa.

Acerca do entendimento acima veiculado, transcreva-se a lição de festejada doutrina especializada em improbidade administrativa (GARCIA; ALVES, 2014, p. 435-436), a saber:

Diz-se que os ilícitos previstos nos arts. 9º e 11 não admitem a culpa em razão de dois fatores. De acordo com o primeiro, a reprovabilidade da conduta somente pode ser imputada àquele que a praticou voluntariamente, almejando o resultado lesivo, enquanto que a punição do descuido ou da falta de atenção pressupõe expressa previsão legal, o que se encontra ausente na hipótese. No que concerne ao segundo, tem-se um fator lógico-sistemático de exclusão, pois tendo sido a culpa prevista unicamente no art. 10, afigura-se evidente que a *mens legis* é restringi-la a tais hipóteses, excluindo-a das demais.

A reprovabilidade social que embasa as rígidas sanções aos atos de improbidade administrativa exigiria a prova da ligação psíquica e anímica vinculativa do agente ao resultado danoso, restando insuficiente a mera caracterização do vínculo causal objetivo entre conduta e resultado lesivo, pois o ordenamento jurídico teria relegado ao plano das exceções as reduzidas hipóteses responsabilização civil objetiva (PAZZAGLINI FILHO, 2011).

Nessa perspectiva, exsurge a relevância do estudo da responsabilidade subjetiva dos agentes públicos acusados da prática de atos de improbidade, de modo a perquirir-se se se trata do regime mais apropriado à tutela da probidade administrativa à luz de perspectiva sistemático-teleológica do ordenamento jurídico pátrio, bem como se há fundamentação legal para adotá-lo.

Com efeito, há de se destacar que o Superior Tribunal de Justiça – STJ tem agasalhado a posição preponderante na doutrina¹², somente admitindo as condenações por atos de improbidade administrativa nas situações em que o dolo genérico ou eventual restar comprovado, à exceção dos atos ímprobos causadores de lesão ao Erário (art. 10, LIA), para cuja caracterização bastará a demonstração da culpa¹³, *litteris*:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGALIDADE EM PROCEDIMENTO DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Recurso Especial manifestado contra acórdão que, por não vislumbrar a presença de dolo ou culpa na conduta dos réus, manteve sentença que julgou improcedente o pedido, em Ação Civil Pública, na qual o

12. Segundo as informações de Garcia e Alves (2014), filiam-se à corrente preponderante adotada pelo STJ os autores Francisco Otávio de Almeida Prado e Marino Pazzaglini Filho. Defendem a impossibilidade absoluta de atos culposos serem qualificados como improbidade administrativa os autores Aristides Junqueira de Alvarenga, Eurico Bitencourt Neto, Gina Copola, Calil Simão e José Antonio Lisboa.

13. STJ - AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 05/03/2015.

Ministério Público Federal postula a condenação dos agravados pela prática de ato de improbidade administrativa, consubstanciado na ilegalidade de procedimento de inexigibilidade de licitação para a contratação de serviço de avaliação de imóveis de propriedade do ora agravante. II. No caso, o agravante alega, em síntese, que “desde a origem, vem sustentando a desnecessidade de se perquirir acerca do elemento volitivo para a caracterização do ato improbidade, a atrair a aplicação da Lei 8.249/92, vez que, no seu entendimento, a lei respectiva, ao caracterizar como ato de improbidade a dispensa indevida da licitação, gera uma presunção absoluta de ilicitude da conduta” (fl. 3.167e). III. Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10º” (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011). Em igual sentido: STJ, REsp 1.420.979/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; STJ, REsp 1.273.583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 02/09/2014; STJ, AgRg no AREsp 456.655/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 31/03/2014. IV. Agravo Regimental improvido.

Mas nem sempre assim o foi. A Segunda Turma do STJ, em precedentes anteriores ao julgamento do REsp 765.212/AC (Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23-06-2010), agasalhava o entendimento de que para a ocorrência da hipótese do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 não seria exigida a comprovação de dolo ou culpa na conduta do agente (elemento subjetivo), bastando a simples ilicitude ou imoralidade para restar configurados os atos improbos violadores

de princípios¹⁴, inaugurando compreensão favorável à responsabilização objetiva de agentes públicos.

A magnitude do debate em tela reside no papel residual dos atos de improbidade causadores de violação aos princípios. É dizer, as tipologias de enriquecimento ilícito e causadoras de danos ao Erário também constituem violação de princípios, obviamente agregando elementos adicionais de mais gravame e reprovabilidade. Na ausência de provas no âmbito de um processo judicial, condutas tipificadas nas hipóteses dos arts. 9º e 10 poderiam ser reclassificadas de forma sucessiva para o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, à míngua da demonstração de enriquecimento ilícito e do prejuízo ao Erário, ou mesmo do dolo quanto àquelas imputações.

Obviamente que, quando há o propósito deliberado de descumprimento da norma protetiva do patrimônio público e da moralidade administrativa, a prática ilícita reveste-se de maior gravame do que quando inexistiu o propósito da violação. Constituem-se, pois, em hipóteses distintas a serem valoradas no caso concreto, sob enfoque da proporcionalidade. Se tivesse de haver sempre a prova da desobediência deliberada em muito se enfraqueceria a possibilidade de sanção, já que seriam (são) recorrentes as alegações de desconhecimento da lei, incompetência, inabilidade ou outras escusas até razoavelmente plausíveis e não raro acolhidas (LIMBERGER, 1998).

Diante da unidade e da perspectiva de interpretação sistemática do ordenamento jurídico, afigura-se quase inelutável o cotejo de situações distintas, porém similares. A Constituição Federal prevê expressamente a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas privadas prestadoras de serviços públicos pelos danos causados pelos seus agentes a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável pelo ato ilícito nos casos de dolo ou culpa (art. 37, § 6º, CF).

O Código Civil Brasileiro também enuncia hipóteses de incidência da responsabilidade civil objetiva como consequência da prática de atos ilícitos, para cuja configuração deverão concorrer apenas os elementos conduta do agente, nexos de causalidade e resultado danoso, sem necessidade de demonstração de

14. STJ - REsp 717.375/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 08/05/2006, p. 182; REsp 826.678/GO, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/10/2006, DJ 23/10/2006, p. 290; REsp 880.662/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2007, DJ 01/03/2007, p. 255; REsp 915.322/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 27/11/2008.

dolo ou culpa. No art. 927, *caput* e parágrafo único, constam como situações ensejadoras de responsabilização civil, independentemente de culpa, por albergagem da teoria do risco: i) os casos especificados em lei; e ii) as circunstâncias em que a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar riscos para os direitos de outrem (TARTUCE, 2012).

Ainda no plano do Direito Privado, vislumbra-se sem assombro a responsabilidade civil objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços frente ao consumidor (Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8078/1990); a responsabilidade civil objetiva para danos ambientais (art. 14, §1º da Lei nº 6.938/1981); a responsabilidade civil objetiva de ocupante de prédio pelas coisas que dele caírem ou forem lançadas (art. 938, CC); a responsabilidade civil objetiva indireta por atos de outrem/terceiros (art. 932, CC); a responsabilidade civil objetiva do dono por danos causados por animal (art. 936, CC); a responsabilidade civil objetiva por danos causados por prédios em ruínas ou construções (art. 937, CC); e a responsabilidade civil objetiva do transportador de pessoas e coisas (arts. 734, 735 e 750, CC).

De outro turno, no campo do Direito Público, confere-se destaque à redação do art. 136 do Código Tributário Nacional – CTN, ramo do Direito Político tal qual o Direito Administrativo, em cuja previsão consta a regra de que a responsabilidade pelas infrações tributárias independe da intenção do agente ou do responsável, bem como da natureza e extensão dos efeitos do dano, salvo disposição de lei em contrário (ALEXANDRE, 2013).

Sobre a desnecessidade de perscrutação da intenção do agente ou responsável para configuração de infrações fiscais, valha-nos o seguinte magistério de Coêlho (2006, p. 731-732):

A infração fiscal é objetiva na enunciação, mas comporta temperamentos. (a) Porque lei federal, estadual e municipal podem incluir no tipo infracional o elemento subjetivo. É o que reza o artigo. (b) Também porque o próprio CTN, quando do julgamento da infração, manda sejam observados os preceitos do art. 108, § 2º, (equidade), e 112 (*in dubio pro contribuinte*).

(...)

Pois bem, o ilícito fiscal não guarda similitude com as instituições e regras fundantes de Direito Penal (evidentemente, a ressalva não prevalece nos crimes de fundo tributário, que são delitos penais). O ilícito fiscal, sem ser genuinamente objetivo, não se ramifica, contudo, em doloso e culposo.

Será que não implicaria afronta a valores republicanos e democráticos a não exigência de dolo para punir o particular/contribuinte em infrações fiscais e a exigência inarredável deste para penalizar desvios de agentes públicos molestos ao patrimônio público e à moralidade administrativa? E mais: qual seria o fundamento idôneo para que o patrimônio privado, nas situações já especificadas, seja mais merecedor de salvaguardas do que o público?

Com essa problematização, compreendendo que os bens jurídicos de natureza pública salvaguardados pela Lei nº 8.429/1992 deveriam merecer tutela maximizada comparativamente com os bens e interesses privados, dada a preciosidade axiológica que encerram (DROMI, 2007), a divergência doutrinária foi inaugurada, com espeque nos arts. 4º e 5º da Lei nº 8.429/1992, propugnando pela responsabilização de sujeitos ativos de condutas culposas preconizadas nos arts. 9º e 11 daquele diploma, sobretudo diante do gravame e perniciosidade de algumas situações concretas.

Militando favoravelmente à utilização da regra do CTN como vetor interpretativo de Direito Público para responsabilização das condutas de improbidade praticadas com imprudência, negligência ou imperícia, colimando assegurar a estrita observância dos princípios da Administração agasalhados pela legislação infraconstitucional (art. 4º da LIA), mencione-se o escólio de Martins (2014, p. 214):

De lado anverso, deve o direito administrativo ainda valer-se de outra regra de direito público (sistema a que pertence), qual seja o disposto no art. 136 do Código Tributário Nacional. A redação do mencionado cânone está assim transcrita: “Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do dano”. Ora, veja-se que há regras para avaliação comportamental no âmbito do direito público e que também serve para aplicação nos casos de improbidade, em especial considerando que os atos administrativos praticados devem ser em estrita observância aos princípios da Administração (insista-se).

Em outras palavras: inexistente razão para que o direito público que atua mediante processo tributário administrativo não exija dolo para condenação do contribuinte, punindo-se simplesmente por culpa, e de outro lado, num processo administrativo em que apura desvios de agente público, estritamente ligado

a princípios éticos, só permita sua punição mediante lastrada intenção. O sistema jurídico não é incoerente!

O art. 4º da Lei de Improbidade Administrativa determina de modo inexorável que os agentes públicos de qualquer nível e hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da Administração Pública. Em interpretação eminentemente gramatical da norma, divisa-se que a alusão ao adjetivo “estrita” não deverá comportar transigências, condescendências ou imprecisões, para designar como deverá ser feita a observância aos princípios em tela.

Resta incompatível com a redação rigorosa e hermética do art. 4ª da LIA a conclusão de que apenas a modalidade dolosa configuraria ato de improbidade atentatório aos princípios da Administração Pública, com exclusão dos atos engendrados com culpa, pois do contrário não se teria observância estrita às normas de jaez principiológico (ter-se-ia observância mitigada), como determinado expressamente pelo legislador ordinário (MARTINS, 2014).

Ademais, pela inteligência do art. 5º da LIA, que tem caráter de regra geral com aplicação para todas as espécies de improbidade administrativa, para que uma ação seja reconhecida como ímproba mostra-se necessária uma vontade objetiva deliberada em descumprir o mandamento legal (dolo) ou a negligência, imprudência ou imperícia no trato com a coisa pública (culpa). Com efeito, o fato de a referida regra ter sido repetida no art. 10 da LIA não importa que somente sejam punidos a título de dolo os atos relativos a enriquecimento ilícito e descumprimento de princípios.

Nesse sentido, destaque-se o ensinamento de MARTINS JR. (2006, p. 283):

Não se comunga com a tese de que, em razão da explícita admissão do dolo e da culpa no art. 10, a lei tenha exigido o dolo nos arts. 9º e 11 e tornado impunível o ato culposo nessas espécies de improbidade administrativa. Efetivamente não. O art. 11 preocupa-se com a intensidade do elemento volitivo do agente, pune condutas dolosas e culposas (aqui entendida a culpa grave).

Destarte, nas disposições gerais da Lei de Improbidade Administrativa, resta expressamente consignado no art. 5º que todas as lesões ao patrimônio público (concebido em sentido mais amplo do que Erário, por adicionar aos bens e interesses de natureza econômico-financeira outros de índole moral, axiológica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao

Poder Público), por ação ou omissão, dolosa ou culposa, serão alcançadas pelas sanções cominadas aos atos ímprobos.

Pela localização do mencionado dispositivo, dever-se-ia prestigiar a interpretação de que se trata de comando normativo para punição de todas as espécies do gênero improbidade administrativa, inclusive quando decorrentes de condutas culposas (nas modalidades imprudência, negligência e imperícia), eis que resultantes do descumprimento consciente de obrigação jurídica, ocasionando involuntariamente resultado que poderia ser evitado caso tivesse sido empregada diligência devida por dever de ofício.

Entender que eventuais condutas culposas de enriquecimento ilícito e de transgressão aos princípios da Administração Pública seriam inocorríveis e, caso possíveis, inalcançáveis pelas sanções da Lei nº 8.429/1992, daria azo a rotunda brecha para a impunidade e ineficácia das normas protetivas da probidade administrativa.

Não são raras as justificativas questionáveis acolhidas pela doutrina e jurisprudência para negar a presença ou ao menos a comprovação dos atos de improbidade. Reputam as punições cominadas pela legislação como extremamente graves para serem aplicadas em situações menos ofensivas aos bens objeto de tutela, como se não fosse possível – e mais do que possível como se não fosse imperativo – que o julgador sopesasse em sede de dosimetria as sanções com proporcionalidade e razoabilidade, inclusive eventualmente deixando de cumulá-las para fazer aplicação isolada de uma delas, consoante inteligência da nova redação do art. 12 da LIA, conferida pela Lei nº 12.120/2009. No entanto, nega-se a moléstia para não medicar o doente, ainda que a dosagem seja ajustável à gravidade do caso.

Outra escusa clássica, copiosamente aduzida perante o Poder Judiciário e reproduzida para afastar condenações, é a asserção de que a Lei de Improbidade destinar-se-ia a punir apenas os agentes públicos desonestos e não os incompetentes e inábeis¹⁵. Referida permissividade, por entender toleráveis e impuníveis os atos administrativos contrastantes com a otimização da máquina estatal e com o dever de diligência dos agentes públicos (*obligatio ad diligentiam*), negaria vigência ao próprio texto constitucional, por convolar em tábula rasa o princípio da eficiência regente da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), desprovendo-o de normatividade e eficácia.

15. STJ - REsp 213.994/MG, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/1999, DJ 27/09/1999, p. 59.

É de se gizar que o precedente do STJ largamente reproduzido (REsp 213.994/MG) referia-se à situação de imposição unitária de sanções, vigente anteriormente à edição da Lei nº 12.120/2009, a qual passou a autorizar o reconhecimento de condutas de improbidade administrativa de menor ofensividade, passíveis de punição sob crivo da proporcionalidade, em dosimetria específica para o caso concreto. Antes da referida lei, todos os atos de improbidade deveriam ser punidos com suspensão de direitos políticos. Todavia, na atual redação do art. 12 da LIA, as cominações poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

Alguns doutrinadores filiam-se à corrente minoritária favorável à maximização da tutela da probidade e da moralidade, porém com posições menos sistematizadas quanto ao tema sob apreciação: i) Fazzio Júnior (2008) afirma que a culpa grave é equiparada ao dolo; ii) Tolosa Filho (2003) menciona que nos casos de enriquecimento ilícito é admitida a forma culposa, quando o agente não divisa que está auferindo vantagem indevida ou propiciando que terceiro a obtenha, a exemplo da ação corriqueira de dar carona em veículo oficial (avião, helicóptero ou carro), ou mesmo na de permitir a utilização de telefone público para ligações pessoais (locais, interurbanas ou internacionais); iii) Rothenburg (2002) entende que, eventualmente, a culpa em grau marcante não deve ser excluída em relação às figuras dos arts. 9º e 11, em razão da inteligência do art. 5º da LIA, pois o preceito faz as vezes de norma geral; e iv) Medeiros (2003) defende que alguns incisos do art. 11 alcançam a modalidade culposa, cuja identificação dependerá do caso concreto.

A abundância de divergências e problematizações sobre a aplicação e eficácia da Lei nº 8.429/1992 é atribuída à sua redação obscura, paradoxal e entremeada de vagezas, de modo a demandar leitura adequada e interpretação circunspecta do intérprete, erigindo-se padrão ético para cumprimento obrigatório pelos agentes públicos, abaixo do qual se verificaria descaso e menoscabo pelos bens tutelados pela ordem jurídica, cuja salvaguarda é incumbida à função pública e à sociedade em geral (BARBOZA, 2002).

Em país com tradição patrimonialista sobremodo acentuada, reveste-se de magnitude o papel das instituições políticas e judiciárias na prevenção, combate e punição à corrupção administrativa. Nesse diapasão, posicionamentos hermenêuticos inclinados à maximização da tutela da probidade na Administração Pública deveriam ser, senão seguidos, ao menos mais minuciosamente examinados e prestigiados, colimando que malfeitores de toda ordem sejam dissuadidos de práticas contrárias ao interesse público.

Conclusão

À guisa de conclusão, destaque-se que o combate à corrupção e a tutela da probidade administrativa constituem temas que estão em voga na opinião pública brasileira, sobretudo diante dos esquemas de poderosos empresários e agentes públicos divulgados nos noticiários, bem como das vultosas cifras desviadas trazidas a lume pela Operação Lava Jato.

No entanto, a articulação e eficiência da referida força-tarefa, que agrupa diversas instituições de justiça, ainda constituem exceção no Brasil, país no qual preponderam indicadores extremamente desfavoráveis de corrupção, larga impunidade e baixa transparência no gasto dos recursos públicos, de acordo com as sucessivas medições da Transparência Internacional.

Ao largo das vicissitudes de tempo e espaço para identificação do fenômeno sociojurídico da corrupção, com o apoio da doutrina especializada, conceituamo-la como a indução, por meio de considerações impróprias e ilícitas, ao cometimento de violação de dever no desempenho de função pública.

Nessa perspectiva, sobreleva a importância da compreensão do fenômeno da corrupção a partir dos mais importantes marcos teóricos que o referenciam no Brasil, quais sejam, as teorias da modernização e do neoinstitucionalismo econômico. A primeira, centrada na ideia de patrimonialismo, enfoca o predomínio de relações de dominação legitimadas pela tradição (arcaicas), em contraposição à dominação ideal moderna, supostamente marcada pela racionalidade legal.

A segunda, centrada no conceito das ciências econômicas de *rent-seeking*, retrata a compreensão da corrupção como decorrência do autointeresse, comportamento individualista e arrivista de agentes sem ética, manifestado por meio de ações ilegais voltadas à transferência de renda que atenda a interesses particulares em detrimento do interesse público.

A Lei nº 8.429/1992 não constituiu o primeiro marco teórico sobre o combate à improbidade no Brasil, tendo como antecedentes normativos o Decreto-Lei nº 3.240/1941, a Lei Pitombo-Godói Ilha (1957) e a Lei Bilac Pinto (1958), cujos dispositivos não lograram satisfatória eficácia na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

Preocupou-se o constituinte de 1988 com o combate à improbidade administrativa e a punição de agentes públicos que praticassem ilícitos em desfavor da Administração Pública, havendo encarregado o legislador ordinário de disciplinar a matéria, o que somente foi realizado em 1992.

Alguns problemas constituíram entraves à eficácia da Lei nº 8.429/1992, com destaque para o comportamento das instituições de justiça na aplicação do referido diploma, tendo sido o primeiro dos quais a extensão do foro por prerrogativa de função às ações civis públicas de improbidade administrativa, através da inclusão do § 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal, iniciativa barrada pelo STF na ADI nº 2797/DF, da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence.

Na mesma linha, sucedeu expressiva assimilação nas instituições de justiça da tese da proibição da dupla responsabilização dos agentes políticos, que supostamente não poderiam ser submetidos simultaneamente ao regime dos crimes de responsabilidade e da Lei nº 8.429/1992. Novamente, coube ao STF fulminar esse entendimento, destacando-se como precedente o julgamento da AC nº 3585-Agr/RS, da relatoria do Min. Celso de Mello.

E, por derradeiro, mas não menos importante, verifica-se a interpretação majoritária da Lei nº 8.429/1992 pelas instituições de justiça para exigir a comprovação de dolo para configuração das tipologias do arts. 9º e 11 daquele diploma, na linha de tradição que aproxima as ações civis de improbidade de ações penais, mesmo sem que o aludido requisito apresente-se expresso na legislação.

Todavia, a interpretação sistemática da Lei de Improbidade, sobretudo diante da inteligência dos arts. 4º e 5º, aponta para a desnecessidade de comprovação do dolo para configuração dos atos de improbidade tipificados nos arts. 9º e 11 da Lei nº 8.429/1992, sob pena de enfraquecimento do dever de estrita observância aos princípios, bem ainda de restarem impuníveis lesões culposas ao patrimônio público (gênero do qual o Erário é espécie).

A Segunda Turma do STJ filiava-se parcialmente a tal entendimento até o julgamento do REsp 765.212/AC, em posicionamento que prestigiava a maximização da tutela da probidade e da moralidade, para também alcançar causadores de ilícitos de média e baixa ofensividades, mormente diante do caráter residual dos atos de improbidade atentatórios a princípios.

Portanto, a análise desenvolvida sugere reflexão para impedir que a Lei de Improbidade Administrativa seja esvaziada (tal qual o foram seus antecedentes normativos no século XX) pelos sentidos e alcances que lhe atribuem as instituições de justiça hodiernas, para regozijo de tantos quantos não a queiram como eficaz marco normativo sancionador e dissuasório da corrupção administrativa.

Referências

- BARBOZA, Márcia Noll (Coord.). **Cem perguntas e respostas sobre improbidade administrativa: incidência e aplicação da Lei nº 8.429**. Brasília: ESMPU, 2008.
- BARBOZA, Márcia Noll. **O princípio da moralidade administrativa: uma abordagem de seu significado e suas potencialidades à luz da noção de moral crítica**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 22. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- DROMI, Roberto. **Sistema jurídico e valores administrativos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2007.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FILGUEIRAS, Fernando. Marcos teóricos da corrupção. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa (Orgs). **Corrupção. Ensaios e críticas**. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRAAF, Gjalt de. **Causes of Corruption: Towards a Contextual Theory of Corruption**. January/2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/236676886_Causes_of_Corruption_Towards_a_Contextual_Theory_of_Corruption. Acesso em: 14 set. 2016.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The federalist**. Indianapolis: Liberty Fund, 2001.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KLITGAARD, Robert. **A corrupção sob controle**. Tradução de Octávio Alves Velho. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994.
- LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.
- LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- LUCON, Paulo Henrique dos Santos; COSTA, Eduardo José da Fonseca; COSTA, Guilherme Recena (Coord.). **Improbidade administrativa: aspectos processuais da Lei nº 8.429/92**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS JR., Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MARTINS, Fernando Rodrigues. **Controle do patrimônio público: comentários à lei de improbidade administrativa**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MEDEIROS, Sérgio Monteiro. **Lei de Improbidade Administrativa, comentário e anotações jurisprudenciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PASOUR JR., E. C. Rent seeking: some conceptual problems and implications. **Review of Austrian Economics**, 1, pp. 123-145, 1987. Disponível em: <https://mises.org/library/rent-seeking-some-conceptual-problems-and-implications>. Acesso em: 14 set. 2016.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. **Ação por Improbidade Administrativa**. In: José Adércio Leite Sampaio et al., *Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei nº 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SARMENTO, George. **Improbidade administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 2002.
- SOUZA, Jessé. Weber. In: AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa (Orgs). **Corrupção**. Ensaios e críticas. Belo Horizonte: UFMG, 2008.
- TOLOSA FILHO, Benedicto de. **Comentários à lei de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro, Forense, 2003.
- WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Tradução de José Marcos Maria- ni de Macedo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

6

Intervenções na cidade mediante a renovação dos espaços urbanos: direito à moradia como categoria de análise em um conflito judicial

Regina Lúcia Gonçalves Tavares¹

Mônica Teresa Costa Sousa²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p135-169

-
1. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (PPGDir-UFMA). Especialista em Processo Civil pela PUC/Campinas (2003). Especialista em Processo Civil pela Universidade Ceuma (2004). Professora de Direito Processual Civil na Universidade Ceuma. E-mail: rlg.t@hotmail.com.
 2. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2007). Professora Adjunta na Universidade Federal do Maranhão. Bolsista de produtividade em pesquisa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Maranhão (FAPEMA).

Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de pensar o direito à moradia e à vida urbana, pressupondo a relevância jurídica da posse e sua função social, para tanto utilizando, como campo empírico posto à serviço das discussões que serão aqui desenvolvidas o caso do Edifício Santa Luzia³, cuja representatividade permitirá analisar em que medida a solução dos problemas judiciais relacionados às ocupações urbanas demanda a formação de espaços democráticos que possibilitem discutir o direito à habitação com a comunidade diretamente interessada.

O caso trata de um assentamento informal vertical, constituído por 32 famílias, que ocupam um prédio urbano localizado em área nobre da cidade de São Luís que, em razão de apresentar desconformidades urbanísticas e outros problemas relacionados à sua infraestrutura, foi alvo de pedido de interdição, e posterior demolição, por parte do Ministério Público, através da Promotoria de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural de São Luís, em face do Município de São Luís, em ação ajuizada sob o rito cautelar, com base no artigo 888, do extinto Código de Processo Civil, de 1973, a qual chamaremos de “ação 1”.

O referido órgão, ao fundamentar seu pedido na inicial, valeu-se de argumentos por meio dos quais busca legitimar sua atuação, cujo foco seria a proteção da “ordem pública”, da “salubridade, segurança e funcionalidade estética da cidade” (TJMA, 2012, fls. 06).

Diante daquele quadro, em que apontado o comprometimento da habitabilidade da construção vertical, ocupada por famílias de baixa renda, constrói o Ministério Público sua fala com o propósito de buscar, junto ao Judiciário, o disciplinamento da “utilização dos espaços habitáveis” e dos “critérios de desenvolvimento do Município” (TJMA, 2012, fls. 06), assim demandando pela remoção dos moradores, qualificando como indevida a ocupação.

3. O Edifício Santa Luzia é um prédio urbano, que foi construído na década de 1980, originado de incorporação imobiliária efetuada pela Empresa S.M. Engenharia, Ltda., cujas unidades autônomas foram adquiridas e liquidadas por seus mutuários perante a Caixa Econômica Federal. Abandonado por seus proprietários, o edifício é constituído de dois blocos de 64 apartamentos residenciais, distribuídos em quatro pavimentos, localizado no bairro do São Francisco, em São Luís, Maranhão, atualmente ocupado por 32 famílias, nele assentadas precariamente (TJMA. Vara de Interesses Difusos e Coletivos, de São Luís, Maranhão. Processo nº 44805-65.2012.8.10.0001).

Ainda na análise dos elementos presentes, verifica-se, paradoxalmente, a postulação da Defensoria Pública do Maranhão em favor das famílias que lá residem, mediante o ajuizamento de ação civil pública, a qual chamaremos de “ação 2”, distribuída por dependência da “ação 1” e proposta para refrear a pretensão de interdição e demolição do prédio, por conseguinte refutando as alegações do Ministério Público de que a construção demonstrava riscos de desabamento.

O órgão da Defensoria Pública fundamenta sua proposição valendo-se de laudos de vistoria do prédio⁴, que junta aos autos da “ação 2” para consubstanciar sua tese, a de que o imóvel estaria apto à reparação, porquanto viável sua recuperação em prol de seus ocupantes, mediante as intervenções necessárias do Município para a correção das deficiências estruturais lá apontadas e conseqüente regularização fundiária.

De outro lado, o Município de São Luís, demandado na “ação 2”, manifesta sua defesa, expressando sua lógica de gestão do território urbano, pela qual, em que pese reconhecer não haver risco de desabamento do prédio em questão, a premente necessidade de reparos para a efetiva habitabilidade da ocupação do Edifício Santa Luzia seria tarefa que competiria, dentre outros, aos moradores que lá se estabeleceram.

Estes argumentos, uma vez confrontados, clarificam posições políticas antagônicas, que, a partir de uma rede de funcionamento de poder, indubitavelmente, afetam o Poder Judiciário, quando este, uma vez provocado para solucionar o conflito em questão, posiciona-se como autor e receptor de instrumentos de acumulação de saber⁵.

No primeiro sentido, o Estado-juiz assume a posição de sujeito ativo, cuja função é a de decidir racional e conscientemente acerca da demanda a si endereçada, no intuito de sobre esta formular verdades, mas que, ao mesmo tempo,

4. A Defensoria Pública manifestou-se por meio de ação civil pública (“ação 2”, na qual se retém o presente estudo), transversalmente ajuizada por dependência da ação outrora proposta pelo Ministério Público (“ação 1), onde junta laudos do CREA e de um escritório de engenharia por ela contratado, nos quais destacam-se idênticas opiniões técnicas de que o prédio periciado, uma vez submetido a alguns reparos, estaria apto a se enquadrar dentro de um programa de manutenção preventiva, pelo que possuindo vocação de habitabilidade. (TJMA. Vara de Interesses Difusos e Coletivos, de São Luís, Maranhão. Processo nº 44805-65.2012.8.10.0001).

5. Precaução metodológica que, em Foucault (2012) compreende que a base do poder não forma ideologias, mas instrumentos de técnicas e acumulação do saber, como aparelhos que não são propriamente construções ideológicas.

num segundo momento, é assujeitado pelas formações discursivas⁶ que o afetam, num processo dialético cujas estruturas ora se busca investigar.

Examinando mais atentamente o desenvolvimento daquela relação processual, chega-se a um ponto em que nela é realizada uma audiência de conciliação⁷, na qual restou homologado um acordo mediante o qual os ocupantes do Edifício Santa Luzia seriam removidos e, ato contínuo, inscritos no programa de aluguel social e, posteriormente, no Programa Minha Casa Minha Vida, o que depois restou confirmado em posterior sentença.

Assim, o objetivo deste trabalho restringe-se a identificar a racionalidade das falas dos sujeitos que atuam no *corpus* analisado, este identificado pela ata da audiência de conciliação, na qual restou realizada a homologação de um acordo judicial, cujo significado é capaz de revelar as ideologias subjacentes à política de tratamento da questão do déficit de moradia urbana, do fenômeno das ocupações e das questões relacionadas à segurança da posse.

Valendo-se da categoria alexyana de direito fundamental completo para qualificar o direito social à moradia, prescrito no artigo 6º da Constituição Federal, parte-se da compreensão de que sua materialização demanda um conjunto de políticas que viabilizem sua implementação, desempenhadas pelos poderes constituídos, mediante o ensejo da participação popular.

Tomando por base a atuação do Poder Judiciário diante do “caso Edifício Santa Luzia”, vai-se analisar o caráter mais ou menos democrático da cidade, no que tange à intervenção sobre áreas centrais, e de sua estrutura urbana, na medida em que a configuração daquele caso é representativa o suficiente para

6. “No caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que entre os objetos, os tipos de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (uma ordem, correlações, posições e funcionamentos, transformações), diremos, por convenção, que se trata de uma formação discursiva” (FOUCAULT, 2014b, p. 47).

7. Segundo a análise do *corpus* do processo, a audiência de conciliação, realizada em 30/09/2015, na “ação 2”, foi o último ato processual relevante, antes da sentença. Naquela audiência, ausente o Ministério Público (que outrora manifestou sua recusa em realizar qualquer acordo), achavam-se presentes, além do Juiz de Direito da Vara de Interesses Difusos e Coletivos de São Luís, a Defensoria Pública e o Município de São Luís, representado por sua procuradoria, esta acompanhada de representantes da Secretaria Municipal da Criança e Assistência Social (SEMCAS). Ali notou-se que, a partir do registro de sua ata, na referida audiência não se fizeram presentes os ocupantes do prédio em questão, ou quem os representasse, para que, eventualmente, compusessem o acordo. (TJMA. Vara de Interesses Difusos e Coletivos, de São Luís, Maranhão. Processo nº 44805-65.2012.8.10.0001, fls. 327-328).

distinguir a maneira como são tratadas as matérias relativas ao direito à habitação e ao direito à moradia.

Com suporte na lógica da função social da cidade, a partir de um parâmetro de desenvolvimento como expansão de liberdades, concebido por Amartya Sen, aqui fomentada pela participação popular, torna-se possível delinear criticamente a construção daquelas posturas discursivas, e em que medida elas levam em conta o sistema normativo brasileiro, inspirado nos pactos internacionais que abordam a questão dos assentamentos urbanos e as estratégias para seu aperfeiçoamento.

Por conseguinte, valendo-se de um *standard* de racionalidade, a partir do qual se interpreta a habitação como direito de todos e dever do Estado, investiga-se sua interpretação, por parte do Judiciário, especulando suas bases hermenêuticas, para realizar uma distinção entre juízos de ponderação ou mera retórica, quando promovida a solução de litígios daquela natureza, para isto valendo-se de categorias propostas por Maricato (2013) quais sejam a ação de *renovação*, em oposição a de *reabilitação* ou *requalificação* do lugar, a partir do que é significativo para o interesse do mercado ou da população residente no local, respectivamente.

Utilizando uma metodologia em que empreendida revisão bibliográfica acerca do direito à moradia e seu conteúdo polissêmico, associada à pesquisa de legislação e à referência ao “caso Edifício Santa Luzia”, útil a instrumentalizar o presente estudo, faz-se uso da análise dos elementos que subjazem ao acordo protagonizado pelos agentes políticos, no propósito de solucionar aquele caso de ocupação urbana, no intuito de se investigar o conteúdo democrático daquela prática, assim possibilitando que seja respondido o seguinte problema: a solução dos problemas relacionados às ocupações urbanas obedece a um sistema de estratificação social dos espaços na cidade?

O direito à habitação e sua dimensão interpretativa

Reconhecido como um direito humano pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948⁸, o direito à moradia, como garantia fundamental,

8. Artigo XXV 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em

passou a integrar o texto constitucional brasileiro a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000, doravante passando a ser abrigado como um direito social, previsto no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988.

É certo que tratar de direito à moradia como categoria de direito social demanda uma clareza conceitual, tanto para sua compreensão, quanto para sua defesa enquanto direito fundamental.

Desta forma, a construção semântica do direito à moradia torna-se complexa quando o seu sentido é composto por categorias jurídicas que o integram, no sentido de viabilizar a realização deste direito, através de um padrão de vida adequado.

Relacionam-se com este conceito outros direitos que se inserem nas necessidades sociais e que decorrem de seu exercício. Pode-se destacar o direito à habitação e o direito à cidade e à vida urbana, como chaves conceituais necessárias para o enfrentamento das questões relacionadas às políticas de habitação e de desenvolvimento social, a enfeixar posições jurídicas que se inserem no contexto da moradia digna como um direito fundamental.

Categorizando o direito à moradia como um “direito fundamental completo” que, em Alexy, é considerado “um feixe de posições de direitos fundamentais” (ALEXY, 2014, p. 249), este consiste na conjugação da titularidade a um direito fundamental indissociável da liberdade para exercê-lo, agregado a um direito a que o Estado não crie embaraços para a sua manifestação e, ainda, que proteja o seu exercício.

Um direito fundamental completo desse tipo é algo fundamentalmente diverso do direito fundamental completo que é constituído somente por uma conjugação de posições definitivas. Este tem um caráter estático; aquele um caráter dinâmico. Um é o resultado provisório de um processo decisório e argumentativo, que se localiza fora do direito fundamental; o outro inclui exigências que extrapolam esse resultado e, por isso, colide com outros direitos fundamentais e com princípios que dizem respeito a interesses coletivos e, dessa forma, está necessariamente ligado com seu ambiente normativo” (ALEXY, 2014, p. 253).

circunstâncias fora de seu controle (Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos do Homem, 2009).

Deste modo, valendo-se da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy, associada à concepção de Sunstein e Holmes de que os direitos dependem dos governos, vez que demandam investimentos do tesouro público, torna-se possível compreendê-lo a partir de uma relação social legalmente construída: “um conjunto de regras de acesso e exclusão, criadas pelos poderes legislativo e judicial e dotadas de proteção judicial” (SUNSTEIN; HOLMES, 2012, p. 81).

A participação estatal para a efetiva realização do direito à moradia também é reconhecida por José Afonso da Silva:

Direito à moradia significa, em primeiro lugar, não ser privado arbitrariamente de uma habitação e de conseguir uma; e, por outro lado, significa o direito de obter uma, o que exige medidas e prestações estatais adequadas à sua efetivação, que são os tais programas habitacionais de que fala o art. 23, IX, da CF, pois é um direito que não terá um mínimo de garantia se as pessoas não tiverem possibilidade de conseguir habitação própria ou de obter uma por arrendamento em condições compatíveis com os rendimentos da família (SILVA, 2012, p. 376).

O Conselho de Direitos Humanos da ONU, em “Relatório Especial sobre moradia adequada, como um componente do direito a um padrão de vida adequado e sobre o direito de não discriminação neste contexto” (ONU, 2012), por meio de sua então relatora especial, Raquel Rolnik, urbanista e livre-docente da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, realizou análise sobre a necessidade de posse de terra e habitação, a partir de seu contexto cultural, histórico e político, bem como os sistemas legais distinguidos em cada realidade.

Neste relatório foram apontadas diferentes categorias de posse, classificadas em sistemas distintos:

a) estabelecidos pelos sistemas de lei ou estatuto, que consistem, principalmente, em dois tipos, sistemas privados e sistemas de posses públicas, a garantir direitos individuais e coletivos; b) os sistemas habitu-

9. Texto original: La propiedad es una relación social legalmente construída, un conjunto de reglas de acceso y de exclusión creadas por los poderes legislativo y judicial y dotadas de protección judicial (SUNSTEIN; HOLMES, 2012, p. 81).

ais, que se referem à propriedade comum do direito de uso da terra, a alocar grupos que compartilham a mesma identidade cultural ou são consagrados pela prática; c) sistemas religiosos, nos quais contida toda ou parte de terras pertencentes às autoridades religiosas e por elas são administradas; e d) sistemas de posse não-oficiais, geralmente em áreas urbanas, que são frequentemente encontrados em sistemas híbridos, em resposta às dificuldades dos sistemas existentes para atender às necessidades decorrentes de uma rápida expansão das cidades e seus mercados urbanos do solo¹⁰ (ONU, 2012).

Valendo-se daquelas categorias classificatórias da posse apontadas pelo trecho do Relatório aqui transcrito, para este trabalho, importa compreender o direito à habitação e sua sistematização interpretativa, a partir dos sistemas de posse não-oficiais, encontrados em áreas urbanas, como um fenômeno decorrente de distorções na política de habitação, por hora valendo-se da atuação dos poderes constituídos, com enfoque no desempenho do Poder Judiciário, a fim de se apontar o caráter mais ou menos democrático da cidade em sua estrutura urbana.

Direito à habitação e direito à moradia: ocupações urbanas irregulares e a função social da cidade

O direito à habitação é categoria fundamental que se insere no feixe de direitos relacionados ao direito à moradia, de maneira que sua precisão conceitual torna possível problematizar tanto questões relacionadas ao seu acesso, quanto à sua materialização.

10. Texto original: a) sistemas establecidos por leyes o estatutos, que consisten principalmente en dos tipos, sistemas privados y sistemas públicos de tenencia, y pueden garantizar los derechos individuales y colectivos; b) sistemas consuetudinarios, que se refieren a la titularidad común del derecho a utilizar y asignar las tierras de un grupo que comparte una misma identidad cultural o establecido por la costumbre; c) sistemas religiosos, en los que la totalidad o parte de las tierras pertenecen a las autoridades religiosas y son administradas por ellas; y d) sistemas de tenencia no oficiales, habitualmente en zonas urbanas, que son a menudo sistemas híbridos surgidos en respuesta a las dificultades de los sistemas existentes para satisfacer las necesidades de las ciudades en rápida expansión y de sus mercados urbanos de suelo (ONU, 2012).

É, portanto, uma repercussão lógica do direito à moradia e, especialmente quanto à moradia urbana, constitui-se numa categoria jurídica que não se dissocia do direito à vida urbana, compreendido sob a perspectiva de uma cidade inclusiva, cuja arquitetura social permita a fruição de suas possibilidades (mobilidade, lazer, habitabilidade, segurança, serviços básicos, etc),

Em uma visão civil-constitucional, o direito à moradia define-se como um bem jurídico pertencente à pessoa. É, sob o aspecto do direito civil, um bem da personalidade que compõe o postulado (ou princípio, conforme a linha hermenêutica adotada) da dignidade da pessoa humana. Sob o aspecto constitucional, define-se como direito social atribuído pelo art. 6º da CR/88. Para nós, distingue-se do direito de habitação. Este incide sobre um bem imóvel como instrumentalização do direito à moradia. Pode ser gratuito ou oneroso, com caráter de direito real ou de direito pessoal (SOUZA, 2012, s/p).

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e albergado pela legislação nacional, por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, reconhece o direito à habitação como um direito fundamental, que não se dissocia da dignidade da pessoa humana:

Artigo 11º 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito, reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966).

Com efeito, a partir da adoção do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), a Organização das Nações Unidas passou a realizar Conferências sobre Assentamentos Humanos (HABITAT), nas quais, dentre outras discussões, são realizados debates acerca dos assentamentos urbanos, incluindo estratégias para seu aperfeiçoamento.

Na Conferência realizada em Istambul, na Turquia, em junho de 1996 (ONU-HABITAT II, 1996), produziu-se um relatório em que se considerou, com um senso de urgência, a contínua deterioração das condições de abrigo e assentamentos humanos.

Na esteira das estratégias firmadas nestas Conferências, a cidade de Quito, no Equador, sediou, em outubro de 2016, o Habitat III, com propósito de desenhar uma nova agenda urbana, cujo propósito será o de orientar a urbanificação sustentável dentro dos próximos vinte anos.

Naquele documento convencionou-se a *Declaração de Quito Sobre Cidades Sustentáveis e Assentamentos Urbanos para Todos*, onde foram celebrados, dentre outros compromissos, o de fomentar o desenvolvimento urbano também a partir do empoderamento e da participação plena e significativa das pessoas diretamente envolvidas nas questões humanitárias, diretamente relacionadas às cidades e aos assentamentos humanos (ONU-HABITAT II, 2016).

Eis que, ora delineando as discussões presentes na agenda global, torna-se possível inferir que o tratamento do direito à moradia, do direito à habitação e do direito à cidade não podem ser abordados a partir de uma visão setorial, vez que reclamam uma aproximação sistêmica de seus conteúdos, numa pretensão universal mais apropriada, ante a inevitável mescla dos múltiplos elementos que lhe são inerentes e que se interrelacionam dinamicamente.

É neste sentido que se afirma o direito à cidade como um direito à vida urbana, a pressupor uma teoria integral da cidade, na qual se compreenda a democratização dos espaços urbanos, a guiar um raciocínio que, para sua elaboração, não pode prescindir, sobretudo na realidade brasileira, da questão das ocupações urbanas não-oficiais e das fraturas presentes no trato desta delicada questão.

Henri Lefebvre reflete sobre as formas, funções e estruturas da cidade, atentando, sobretudo, para as necessidades sociais inerentes à sociedade urbana. Lefebvre trata do direito à cidade como “um direito à vida urbana”, assim pressupondo uma teoria integral da cidade e da sociedade urbana (LEFEBVRE, 2011, p. 118).

Para o autor, dois grupos de questões ocupam os problemas da cidade, de modo a traduzirem duas ordens de urgência: as questões relacionadas à moradia, que compreendem as políticas de habitação e as técnicas de arquitetura; e a questão da organização industrial que resultou num crescimento sem desenvolvimento social (LEFEBVRE, 2011, p. 137).

A realização da sociedade urbana exige uma planificação orientada para as necessidades da sociedade urbana. Ela necessita de uma ciência da cidade (das

relações e correlações na vida urbana). Necessárias, estas condições não bastam. Uma força social e política, capaz de operar esses meios (que não são mais do que meios) é igualmente indispensável (LEFEBVRE, 2011, p. 138).

Porquanto, partindo-se dos conteúdos jurídicos e humanitários que preenchem de significado o direito à moradia, o direito à habitação e o direito à cidade, bem como dos apontamentos de Lefebvre (2011) sobre a importância de se implementar uma força social e política, cujo propósito também alcance o enfeixamento de posições jurídicas acerca da função social da cidade, é inegável a necessidade de se investigar em que medida a solução dos problemas habitacionais da atual conjuntura urbana demandam a participação dos sujeitos diretamente interessados, na medida em que suas necessidades, suas expectativas e seus planos de vida são considerados como indicadores de soluções com conteúdos mais democráticos.

Função social da cidade e participação social como parâmetro de desenvolvimento como liberdade

As garantias apontadas pelas liberdades individuais ressaltam o papel estruturante das instituições, a promover um modelo de Estado não autoritário, contudo não fragmentado, promotor do crescimento dos indivíduos a partir de seus respectivos planos de vida, gerenciados por suas ações.

É o desenvolvimento como um construto de ações tendentes a garantirem indiscriminadamente a liberdade e o acesso de todos ao mercado, obviamente pautado por uma ética condicionante do comportamento individual – ponto em que Amartya Sen (2000), mais tarde, vem resgatar da teoria de Smith, para construção de sua perspectiva de desenvolvimento (SOUSA, 2011, p. 62-63).

Com efeito, Amartya Sen faz uma diferenciação entre as atitudes gerais em relação às espécies de processo de desenvolvimento, distinguindo-as em uma visão de desenvolvimento como um processo austero e feroz, no qual evita-se a frouxidão no fornecimento de serviços sociais em benefício da dureza e da disciplina; e outra, uma visão de desenvolvimento amigável, construído a partir do estabelecimento de redes sociais. O autor considera, em sua percepção teórica, a licitude do desenvolvimento a partir da segunda perspectiva, categorizando-o como um processo de expansão das liberdades reais (SEN, 2000, p. 51-52).

Da mesma forma, considera o autor o desenvolvimento um meio, uma ferramenta, quando avalia o papel instrumental da liberdade para o progresso econômico e para o desenvolvimento de outras liberdades, como as de livre expressão e de participação nos debates políticos. Seu entendimento é ilustrado pelos exemplos de crescimento econômico por meio da intensificação das oportunidades sociais (SEN, 2000, p. 52).

Ao discorrer sobre as liberdades instrumentais, Sen compreende que o encaideamento dessas liberdades se manifesta como meios de tornarem-nas o próprio objeto do desenvolvimento.

O enfoque informacional da análise da pobreza na obra de Sen (2000) é a transferência da atenção do baixo nível de renda para a privação de capacidades básicas. E seu argumento central se dá em favor de princípios – e não em estratégias – que permitam a observação do funcionamento real das pessoas, numa perspectiva de expansão das capacidades, mediante a execução de políticas públicas, cujas dificuldades de direcionamento para um público alvo são pontuadas por distorções de informação e de incentivo.

Por isto, o autor qualifica como abordagem correta para promoção de resultados e eficiente realização da tarefa de informação na provisão pública, a compreensão da natureza dos serviços públicos envolvidos e as características da sociedade em que estes serão oferecidos, assim compreendendo seus beneficiários como agentes e não como pacientes, para um diagnóstico direto da deficiência de capacidades.

Esta compreensão de desenvolvimento como expansão das liberdades passa a ser utilizada aqui como uma concepção de partida, mediante a qual se faz possível analisar em que medida a informação e a participação ativa dos beneficiários das políticas públicas de moradia urbana são fundamentais para a eficiente equação dos problemas de moradia e da concentração espacial da pobreza, sobretudo nas grandes cidades.

De fato, os processos de urbanificação e ocupação do solo urbano não podem prescindir do elemento humano em termos de desenvolvimento racional, sobretudo quando a pauta é a cidade e a organização de seus espaços numa perspectiva de liberdade.

David Harvey (2014) enxerga o direito à cidade não como um direito individual exclusivo, mas um direito coletivo concentrado, “um corpo político funcional” (HARVEY, 2014, p. 246), onde:

[...] todos aqueles cujo trabalho está envolvido em produzir e reproduzir a cidade têm um direito coletivo não apenas àquilo que produzem, mas também

de decidir que tipo de urbanismo deve ser produzido, onde e como. Os meios democráticos alternativos (além da democracia existente no poder do dinheiro), como assembleias populares, precisam ser contruídos caso se pretenda revitalizar a vida urbana fora das relações dominantes de classe” (HARVEY, 2014, p. 245-246).

Entretanto, a realidade das cidades demonstra que as mesmas se conformam mediante a composição de espaços impermeáveis e esta característica parece estar reproduzida nos autos do processo, o qual chamamos aqui de “ação 2”, quando lá se levou a efeito um ‘acordo’ a partir do qual se definiu o destino dos ocupantes do Edifício Santa Luzia sem que estes fossem consultados acerca das alternativas postas para o destino de suas habitações.

Na referida audiência de conciliação, realizada em 30 de setembro de 2015, dela ausente o Ministério Público, se fizeram presentes, além do Juiz de Direito, o representante da Defensoria Pública (autora da ação movida em prol dos interesses dos ocupantes do Edifício Santa Luzia), o réu Município de São Luís, representado de sua procuradoria, bem como funcionários da SEMCAS (Secretaria Municipal da Criança e Assistência Social), onde lá se deliberou o que oportunamente se transcreve:

No que atine à ação nº 44805-65.2012.8.10.0001, na qual é autor a DPE e réu o MUNICÍPIO, este apresentou proposta de conciliação no sentido de cadastrar as famílias em programas de habitação social ou de aluguel social. Esclareceu a secretária da SEMCAS, nesta audiência, que o programa de aluguel social, no valor de R\$ 300,00, é destinado a famílias que habitam áreas de risco. Acorda em inscrever as famílias descritas na Inicial no programa de alugueis sociais e posteriormente contemplá-las com casas do programa MINHA CASA MINHA VIDA, na parcela destinada a famílias em risco social de pobreza e falta de habitação. O Município acorda, alternativamente, pela inclusão direta das famílias descritas na Inicial no programa MINHA CASA MINHA VIDA, uma vez obedecidos os critérios da CAIXA Econômica Federal. O Município de São Luís dispõe de uma central de atendimento social exclusiva para o programa MINHA CASA MINHA VIDA, situada na Avenida Mal. Castelo Branco, ao lado do Banco Itaú

e da Matriz de São Francisco de Assis. Fica acordado que as partes beneficiárias e descritas na Inicial deverão comparecer no horário de 8h às 17h nesta central de atendimento para realizarem o cadastramento no programa MINHA CASA MINHA VIDA, como prioritários, por se tratar de famílias em risco social. O prazo para comparecimento é de 15 dias. Quanto à ACP nº 3221-57.2008.8.10.0001, o Ministério Público peticionou antes desta audiência sobre a impossibilidade de realização de acordo, em razão do risco de desabamento do prédio, o que frustrou a conciliação. Foi determinada a conclusão dos autos para prolação de sentença. Nada mais havendo, mandou o MM. Juiz lavrar o presente termo que, lido e achado conforme, vai devidamente assinado (TJMA, 2012, fls. 06).

Ermínia Maricato (2013), na obra em que discute alternativas para a crise urbana, ressalva a importância de se fomentar uma maior consciência acerca da “cidade real”, para que, conhecendo a realidade da ocupação dos solos urbanos, sobretudo nas grandes cidades brasileiras, seja possível se diagnosticar com mais percuciência o espaço a ser administrado (MARICATO, 2013, p. 70).

Neste sentido, a eficiente coleta de dados acerca dos indicadores sociais relacionados ao fenômeno das ocupações urbanas, requer necessariamente a formação de espaços democráticos de debates que possibilitem a compreensão dos conflitos e sua correta avaliação.

Construir um espaço de participação social, que dê voz aos que nunca tiveram, que faça emergir os diferentes interesses sociais (para que a elite tome contato com algo que nunca admitiu: o contraponto) é uma tarefa difícil em um país de tradição autoritária como o Brasil, mas altamente transformadora (MARICATO, 2013, p. 72).

Retomando a ideia de que Sen (2000) compreende a expansão das capacidades através da observação do funcionamento real das pessoas, percebe-se que o que foi considerado, como indicadores que permitissem investigar a questão da habitabilidade do Santa Luzia, traduziu-se no oposto daquele conceito de desenvolvimento.

Com efeito, em sua literalidade, a transcrição da audiência de conciliação revela um cenário em que o Estado, através de suas instituições domina a cena, na qual sequer é cogitado o protagonismo dos moradores da ocupação sobre a qual se debruçam e, tampouco, se faz alguma remissão, dentro dos indicadores que lá cogitam, à variável de consultá-los acerca do destino de suas respectivas moradias (a exemplo das condições de mobilidade, satisfações e prazer, ritmos de vida, emprego do tempo, locais de encontros, espaços de lazer e cotidianidade e demais contingências pessoais) o que, operacionalmente, reforça a ideia de distância entre as instâncias de decisão e a realidade.

A requalificação ou urbanização da área cuja ocupação resta consolidada há mais de 10 anos, sequer foi uma hipótese, pelo que, decerto, revela o conteúdo pouco democrático daquele ato processual, protagonizado pelo Estado em suas mais distintas esferas, pontualmente no que tange à produção da cidade e à construção do habitat.

Esta discussão aponta para a importância de se compreender sob que artifícios representativos o Brasil deixa de cumprir suas aspirações democráticas, orientadas ao fomento da participação popular. De fato, ultrapassam-se os significados aparentes daquele acordo, para destituir-lhe de seu conteúdo prosaico e, assim, nele encontrar representações hegemônicas sobre a questão da definição dos espaços urbanos, lhe restituindo sua identidade ideológica, então encoberta pelo verniz da política de inserção em programas de habitação.

Ocupações urbanas: ponderação vs. retórica

Eis que, a partir do quanto dito, compreendendo-se situado o direito à moradia digna como um direito fundamental, sua interpretação deve levar em conta a observância de um feixe de direitos que nele se amalgamam, tais como o direito à habitação, o direito à vida urbana e o correspondente direito à cidade inclusiva (tomando-a como aquela cuja estrutura atente para a questão da mobilidade, do lazer, da habitabilidade, da segurança, do acesso a serviços básicos, etc.), como categorias de expansão de sua fruição.

No âmbito da presente discussão, é possível lançar mão de um *standard* de racionalidade, a partir do qual se parte da premissa de que a habitação é direito de todos e dever do Estado.

Ingo Sarlet, quando trata dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, compreende que sua posição topográfica (após o Preâmbulo e na sequência dos princípios fundamentais), “além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem

parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica” (SARLET, 2012, p. 66), concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana, “bem como os valores da igualdade, liberdade e justiça” (SARLET, 2012, p. 60).

Ademais, sustenta o autor que a categorização dos direitos sociais em capítulo próprio, como é o caso do direito à moradia, “ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais” (SARLET, 2012, p. 66), pelo que rejeita sua compreensão como um direito de caráter programático.

A análise da atuação judicial, quando trata do direito à moradia digna, dentro de um contexto do direito à habitação urbana numa cidade inclusiva, requer uma abordagem interpretativa fundada em uma razão de racionalidade, com o equilíbrio de direitos fundamentais, que possa dar legitimidade a argumentos baseados, por exemplo, em princípios, onde umas das ferramentas que podem ser utilizadas para esta tarefa é a técnica da ponderação.

No processo interpretativo dos textos legais, formulados em linguagem ordinária, o jurista enfrenta uma série de problemas de indeterminação: problemas de indeterminação semântica, decorrente da dificuldade de atribuição de sentido a termos vagos e ambíguos empregados na lei, das possibilidades de atribuição de intenções ou propósitos de uma regulação (com o sentido preliminarmente identificado), das propriedades consideradas relevantes dentro de um caso hipotético a ser solucionado; problemas de indeterminação pragmática, como a apreciação das possíveis consequências, justas ou injustas, de determinadas atribuições de sentido; e problemas de indeterminação sintática, como a ausência de uma solução para determinado caso considerado relevante (lacunas), a existência de comandos conflitantes para um mesmo caso relevante (inconsistências), ou ainda a escolha de resultados possíveis de um processo de revisão ou refinamento do sistema normativo (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 109).

Na equação de demandas que tenham por objeto o exercício da moradia digna por pessoas de baixa renda, que, em razão do déficit habitacional do país e dos mecanismos não inclusivos de expansão das cidades, findam por ocupar precariamente espaços urbanos desassistidos de públicas de habitabilidade, inevitável é que o Poder Judiciário, ao se deparar com casos

da espécie, empreenda a aplicação aquele direito fundamental levando em conta outras racionalidades, tais como o direito à propriedade privada e a manutenção da posse que lhe é decorrente; a sustentabilidade urbanística; a salubridade; a segurança e funcionalidade estética da cidade e ainda o custo decorrente da opção pela materialização destes direitos.

Ana Paula de Barcellos (2005), ao estudar a ponderação, como um processo mental de escolha entre boas razões, ressalta a necessidade de se identificar o espaço no qual a interpretação jurídica e o intérprete podem transitar (BARCELLOS, 2005, p. 9), levando-se em conta a pluralidade da sociedade.

Trata-se de um mecanismo de enfrentamento de antinomias presentes na legislação, quando esta toca valores e interesses diversificados, ou mesmo quando dotada de “conteúdo fluido” (BARCELLOS, 2005, p. 13) que, por outro lado, não pode prescindir de um critério de autocontenção do Judiciário, a fim de evitar-se a transferência da discussão política para aquela instância.

A citada obra conceitua ponderação como “técnica de decisão jurídica empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas de hermenêutica tradicionais” (BARCELLOS, 2005, p. 18).

Por conseguinte, resta evidenciada a necessidade que tem o julgador de recorrer a discursos jurídicos que identifiquem aquele problema social, porquanto está diante de conflitos que envolvem valores ou distintas opções político-ideológicas, onde necessário é solucioná-los com correção e racionalidade.

Nesta tarefa, retomando aquele *standard* de argumentação, pelo qual o direito à habitação é direito de todos e dever do Estado, sua abordagem interpretativa demandará, por parte do Judiciário, uma concepção analítica dos princípios e das normas que permitam o enfrentamento da questão das ocupações urbanas irregulares, a exemplo que está contido no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001), no Programa Minha Casa Minha Vida, no qual incluído o Programa de Habitação Urbana (Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009) e, para a realidade local, no Plano Diretor do Município (Plano Diretor do Município de São Luís. Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 2006).

O Estatuto da Cidade estabelece uma política urbana que tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a garantia do “direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 2001), com a imprescindível participação da população.

O Programa Minha Casa, Minha Vida tem, dentre seus objetivos, também a requalificação de imóveis urbanos, mediante a “execução de obras e serviços voltados à recuperação e ocupação para fins habitacionais, admitida ainda a execução de obras e serviços necessários à modificação de uso” (BRASIL, 2009).

Já o Plano Diretor do Município de São Luís possui como um de seus objetivos, o de “promover a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda, consideradas a situação sócio-econômica da população e as normas ambientais” (BRASIL, 2006).

Por conseguinte, para esta abordagem, torna-se perceptível que, nas decisões que envolvam o problema do déficit de moradia, especialmente aqueles em que a própria população realiza-o informalmente e de maneira precária, como visto no fenômeno das ocupações urbanas, nelas deve o julgador adotar uma visão sistêmica entre realidade e direito, uma vez que setORIZÁ-lo exclusivamente pela pauta legal não é a melhor maneira de entender tal fenômeno.

Na tentativa de se buscar alguma explicação acerca da natureza do direito, especialmente do direito à moradia enquanto direito fundamental, utiliza-se, por ora, a constatação que Michel Miaille faz de que, ao Direito, se impõem obstáculos epistemológicos à sua produção e ao seu conhecimento (MIAILLE, 2005, p. 40).

O primeiro deles, segundo o autor, é a compreensão do Direito a partir da experiência que temos no seu trato empírico e a preponderância desse valor, na medida em que a concepção das instituições jurídicas não se dá a partir de uma reflexão sobre suas engrenagens, mas realizada a partir de sua concretude, do fenômeno legal tangível que lhe é correspondente: “um contrato é um acordo entre duas pessoas que tem por efeito criar obrigações jurídicas”. (MIAILLE, 2005, p. 41).

Outro obstáculo epistemológico identificado é o que pelo autor chama de “idealismo jurídico profundo”, pautado em critérios de justiça de uma sociedade capitalista: uma corrente do pensamento filosófico que se opõe ao materialismo; realiza-se por conceitos abstratos, cujas estruturas sociais subordinam-se ao sistema de um pensamento pelo qual a ciência jurídica é uma imagem do mundo do direito ocidental, e não sua explicação (MIAILLE, 2005, p. 50).

Num propósito de superação de obstáculos como estes, a exemplo dos que são listados por Miaille (2005), Barcellos (2005) formula um parâmetro de natureza substancial para o exercício da ponderação na atividade jurisdicional.

Trata-se de um modelo que estabelece um sistema de preferência entre normas que apontam para a direta promoção ou proteção da dignidade humana, a

se sobreponem sobre aquelas que indiretamente a resguardem, identificando-se as primeiras como aquelas que são necessárias para assegurar um bem-estar mínimo e o exercício da cidadania (BARCELLOS, 2005, p. 235-236).

Sua utilização se explica quando o enunciado normativo não é suficiente para extrair a solução jurídica para o caso, a partir de um exercício de subsunção, por isto a ponderação torna-se útil quando, superada a primeira etapa, persistir um conflito entre normas que não pode ser resolvido pelas técnicas tradicionais de interpretação¹¹ (BARCELLOS, 2005, p. 241).

Esta sequência preferencial de parâmetros se estabelece em respeito às estruturas e instituições que asseguram a dignidade humana, para que, após a primeira depuração, persistindo um conflito entre regras, o segundo parâmetro servirá para identificar, qual daquelas normas, de forma direta, atende a esta posição ideológica.¹²

Para a autora, este processo mental interpretativo se aproxima da ideia de hierarquia normativa e se coaduna com o texto constitucional e sua clara opção pela prevalência dos direitos fundamentais, posicionados no centro de seu sistema. (BARCELLOS, 2005, p. 245-246).

Com efeito, o ato de decidir acerca da implementação de um direito fundamental da estatura do direito à moradia, requer do julgador a compreensão de variáveis cuja concepção demanda uma atividade interpretativa nem sempre elementar:

A tese a ser defendida é que tal “lógica de interpretação jurídica” não se limita à lógica interpretativa de conversação ordinária, na medida em que é organizada em torno do valor justiça, ou seja, tem o compromisso de expressar uma escolha capaz de separar o certo do errado, o justo do injusto, mediando a relação

11. Barcellos preocupa-se em distinguir norma de enunciado normativo, afirmando que este último “corresponde ao conjunto de frases, [...] signos linguísticos que compõe o dispositivo legal ou constitucional e descrevem uma formulação jurídica deontológica, geral e abstrata, contida na Constituição, na lei, ou extraída do sistema”. Já a norma, para a autora, “diversamente, corresponde ao comando específico que dará solução a um caso concreto”. (BARCELLOS, 2005, p. 104).

12. “O parâmetro que se acaba de enunciar – preferência das normas que de forma direta promovem os direitos fundamentais – funciona de maneira diversa. Uma vez que ele propõe uma comparação de natureza substancial entre o conteúdo dos elementos normativos, seu objeto de incidência são as normas, e não os enunciados normativos” (BARCELLOS, 2005, p. 237).

entre agentes comunicantes numa situação de conflito. A inserção do tema justiça na interpretação jurídica problematiza o sentido das normas legais, mostrando que o antigo problema da indeterminação normativa não pode ser facilmente superado com referência à possibilidade de entendimento na comunicação ordinária (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 105).

Porquanto, a tarefa da ponderação, por si só, não constitui argumento de racionalidade ou de justificação de uma decisão, mas técnica de decisão, a encontrar na proporcionalidade, e na sua operacionalidade como um procedimento aberto (ALEXY, 2014), sua legitimidade jurídica que lhe autorize preencher as lacunas presentes nos processos de decisões políticas da comunidade. (MICHELON, 2011, p. 274)

Trata-se de um compromisso com uma argumentação racional que seja capaz de distinguir qualitativamente o discurso jurídico, diferenciando-o da mera retórica, ou da colonização da dogmática jurídica por forças políticas externas.

Na análise dos julgamentos proferidos, por exemplo, nos casos das ocupações urbanas irregulares, é possível distinguir espaços de enunciação¹³ dissonantes, ou incoerentes, quando da construção de sentido para a equação desta questão social:

A coerência é tratada frequentemente como propriedade dos textos, mas é mais bem considerada como propriedade das interpretações. Um texto coerente é um texto cujas partes constituintes (episódios, frases) são relacionadas com um sentido, de forma que o texto como um todo ‘faça sentido’, mesmo que haja relativamente poucos marcadores formais dessas relações de sentido - isto é, relativamente pouca coesão explícita. [...]. Mas o modo particular em que

13. Os espaços de enunciação são espaços de funcionamento de línguas, que se dividem, redividem, se misturam, desfazem, transformam por uma disputa incessante. São espaços “habitados” por falantes, ou seja, por sujeitos divididos por seus direitos ao dizer e aos modos de dizer. Nessa medida, os espaços de enunciação são espaços que distribuem desigualmente as línguas para seus falantes e, assim, redividem o sensível, ao identificarem os indivíduos ao serem tomados pelas línguas. O espaço de enunciação é um espaço político, no sentido em que venho considerando o que seja o político (GUIMARÃES, 2015, p. 51).

é gerada uma leitura coerente de um texto depende novamente da natureza dos princípios interpretativos a que se recorre. Princípios interpretativos particulares associam-se de maneira naturalizada a tipos de discurso particulares, e vale à pena investigar tais ligações devido a luz que jogam sobre as importantes funções ideológicas da coerência na interpretação dos sujeitos (FAIRCLOUGH, 2001, p. 113).

Percebe-se que, na conjugação dos enunciados (aqui tomados como aqueles utilizados para efeito de solucionar, via acordo, o complexo fenômeno das ocupações urbanas), é possível distinguir paráfrases que orientam o movimento discursivo, mediante a identificação de regularidades que invisibilizam os ocupantes do Edifício Santa Luzia (“famílias descritas na inicial”), o que revela uma ideologia subjacente que refuta a equação democrática deste problema, mediante o incremento da participação popular, uma vez que posiciona a propriedade privada como ponto de partida valorativo absoluto orientador do que lá se convencionou.

Amartya Sen (2010) reconhece como “eixo central da democracia” a ideia que John Rawls tem de razão pública¹⁴, onde ressalta a importância da participação popular na tomada de decisões:

A democracia, é óbvio, não se apoia em apenas um único ponto, mas envolve muitos pontos inter-relacionados. [...] A democracia, Rawls nos ensinou, tem de ser vista não apenas em termos de cédulas e votos – por mais importantes que sejam –, mas primariamente em termos de “racionalidade pública”, inclusive a oportunidade para discussão pública e também como participação interativa e encontro racional. A democracia deve incluir, invocando uma frase de

14. Para John Rawls a ideia de razão pública se dá a partir de um consenso sobreposto que afirma que uma sociedade igual que produza desigualdades, não é uma sociedade igual. Alguém com posição de vantagem, em uma sociedade igual e justa, só pode ser admitido, se sua posição de vantagem se reverter em vantagem para os menos favorecidos. Assim, esta concepção política de justiça serve de base, como dito, à razão pública, num consenso sobreposto entre o racional e o razoável. Ou seja, são princípios eleitos que convergem com os fins próprios dos planos de vida de cada um e suas preferências, mas que os compreendem a partir de um sistema de cooperação equitativa, reconhecendo a validade das demandas do outro (RAWLS, 2011, p. 254).

Stuart Mill, um “governo através da discussão” De fato, eleição e votos são partes desse amplo processo público (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 53-54).

Assim, concernente à questão das ocupações urbanas, é possível se reconhecer, a partir do que emblematisa o caso em apreço, um posicionamento discursivo em que se acham presentes distopias nas quais o direito à moradia é submetido à ficção de uma conjuntura normativa estanque e não sujeita à dialética que permeia este fenômeno.

Depreende-se daí uma postura interpretativa que nega o direito à moradia e o direito à vida urbana a partir de sua mescla com múltiplos elementos (o elemento humano, o elemento social e o elemento econômico) que se relacionam dinamicamente, abreviando-o a um mecanismo de redução de possibilidades (os direitos estandardizados sob uma perspectiva individualista e homogênea e quase nada emancipadora).

Trata-se de uma atitude que, quando desqualifica a participação popular, deixa de produzir uma aproximação dialética entre a sociedade civil e o Estado, que seja capaz de lhe afiançar legitimidade.

Identifica-se uma proposta verticalizada, viabilizada por uma precisão linguística manipulada para decodificar o fenômeno das ocupações urbanas a partir de sua concretude, e nos estreitos limites em que ela é tangível, sem uma consistente reflexão que lhe explique suas engrenagens (MIAILLE, 2005, p. 41).

Valendo-se de uma racionalidade autista, porque alheia às necessidades da comunidade quando do enfrentamento daquele problema social, o Estado deixa de entrever, na solução das demandas relacionadas ao déficit de moradia, a questão da habitação, do direito à cidade e dos fenômenos que lhe são inerentes, tais como: a mobilidade urbana; as relações de vizinhança já constituídas; o acesso aos espaços de trabalho, educação e lazer, outrora já cristalizados pelo tempo de habitação; e outras questões subjetivas que se relacionam às ligações de afeto com os espaços de vivência.

Ao secundarizar tal realidade, intrinsecamente amalgamada no trato das questões relacionadas ao fenômeno da ocupação urbana, o Judiciário realiza um discurso meramente retórico, porque distanciado do fato em si e de suas particularidades, portanto mantenedor da hegemônica ordem pública, numa operação que Guilherme Leite Gonçalves denomina de “Hermenêutica da Cordialidade” (GONÇALVES, 2011, p. 431):

Existiria, assim, um déficit na capacidade de generalização da lei, pois o Estado se tornaria palco de disputa entre grupos privados que subverteriam a ordem pública por seus próprios critérios operativos. A institucionalização da cidadania, a legitimação pelo procedimento e o tratamento igualitário seriam substituídos pela pessoalidade, pelo prestígio social, pela desigualdade do tratamento e pela efetividade. [...] A lógica seria a cordialidade de Sérgio Buarque de Hollanda. A autonomia operacional do sistema jurídico é permanentemente corrompida por pressões de grupos específicos que, pelo peso econômico, controlam o Estado e sobrepõem seus interesses ao código lícito/ilícito, incorporando o clientelismo, o favoritismo e a corrupção. Não há nenhum tipo de prestação política para o direito, mas a determinação de conteúdo jurídico para critérios e valores políticos (GONÇALVES, 2011, p. 432).

A citação ora transcrita remete-se a uma leitura da figura do homem cordial buarquiano: a índole das instituições brasileiras, marcada pela cordialidade, como forma de legitimação de privilégios, pela qual a ótica patrimonialista e a família patriarcal formam, juntas, o grande modelo por onde foram construídas as instituições políticas e governamentais (HOLLANDA, 1995, p. 146).

Esta reflexão ajuda a compreender a conformação da estratificação social dos espaços urbanos a partir de um quadro de dissociações que se prestam a enquadrar determinadas pessoas, definindo espaços privilegiados que se conformam uma espécie de estratificação na qual, em suas bases, ocuparão aquelas pessoas a quem Robert Castel (2015) categoriza de “ameaçadas de invalidação social” (CASTEL, 2015, p. 25).

Trata-se de uma prática secularizada sob a chancela dos discursos institucionais e de suas posturas facciosas, a exemplo daquela adotada para efeito de solucionar o problema da ocupação do edifício Santa Luzia, onde não se cogitou a participação ativa de seus principais interessados, para efeito de uma compreensão holística do problema. Pelo contrário, tomando-os não como atores do espaço urbano que ocupam, mas como clientes em potencial de programas governamentais de habitação, adotou-se a tese de insalubridade daquela construção, sem cogitar a viabilidade operacional da reabilitação daquela moradia.

Daí surge a reflexão de que, naqueles conflitos em que matérias urbanísticas e o direito à cidade estão em foco, estes são tratados numa lógica de

antinomia, ou seja, os direitos que manifestam, substancialmente, um bem-estar coletivo no ambiente urbano, e que concretizam a função social da cidade, demandando uma fruição comunitária, são atendidos parcialmente, pelo simples fato da ausência dos principais interessados: “Todos aqueles cujo trabalho está envolvido em produzir e reproduzir a cidade tem um direito coletivo não apenas àquilo que produzem, mas também de decidir que tipo de urbanismo deve ser produzido, onde e como” (HARVEY, 2014, p. 245).

Decerto que o destino do Edifício Santa Luzia, como moradia usucapida por mais de 30 famílias há mais de dez anos, dependerá de que se apure perfunctoriamente a sua viabilidade enquanto construção, tarefa que requer um diagnóstico menos superficial, que não poderá prescindir de perícias idôneas, tampouco do esclarecimento de seus ocupantes acerca da melhor solução a ser tomada.

Significados aparentes do acordo judicial: representações sobre a questão da definição dos espaços urbanos

Feitas essas considerações, voltemos à materialidade do acordo judicial celebrado nos autos da Ação Civil Pública outrora mencionada, cujo conteúdo é útil em revelar como os discursos vão se construindo, a propósito da questão da ocupação urbana.

Assim, fazendo um recorte de análise, especificamente do acordo celebrado no caso do Edifício Santa Luzia, lá é possível perceber que a supressão daquela construção coloca-se como um dogma inquestionável, a partir do qual a solução seria construída dentro de um campo simbólico que legitima a compreensão daquela habitação como algo inviável dentro do aspecto da conformação dos espaços urbanos privilegiados.

Para mais bem entender esses campos simbólicos sobre os quais foi construída a racionalidade do acordo, cabe aqui introduzir duas categorias de análise, como material sobre o qual se apoiará a presente reflexão.

São categorias trabalhadas por Ermínia Maricato (2013), assim qualificadas como “artifício esquemático para introduzir o tema da intervenção sobre áreas centrais urbanas decadentes, comparando diferentes estratégias de ação, orientadas por interesses divergentes” (MARICATO, 2013, p. 125).

A primeira delas é a ação de *renovação*, esta empreendida por meio de demolição de edificações comprometidas pela ação do tempo e que apresentam

problemas em sua habitabilidade, assim transformando aquele espaço outrora ocupado por uma construção antiga em um vazio urbano que dará lugar a novas edificações que permitam uma ocupação do solo promovida pela especulação do capital financeiro: “[...] a população moradora também é expulsa, especialmente pela forte valorização imobiliária que acompanha esses processos” (MARICATO, 2013, p. 125).

À ação de *renovação*, Maricato propõe outra, cuja finalidade seria, a partir de uma análise que pressuponha os limites do direito de propriedade e a função social da cidade, a de restituir às pessoas envolvidas na ocupação a habitabilidade do lugar. Trata-se da *reabilitação* ou *requalificação*, que seria uma ação que leva em conta, precipuamente o interesse da população residente no local:

Ao conceito de reabilitação (ou requalificação) atribuiremos uma ação que preserva, o mais possível, o ambiente construído existente (pequenas propriedades, fragmentação no parcelamento do solo, edificações antigas) e dessa forma também os usos e a população moradora. A reforma necessária na infraestrutura existente para adaptá-la a novas necessidades, procura não descaracterizar o ambiente construído herdado. Nos edifícios, busca-se fazer intervenções mínimas indispensáveis para garantir o conforto ambiental, acessibilidade e segurança estrutural (MARICATO, 2013, p. 126).

Confrontando ambas as categorias acima trabalhadas, vê-se que a predominância de uma ou de outra marca, ou traduz, a índole da política urbana adotada na cidade e seu conteúdo mais ou menos democrático.

A escolha pela *renovação*, aparentemente técnica e supostamente coerente, reforça uma política a partir da qual o Estado é um inesgotável balcão de políticas sociais, no caso aquelas relacionadas aos programas de habitação, destinadas a transformar grande parte da população em seus clientes e, efeito colateral, gerar espaços urbanos privilegiados e especuláveis a cargo do mercado e da financeirização da questão da moradia.

O acordo celebrado entre as instituições pactuantes consentiu pela remoção das famílias do Edifício Santa Luzia e suas inscrições no programa de alugueis sociais: neste sentido o acordo atendeu a uma lógica compensatória de moradia, tomando-a como unidade residencial, desprestigiando outros elementos relacionados ao habitat tais como: condições de mobilidade,

satisfações e prazer; ritmos de vida; emprego do tempo para o trabalho ou para a escola; locais de encontros; espaços de lazer e cotidianidade; relações de vizinhança e demais contingências pessoais (MARICATO, 2013, p. 129), já bem marcadas nas estratégias firmadas no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do qual é signatário o Brasil, por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, pelo qual o direito à habitação deve ser apreendido sob critérios da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, o destino das famílias será, segundo o ‘acordo’, contemplá-las posteriormente com casas do programa Minha Casa Minha Vida, na parcela destinada a famílias em risco social de pobreza e falta de habitação (o que efetivamente não é o caso, sobretudo considerando a aquisição da propriedade individualizada nas unidades residenciais do Edifício Santa Luzia, sob a chancela da usucapião especial de imóvel urbano, previsto no artigo 9º, da Lei 10.257/2001, o Estatuto da Cidade).

Assim, a presente discussão torna-se importante na medida em que revela a resistência percebida na esfera judicial, quanto à interpretação das normas que protegem o direito à moradia e se relacionam, no caso da moradia urbana, com o direito à cidade sob um viés democrático e consensual.

Neste sentido, o debate acadêmico acerca do tema deve buscar ultrapassar os significados aparentes das decisões que revelam tais resistências, no intuito de se especular se as origens das soluções do tipo devem-se à falta de compreensão da extensão e importância do conteúdo daqueles direitos; ou tratam de reproduzir soluções moldadas aos interesses hegemônicos, cujos fundamentos ao menos lá naquelas instâncias, permanecem inquestionáveis sob o ponto de vista do Direito Urbanístico.

Para José Afonso da Silva (2012), o Direito urbanístico é a manifestação jurídica do urbanismo, ou seja, é a tradução jurídica de um fenômeno de ocupação e de concentração populacional em áreas não rurais, cujo adensamento e configuração precisam atender aos seguintes requisitos:

[...] (1) densidade demográfica específica; (2) profissões urbanas como comércio e manufaturas, com suficiente diversificação; (3) economia urbana permanente, com relações especiais com o meio rural; (4) existência de camada urbana com produção, consumo e direitos próprios (SILVA, 2012, p. 24).

Como um fenômeno moderno, dito da sociedade industrializada, a urbanização traz a reboque problemas relacionados à adequação dos espaços,

a distribuição de equipamentos que possibilitem a vida urbana digna e a contenção da desorganização social que resulta da concentração de pessoas, sobretudo quando decorrente de fatores que a impulsionam de forma prematura e desordenada, como, por exemplo, o êxodo rural decorrente da mecanização do agronegócio (SILVA, 2012, p. 27).

Por esta razão o processo de urbanização requer que o Estado intervenha no sentido de corrigir as distorções do processo de urbanização por meio de ações de urbanificação: “processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que a *reurbanificação* [...]” (SILVA, 2012, p. 27).

Assim, a tarefa de urbanificação, necessariamente, deve estar orientada por indicadores que orientem os seus custos, tanto sociais, quanto financeiros, o que por óbvio deverão também ser decifrados pela pauta jurídica.

Custos sociais são sacrifícios que a atividade urbanística importa para a população, sem possibilidade de compensação. Assim, por exemplo, a desapropriação de áreas gera dificuldades aos moradores, agravando o problema habitacional. A renovação urbana desaloja muita gente que tem que buscar moradias distantes provocando desfazimento de hábitos sociais de convivência. [...]O princípio que deve orientar a atividade urbanística consiste em buscar o resultado preconizado com o menor custo social possível. [...] Custos financeiros consistem nas despesas públicas com a execução da atividade urbanística. A carência de meios financeiros para satisfazer as despesas urbanísticas é responsável em grande medida pela deficiência do planejamento urbanístico entre nós, ainda que mais recentemente se venha procurando estruturar o sistema de financiamento do desenvolvimento urbano (SILVA, 2012, p. 454-455).

Dito isto, e remontando as bases processuais do aqui denominado “Caso Edifício Santa Luzia”, para efeito de se encontrar um fio-condutor que permita analisar o acordo a partir dos indicadores sociais e financeiros que orientem os processos de urbanificação daquela ocupação, tem-se que a decisão tomada acerca da inabilitação do prédio não foi antecedida por projeções de custos e impactos ambientais de sua demolição e conseqüente transferência de seus moradores; vistorias ou inspeções judiciais e tampouco atentou para dados

constantes no processo, relativos a dois laudos periciais nos quais atestados que o prédio não corria risco de desabamento¹⁵.

Baseando-se na voluntariedade das instituições envolvidas no feito, mediante uma audiência de exceção, anuiu-se pela demolição do prédio que, por mais de uma década, serve de moradia a mais de trinta famílias, por conseguinte optando-se pela inclusão das mesmas no programa Minha Casa Minha Vida, uma vez obedecidos os critérios da Caixa Econômica Federal, sem que se cogitasse explorar todas as alternativas jurídicas de captação de receitas públicas, a fim de que um processo de urbanificação fosse pensado para atender-se ao princípio do menor custo social possível.

A solução jurídica dada ao caso se constrói a partir de argumentos que tratam de forma meramente retórica o exercício do direito fundamental à moradia, isto porque deslegitima ocupação e sua viabilidade para, contraditoriamente, assegurar o exercício do direito à habitação, não mediante o re-beneficiamento do solo já edificado, mas o reassentamento daquelas famílias em localidades por elas ignoradas, de acordo com os critérios da Caixa Econômica Federal.

Trata-se de um raciocínio que compreende o problema da habitação como um problema de ordem individual, e não estrutural. Uma descontextualização na qual se vê argumentos que concebem o direito à cidade a partir de um discurso de representações onde “a utilização dos espaços habitáveis [...], o bem-estar geral, [...] e os critérios de desenvolvimento do Município¹⁶”, servem à conformação de uma salubridade pública não inclusiva.

É possível desvendar, no contexto daquele processo, argumentos que pensam a cidade e o urbano sob um critério de modulação no qual a utilização dos espaços da cidade é sobreposta de forma paradoxal, revelando, na construção do discurso da não habitabilidade do edifício que emblemiza a presente discussão, incoerências no trato da fundamental garantia de direito à

15. Nas folhas 22 e 27 dos autos do processo que aqui chamamos de “ação 2” pode-se observar a existência de laudos juntados pela Defensoria Pública (um laudo emitido pelo CREA e outro por uma empresa de engenharia contratada pela Defensoria Pública, nos quais são manifestadas idêntica conclusões de que, após sua recuperação, o imóvel está apto à moradia, assim descartado risco de desabamento. Tais laudos não foram contraditados, pelo contrário foram ratificados pelo Município de São Luís por ocasião de sua defesa, tampouco pensou-se em produzir um contralaudo, eventualmente fruto de uma perícia judicial (TJMA, 2012, fls. 22 e 27).

16. Argumentos utilizados pelo Ministério Público para justificar, em defesa dos padrões urbanos, a demolição do prédio (TJMA, 2012, fls. 48).

moradia digna por parte de seus ocupantes, estes sequer citados para efeito de construção de sua racionalidade:

Esta sociedade se pretende e se vê coerente. Ela persegue a coerência, ligada à racionalidade ao mesmo tempo como característica de ação eficaz (organizadora), como valor e critério. A ideologia de coerência revela, sob exame, uma incoerência oculta e no entanto berrante. Não seria a coerência a obsessão de uma sociedade incoerente, que procura seu caminho para a coerência querendo se deter na situação conflitante, desmentida, negada como tal? (LEFEBVRE, 2011, p. 103).

O Poder Judiciário, mesmo quando questionado pela Defensoria Pública do Estado do Maranhão, com suporte em laudo técnico, acerca da viabilidade e exequibilidade da recuperação daquela ocupação, e sua consequente regularização fundiária, mediante as intervenções necessárias do Município para a correção das deficiências estruturais do prédio, como mecanismo legalmente previsto de promoção do direito à cidade e à habitação, limitou-se a orquestrar um acordo que partiu da premissa irrefutável do risco de desabamento do prédio.

Assegurado o exercício do direito à moradia daquelas famílias por meio do cadastramento das mesmas em programa oficial de habitação, não se cogitou que aquela ação poderia ter mais impacto, não só sob o ponto de vista social, do que já se falou, mas também sob o ponto de vista financeiro: um reassentamento requererá atividades de urbanificação primárias e secundárias:

São de urbanificação primária as obras de arruamento, de espaços para estacionamento, de escoamento de águas pluviais, de coleta tratamento e despejo de águas servidas e suas respectivas redes de alimentação e distribuição de água potável e respectiva rede, de distribuição de energia elétrica e de gás, de colocação de guias e sarjetas, de iluminação pública e semelhantes. São de urbanificação secundária todas as obras que servem para obter o beneficiamento completo do território, como as de ligação da zona com os serviços públicos, a instalação de escolas, mercados, praças de esporte, centros sociais, culturais, igrejas e outros edifícios para serviços religiosos, áreas verdes, parques etc (SILVA, 2012, p. 320).

Aqui, distingue-se que, entre pensar a utilização de recursos públicos para a correção das deficiências estruturais do prédio ocupado e sua manutenção preventiva, democratizando-se o acesso à cidade por via da manutenção daquele espaço já urbanificado e sobre o qual as pessoas que o habitam realizam seus planos de vida, o que se fez foi lançar mão de uma lógica invertida,

Com efeito, para os termos do acordo, primou-se por utilizar uma estratégia regressiva que, ao invés de consolidar a área já ocupada (cujo risco de desabamento sequer foi apurado, tendo sido inclusive descartado), optou-se por buscar investimentos públicos na construção de moradias, promovendo ainda mais a expansão urbana e os problemas estruturais dela decorrentes.

Essa tendência contraria uma orientação mais racional e adequada para o desenvolvimento urbano. Como se sabe, a extensão horizontal das redes de infraestrutura resulta mais cara nas grandes metrópoles. A circulação se torna muito complexa impõe pesado ônus aos moradores da periferia que são obrigados a dedicar parte do dia e dos rendimentos mensais aos transportes (MARICATO, 2013, p. 138).

Sob argumentos inclusivos, quais sejam os de proteção ao direito à moradia mediante a construção de casas para os ocupantes de baixa renda de um prédio precário, situado em um bairro privilegiado da cidade, o Poder Judiciário aquiesce acerca de um acordo de remoção dos ocupantes do Edifício Santa Luzia, pautado num plano de urbanificação questionável em seu conteúdo de justiça.

De fato, uma grande parte dos problemas de privação surge de termos desfavoráveis de inclusão e de condições adversas de participação, e não do que se poderia chamar, sem forçar o termo, de um caso de exclusão. [...] Isso não significa negar que, dada a adaptabilidade da linguagem de exclusão, é possível ajustar a retórica de exclusão para cobrir também “inclusão desfavorável”. Ampliada dessa forma, a “exclusão” pode abranger, digamos, “exclusão de inclusão igualitária” (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 35).

Este raciocínio dissonante é capaz de revelar, no caso estudado, uma elaboração simbólica dos espaços da cidade, a refletirem os ambientes de tensão de classes evidenciadas no direito à sua fruição, quando da ocupação de sua lugares privilegiados por pessoas de baixa renda.

Esta distorção nos processos de urbanização é compreendida e categorizada pelo Poder Judiciário numa dicotomia que leva em conta o direito à propriedade a partir de uma concepção privatística: revela-se um conflito entre apropriação e constrangimento perpétuo em todos os níveis, que deve ser confrontado a partir de “uma teoria completa da cidade e do urbano, que supera as cisões e separações atuais” (LEFEBVRE, 2011, p. 111).

Sen e Kliksberg chamam de falsa racionalização “o raciocínio que considera a pobreza um problema de ordem individual e não estrutural” (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 322), artificialmente atribuindo a culpa da pobreza às suas próprias vítimas:

Essas edificações de ordem cultural tendem a atribuir as causas da pobreza a quem dela padece – os pobres seriam eles mesmos os responsáveis pelo que acontece –, em vez de identificar nas políticas econômicas adotadas o fator predominante que gerou situações muito penosas para a população, deixando-a encurralada. Torna-se fundamental desmontar esse tipo de visão (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 323).

A necessidade de remoção e relocação daquelas pessoas para outros espaços da cidade (e no caso do Programa Minha Casa Minha Vida, certamente espaços periféricos), é estratégia de remodelação e embelezamento da cidade que se constrói através de uma retórica discursiva em que o direito à vida urbana (e todas as questões que nele se enfeixam, como participação popular, relações de vizinhança, mobilidade, proximidade do local de trabalho e estudo, relações de afeto com o espaço, etc.) é virtualizado, em função de uma contraditória proteção da ordem pública.

É importante não confundir coerência com não contradição. A não contradição é uma condição do sentido de qualquer argumento, ou seja, qualquer argumento que contenha ou implique proposições contraditórias é, necessariamente, inválido, uma vez que afirmações opostas não podem ser ambas verdadeiras ao mesmo tempo (MICHELON, 2011, p. 266).

De fato, o propósito de redesenhar uma agenda urbana, a partir da concepção da função social da cidade e de sua vocação inclusiva requer, do sistema de justiça, que este conheça e utilize conscientemente as variedades da norma, tais como o que dispõem, por exemplo, o Estatuto da Cidade, o Programa

Minha Casa Minha Vida e o Plano Diretor do Município, a fim de ser capaz de não incorrer em erros de tradução para não se filiar a categorias arbitrárias, reveladoras de uma política pseudo-inclusiva.

Conclusão

Quando se discute o direito à moradia e o desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e da cidade, a partir do padrão constitucional, faz-se necessário recorrer aos princípios e normas inscritas nos marcos legais que balizam o exercício pleno deste direito: o Estatuto da Cidade, o Programa Minha Casa Minha Vida e o Plano Diretor do Município, são exemplos destas categorias normativas.

As estratégias utilizadas pelo Poder Judiciário e pelos outros atores políticos aos quais cabe o enfrentamento dos dramas decorrentes de um desenvolvimento urbano caótico, como é o caso do Brasil – aqui referenciados a partir de um caso utilizado para fins de ilustrar operativamente a lógica utilizada na construção do enfrentamento jurídico do fenômeno das ocupações urbanas –, mostram-se como indícios de testagem de uma realidade argumentativa que revela uma tendência a assumir táticas decisivas mais retóricas do que racionais.

O direito à moradia e o desenvolvimento social da propriedade urbana restam sujeitados a uma lógica interpretativa formalista, no que diz respeito à conformação da cidade vista a partir de balizas de separação de classes.

A estratégia judicial utilizada para o enfrentamento da ocupação urbana informal, ora utilizada para materializar as categorias e os indicadores analisados, sequer levam em conta os argumentos lastreados por laudos periciais de habitabilidade daquela construção. Tampouco considera que sua manutenção preventiva, perfeitamente justificável sob o ponto de vista da ocorrência da usucapião especial urbana, seria mais viável tecnicamente e menos onerosa para o poder público.

Os significados que podem ser extraídos desta posição ideológica estão implícitos numa ideologia favorável ao mercado financeiro, numa construção precisa de uma linguagem retórica de exclusão, que prioriza o domínio dos espaços urbanos privilegiados à concepção liberal da aquisição da propriedade pelo trabalho ou mesmo, admite sua fruição mediante critérios personalistas, mediante os quais os ocupantes precários não podem ultrapassar determinada linha divisória.

Atualmente, o processo, já sentenciado no sentido de retificar o acordo outrora transcrito, aguarda julgamento de embargos de declaração opostos pelo Município de São Luís.

Enquanto tramita o processo, os moradores do Edifício Santa Luzia esperam pelos rumos judiciais de suas remoções, alheios ao que lá foi pactuado.

A cidade inóspita que os expulsa, materializa a realidade contemporânea de individualismo e isolamento, cristalizado por um Judiciário que centraliza a posição do *homo economicus*, maximizando a função produtiva da cidade em detrimento de sua função social.

Com o propósito de se analisar os efeitos daquele acordo endossado pelo Poder Judiciário, protagonizado num caso de ocupação urbana, pode-se observar a materialização de relações assimétricas entre os poderes constituídos e a comunidade diretamente envolvida na realidade da ocupação, o que é reforçado pela postura de distanciamento do poder público em relação à conjuntura social sobre a qual se extrai um problema que não se limita exclusivamente à sua dimensão jurídica.

Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 16 de dezembro de 1966. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/pacto_internacional.pdf. Acesso em: 30. jul. 2016.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2009.
- BRASIL. Programa Minha Casa Minha Vida - PMCMV. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 04. ago. 2016.
- BRASIL. São Luís. Plano Diretor do Município de São Luís. **Lei nº 4.669, de 11 de outubro de 2006**. Disponível em: <http://www.gepfs.ufma.br/legurb/LEI%204669.pdf>. Acesso em: 04. ago. 2016.
- BRASIL. Estatuto da Cidade. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 04. ago. 2016.
- BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 30. jul. 2016.

- CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**. Petrópolis: Vozes, 1998.
- FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e Mudança Social**. Brasília: Editora UnB, 2001.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Direito Linguagem e interpretação. *In: Direito e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. Função Interpretativa e Hermenêutica da cordialidade: alternativas descritivas da diferenciação do direito no Brasil. *In: Direito e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUIMARÃES, Eduardo. **Espaço de Enunciação, Cena Enunciativa, Designação**. Fragmentum, n. 40, p. 49-68, 2015. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=ESPA%C3%87O+DE+ENUNCIA%C3%87%C3%83O%2C+CENA+ENUNCIATIVA%2C+DESIGNA%C3%87%C3%83O&btnG=&lr=>. Acesso em: 04 ago. 2016.
- HARVEY, David. **Cidades Rebeldes: Do direito à cidade à revolução urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LEFEBVRE, Henri. **Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2011.
- MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades: alternativas para uma crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2013.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Trad. Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MICHELON, Cláudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *In: Direito e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ONU-HABITATII. **Report of the United Nations Conference on Human Settlements (Habitat II)**. Istanbul, 3-14 de Junho de 1996. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/025/00/PDF/G9602500.pdf?OpenElement>. Acesso em: 30 jul. 2016.
- ONU-HABITATIII. **HabitatIII**. The New Urban Agenda. 29 de setembro de 2016. Disponível em: <https://www2.habitat3.org/bitcache/907f3c56d3ad27a3daeeb677c660545a00c69d6b?vid=591158&disposition=inline&op=view>. Acesso em: 26 jan. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org>. Acesso em: 29 jul. 2016.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto**. 2012. Disponível em: http://dereitoamordia.org/wp-content/uploads/2013/02/A.HRC_.22.46_sp.pdf. Acesso em: 29 jul. 2016.
- RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

- SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.
- SOUSA, Monica Teresa Costa. **Direito e desenvolvimento**: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação. Curitiba: Juruá, 2011.
- SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e Direito à Habitação**. Carta Forense. 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/direito-a-moradia-e-de-habitacao/8111>. Acesso em: 30 jul. 2016.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. **El costo de los derechos**. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2012.
- TJMA. Vara de Interesses Difusos e Coletivos, de São Luís, Maranhão. **Processo nº 44805-65.2012.8.10.0001**.

7

Rawls e o direito tributário brasileiro: influências e perspectivas

Izabella dos Santos Jansen Ferreira de Oliveira¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p170-200

-
1. Advogada, servidora pública, professora, graduada em Direito e Letras pela Universidade Federal do Maranhão, pós-graduada em Docência no Ensino Superior e em Direito Constitucional, Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMA.
 2. Professor associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

O ideal de Justiça Social presente nas constituições modernas, como é o caso da Constituição Federal de 1988, lançam ao Estado e aos cidadãos o desafio de alcançar, senão buscar incessantemente, a igualdade. Esse desafio corresponde, sem hiperbolismos, àquele que talvez seja o nó górdio do pensamento jus-filosófico. A tributação se insere, no contexto do atual Estado Democrático de Direito, como mecanismo de que dispõe o Estado para assegurar à sociedade o gozo de direitos básicos, contribuindo para o alcance da igualdade como objetivo previsto constitucionalmente.

Da igualdade trataram pensadores de diversas escolas filosóficas, desde a Antiguidade até os dias hodiernos. Dentre eles, destaca-se John Rawls, pela atualidade de suas contribuições nessa temática. Suas contribuições, no tocante à equidade e a seus consectários sociais, relacionam-se às próprias razões do poder de tributar do Estado, ao dever de pagar-se tributos e ao objetivo último da tributação, qual seja: a amenização das desigualdades. Tal relação não lograria ser empreendida senão com o respaldo e a substância advinda da seiva constitucional, que confere ao Direito Tributário caráter imanentemente instrumental.

Nesse sentido, ao buscar a Justiça Social, o Direito Tributário enfrenta o dilema da igualdade, não somente como objetivo, mas como princípio norteador das práticas tributárias, além de direito do cidadão-contribuinte a ser respeitado. Neste trabalho, serão apresentadas relações entre a teoria de justiça erigida por Rawls e o Direito Constitucional Tributário pátrio, tendo por base os princípios constitucionais como emblemáticos exemplos da complexa busca por equidade nas relações jurídico-tributárias estabelecidas em nossa sociedade.

O *leitmotiv* da ótica aqui adotada é a importância atribuída por Rawls aos princípios informadores das instituições sociais, importância esta que condiz com o status ocupado pelos princípios constitucionais tributários na regência das relações jurídicas em nosso Ordenamento na busca por igualdade. Justifica a proposta desta dissertação acadêmica o próprio conceito de Direito Tributário, enquanto ramo do Direito que rege as relações entre Fisco e Contribuinte, nos limites da Constituição e a propósito de seus objetivos.

O presente trabalho foi estruturado em três capítulos. O primeiro é destinado à apresentação dos principais pressupostos teóricos da teoria de *justiça como equidade*, elaborada por John Rawls, situando-a como contraponto à visão utilitarista no cenário da filosofia política. No segundo capítulo, é traçada relação

entre elementos da teoria da justiça de Rawls, justificadores da tributação, apresentando-a como dever e direito constitucional no atual Estado Democrático de Direito, no afã de atender aos desígnios constitucionais de justiça social e solidariedade. Na terceira seção, é analisado o vínculo entre o poder-dever de tributar do Estado e os princípios constitucionais tributários, verdadeiros limites a esse *jus imperii*, demonstrando-se o quanto caro é o princípio da igualdade ao alcance das finalidades da tributação.

Impende ressaltar que este excursus epistemológico não pretende esgotar qualquer das temáticas aqui tangenciadas. Tampouco apregoar que a teoria da justiça elaborada por Rawls poderá ser aplicada em sua inteireza à questão tributária, tanto por sua abrangência filosófica como pelas limitações apontadas pela doutrina. Contudo, crê-se que a abordagem aqui empreendida se justifique com vistas ao quilate das contribuições de Rawls no tocante à igualdade, bem como de sua repercussão no âmbito da filosofia política.

Neocontratualismo: caminho para a justiça social

Contrapondo-se ao que defende o utilitarismo, John Rawls, em sua obra *Uma Teoria da Justiça*, desenvolve uma teoria de justiça contratualista e não consequencialista, por meio da qual se torna marco teórico decisivo para discussões referentes a esse tema em filosofia política.

No arcabouço teórico por ele erigido, alguns importantes conceitos são desenvolvidos, em especial a partir de sua obra magna *Uma teoria da justiça* (1971). Nesta obra, ele lança as bases de sua teoria, que certamente nasceu do anseio de pensar soluções às desigualdades oriundas do Capitalismo, soluções estas diversas das que até então haviam sido apresentadas pelos modelos consequencialistas. Contudo, após leituras e críticas que lhe foram impingidas, John Rawls revisitou, no decorrer de sua extensa produção, algumas de suas próprias construções teóricas, fazendo-o especialmente nas obras *O Liberalismo Político* e *O direito dos povos*, as quais, junto com sua obra-prima citada, formam a tríade que particularmente influenciou as concepções de justiça surgidas posteriormente.

Rawls propõe um modelo procedimental que estabeleça critérios imparciais para a concretização de uma democracia constitucional, com base em um consenso sobreposto e num pluralismo razoável. A partir da escolha inicial dos princípios de justiça norteadores das instituições sociais, seria implementado o que ele denomina de equilíbrio reflexivo, uma ferramenta de

aperfeiçoamento das práticas concretas de existência social de maneira a consolidar o processo democrático e constitucional.

Assim, os princípios acima referidos teriam origem na consciência moral das pessoas e possibilitariam a construção de um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais. Nessa sociedade, os caracteres de racionalidade e razoabilidade das pessoas garantiriam a primazia do justo sobre o bem. A justiça seria então a primeira virtude a permear o sistema institucional.

Uma miríade de trabalhos foi elaborada a partir da inquietante proposta de *justiça como equidade*. Rawls é criticado por diversos pensadores, de bases epistemológicas diversas, inclusive Dworkin, Nozick, Amartya Sen e Habermas, os quais se viram envolvidos por sua teoria. Neste momento, a despeito de mensurar o grau de aplicabilidade dos conceitos apresentados por Rawls ao real alcance de uma sociedade justa, escopo de um sem número de extensas pesquisas, será feito breve périplo por suas principais construções teóricas, aplicáveis à finalidade deste trabalho.

Principais pressupostos teóricos

Ao desenvolver sua teoria da *justiça como equidade*, Rawls apresenta um modelo liberal baseado em um contrato social, pelo qual os princípios de justiça mais razoáveis seriam os decorrentes de acordo mútuo entre pessoas em condições equitativas. Logo, a função desses princípios seria definir os termos equitativos de *cooperação social* – afinal, em uma “sociedade bem ordenada”, todos aceitam os mesmos princípios de justiça, que fornecem um ponto de vista aceitável para todos.

Partindo dessa sociedade bem organizada, isto é, uma sociedade direcionada para alcançar o bem de seus cidadãos, os bens primários seriam escolhidos em harmonia por seus membros, através de uma racionalidade deliberativa. Surge aqui o primeiro recurso procedimental de sua teoria neocontratualista, utilizado nas suas discussões acerca da justa distribuição dos bens primários: a posição original.

Esta, longe de ser um momento histórico verossímil, configura-se como pano de fundo para que seja firmado um contrato hipotético, pelo qual os membros da sociedade, em iguais condições, cobertos pelo que Rawls convencionou chamar de véu da ignorância, escolheriam os princípios de justiça que deveriam governar a estrutura básica das instituições sociais. Para ele, as instituições essenciais são a constituição política e as principais disposições econômicas e sociais.

Ao fazer uso da posição original como recurso hipotético, ele tenta assegurar a neutralidade dos indivíduos na escolha dos princípios norteadores da prática política e de distribuição de bens sociais primários, ao que ele denomina *justiça como equidade*. Os sujeitos não poderiam levar em conta talentos naturais, posição de classe, nem origem cultural. Desta maneira, as tais escolhas que determinarão todo o arranjo subsequente das instituições sociais não estarão sujeitas a contingências particulares. Nas palavras de Rosas³:

Se quisermos definir provisoriamente esta teoria [o liberalismo igualitário], podemos dizer que ela procura conjugar a prioridade das liberdades básicas, civis e políticas, com a relevância da igualdade de oportunidades e da função distributiva do Estado.

A despeito das diversas críticas a esse recurso (o da posição original), é possível entender a proposta de neocontratualismo nele implícita, como bem esclarece Gargarella⁴:

Se Rawls desenvolve sua própria concepção em termos de um contrato hipotético, isso se deve ao valor desse recurso teórico como meio para pôr à prova a correção de algumas intuições morais: o contrato tem sentido fundamentalmente porque reflete nosso status moral igual, a idéia de que, de um ponto de vista moral, o destino de cada um tem a mesma importância – a idéia de que todos nos equivalemos.

Princípio da Diferença: as desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: a) redundem em maiores benefícios possíveis para os menos beneficiados, de uma forma que seja compatível com o princípio da poupança justa; b) sejam a consequência do exercício de cargos e funções abertos a todos em circunstâncias de igualdade equitativa de oportunidades.

3. ROSAS, João Cardoso. **Manual de filosofia política**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 36.

4. GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p. 18.

Desse princípio decorre que a distribuição desses bens apenas poderá ocorrer de forma desigual se promover benefícios a todos, em especial aos mais necessitados. Deve-se, então, maximizar o mínimo, optando pelo menos lesivo dos resultados. Isso significa que a violação da ideia de igualdade só pode ser ventilada caso se preste a incrementar a destinação de bens aos menos favorecidos.

Conforme discorrido por Rawls⁵:

A estrutura básica pode ser ordenada de modo que as contingências trabalhem para o bem dos menos favorecidos. Assim, somos levados ao princípio da diferença se desejamos montar o sistema social de modo que ninguém ganhe ou perca devido ao seu lugar arbitrário na distribuição dos dotes naturais ou à sua posição inicial na sociedade, sem dar nem receber vantagens compensatórias em troca.

Segundo o que Rawls denomina de prioridade lexicográfica, o primeiro princípio estará sempre sobreposto ao segundo, para garantir a primazia do justo sobre o bem. Assim, as liberdades fundamentais referidas alhures não poderão ser mitigadas em favor de vantagens sociais e econômicas, exceto quando em conflito com outras liberdades básicas.

Impende ressaltar que essa concepção de justiça possui como objetivos a estrutura básica da sociedade, a saber, suas instituições políticas, sociais e econômicas, as quais não requerem sustentação em doutrinas religiosas, morais, filosóficas. Aliás, o que ele defende é a construção de um pluralismo razoável na sociedade, essencial à caracterização da democracia, consistente na possibilidade de coexistência de diferentes doutrinas, capazes de aceitar as ideias fundamentais de justiça.

Pela defesa de um consenso sobreposto, fica implícito na cultura pública que o Estado possui legitimidade. Então, no âmbito dessa visão política, o exercício do poder coercitivo somente se realizará uma vez havendo o endosso da própria sociedade, que mantém estáveis suas estruturas básicas, pelo fato de seus cidadãos acreditarem que são justas tais instituições sob as quais foram criadas.

5. Ibid., p. 108.

Justiça distributiva: compromisso social com a igualdade

Pelo que se depreende das noções de Liberdade, Igualdade e Comunidade, invocadas por Rawls na construção das instituições sociais, restam alijadas as concepções utilitaristas, conforme pugna Castilho⁶:

A garantia da igual participação no bem da sociedade não pode ser relativizada por meio de qualquer limitação aos direitos fundamentais dos indivíduos. É ilícito conceber a exploração de alguns, por meio da redução de seus direitos ou mediante a postergação da concretização das condições materiais e imateriais básicas de vida a que faz jus (indispensáveis para a existência em consonância com a dignidade da pessoa humana), sob a alegação de maior beneficiamento para a comunidade.

O ideal de Justiça seria resultado da conjunção de princípios e da disposição subjetiva de caráter dos indivíduos, que deveriam agir cooperativamente na construção de instituições sociais que efetivassem a justiça distributiva.

Um conceito como é o de justiça distributiva, recorrentemente tratado por teóricos de áreas como Filosofia, Filosofia Política e Direito, não pode, decerto, ser analisado de forma estanque. Devido a sua estreita relação com os direitos fundamentais, deve ser analisado de sistematicamente, como fator relevante para a concretização desses direitos.

Aristóteles, já na Antiguidade Clássica, foi talvez um dos primeiros pensadores a sistematizar a noção desse conceito de Justiça. Na obra *Ética a Nicômaco*, ele se dedicou à análise da Justiça e da Equidade, afirmando que a primeira só lograria existir entre os que tivessem suas relações mútuas reguladas pela lei, sendo a lei necessária, por sua vez, para aqueles entre os quais houvesse uma possibilidade de injustiça. E mais adiante, sintetizaria a noção de justiça distributiva como sendo “aquela que é exercida na distribuição de honras, riquezas e outros bens divisíveis da comunidade, que podem ser distribuídos entre seus membros em cotas iguais ou desiguais⁷”.

6. CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.

7. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 34.

John Rawls propõe que os bens sociais sejam distribuídos de maneira equânime, motivo pelo qual preconiza que a justiça seja a primeira virtude das instituições sociais. Tal posicionamento do autor é compreensível, em especial por admitir a natural tendência para as desigualdades de oportunidades, oriundas tanto de circunstâncias quanto de escolhas.

As primeiras constituem o que ele chama de loteria natural. Consistiriam em fatos moralmente arbitrários que acometem os indivíduos e sobre as quais eles não têm poder ou responsabilidade: ser de família abastada, ou nascer com um problema de saúde, ser mais ou menos inteligente, etc. Daí Rawls defender a ideia de que uma sociedade justa deverá manejar no nivelamento das pessoas em suas circunstâncias de maneira a possibilitar que cada um seja responsável por seus destinos. Entretanto, se depois de igualado aos outros em circunstâncias, um indivíduo decidir quedar-se inerte, deverá arcar com os ônus advindos de suas escolhas.

Para Rawls, são infrutíferas as discussões quanto à justiça ou injustiça das circunstâncias advindas dessa loteria natural, por serem moralmente arbitrárias. O que deve ser analisado é o modo como as instituições sociais processam tais circunstâncias. Sob esse fundamento, caberá ao Estado supervisionar as instituições sociais de modo a garantir a justa distribuição de bens sociais primários, possibilitando o alcance de uma igualdade inicial entre os indivíduos.

Assim, conforme mencionado por Kymlicka⁸, o próprio Rawls esclarece o papel da justiça distributiva, afirmando que somos responsáveis pelos custos de nossas escolhas. Na verdade, é por isso que sua descrição de justiça mede a parcela de bens primários das pessoas, não seu nível de bem estar.

Embora abarquem análises muito mais amplas, os pressupostos teóricos apresentados por Rawls, e até aqui delineados, legitimam a existência de mecanismos que estabeleçam direitos e deveres, jurídicos e morais, que permeiam as relações entre os indivíduos, e entre o Estado e os indivíduos. Dentre tais mecanismos está a tributação.

Dentre os sujeitos envolvidos nessa relação de distribuição de bens, é inegável o reconhecimento do Estado, da sociedade, e do indivíduo, em suas particularidades, como atores desse processo. O Estado é o ente a quem compete promover essa justa distribuição em primeira análise, sempre em atenção aos

8. KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. SP: Martins Fontes, 2008. p. 96.

princípios e fins insculpidos no texto constitucional. Sob esse prisma, poder-se-ia afirmar que a tributação é uma ferramenta utilizada pelo Estado Democrático para a redistribuição de bens sociais primários, tendo como fio-condutor o respeito aos princípios da liberdade, isonomia e diferença.

Nesse diapasão, Castilho⁹ pondera:

Considerado não apenas em sua condição humana, como na Justiça Social, mas sim em atenção às suas peculiaridades, o indivíduo recebe os bens e ônus que lhe cabem, justamente em função daquela qualidade pessoal distintiva. Esta representa a causa da distribuição e, simultaneamente, o parâmetro da quantificação da parcela de bens e obrigações de cada qual.

O considerável número de críticos da teoria rawlsiana revela a importância de sua obra, que renovou o interesse pela discussão da justiça como objetivo principal das instituições sociais.

Do que até foi exposto, antevê-se a instituição e a cobrança de tributos com papel imprescindível na proposta de financiamento da sociedade. Da teoria da *justiça como equidade*, infere-se que o dever de pagar tributo, para além de uma obrigação jurídica compulsória, é advindo da necessária cooperação da sociedade, a fim de dar ao Estado o aporte necessário para a redistribuição de bens, prestação de serviços e concretização dos direitos fundamentais.

Tributação e cooperação social

Nossa atual Constituição é, decerto, fruto de profundas mudanças históricas e sociais, resultando em um texto que reflete o processo de transformação por que passava o Estado brasileiro, que abandonava seus contornos totalitários para tornar-se um Estado Democrático. A proposta normativa presente desde o preâmbulo traz em seu bojo esse ideal de democracia, associando os tradicionais princípios do Estado de Direito, como exercício de direitos sociais e individuais, Liberdade, Igualdade, Segurança, às exigências da democratização da sociedade, quais sejam, harmonia social, respeito, tolerância e pluralismo, dentre outros.

9. CASTILHO, op. cit., p. 67.

Justiça Social: um compromisso da Constituição Federal de 1988

É o Estado que compõe, junto ao cidadão, a relação de cooperação social que deverá resultar no alcance dos objetivos constitucionais. Aprofundando esse raciocínio, a lição do conceituado ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes.

Em que pesem pequenas variações semânticas em torno desse núcleo essencial, entende-se como Estado Democrático de Direito a organização política em que o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou através de representantes [...]. Mais ainda, já agora no plano das relações concretas entre o Poder e o indivíduo, considera-se democrático aquele Estado de Direito que se empenha em assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos.¹⁰

Nessa senda, a Constituição, em seu Art. 1º, apresenta os fundamentos da República Federativa do Brasil, conjugando soberania, cidadania e dignidade da pessoa humana aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e ao pluralismo político. Em seu Art. 3º, apresenta como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, reprimindo quaisquer formas de discriminação.¹¹

Em seu título II, no corpo do monumental Art. 5º, são arrolados os direitos e garantias fundamentais, incluindo a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança, a propriedade, não logrando, contudo, elencá-los em sua totalidade, tendo em vista os diversos direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional.¹²

10. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 149.

11. BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2015.

12. Ibid.

Do mesmo modo, apesar de separados topograficamente, a atenção dedicada aos direitos sociais, à ordem social e à econômica demonstram a intenção do legislador em destinar-lhes a importância que lhes é característica. Assim, em nosso atual texto constitucional, os direitos sociais são tratados no capítulo II do Título II: “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.”¹³

A ordem social, bem como a ordem econômica, adquiriram status peculiar a partir da Constituição de 1988. No tocante à primeira, encontra-se explícita no Título VIII, quando o texto constitucional aduz que: “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”¹⁴

No título VII, que trata da Ordem Econômica e Financeira, o Texto Magno preconiza que: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]”¹⁵

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos acima transcritos, e de seu status de norma constitucional, toda a ordenação jurídica do país, assim como todos os atos concretos do Poder Público que ao menos tangenciem a ordem econômica e social, deverão estar comprometidos com a realização da Justiça Social, para que sejam reconhecidamente legítimos. É nesta senda que as disposições constitucionais concernentes à Justiça Social não poderão ser afrontadas como meros conselhos, ligados somente à moral, desconexos do agir estatal. Todas essas disposições exigem do Estado deveres, ora de fazer, ora de não fazer.¹⁶

Pelo exposto, a Constituição de 1988 representou uma peculiar síntese entre Estado de Direito e Estado Social, comprometendo-se no decorrer de seu texto em velar pelos direitos dos cidadãos, englobando no rol de direitos garantidos, direitos fundamentais das várias gerações estudadas pela doutrina.

13. Ibid.

14. Ibid.

15. Ibid.

16. MELLO, Celso Antonio Bandeira. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 55.

Pela carga semântica das diretrizes apresentadas no texto constitucional, é notório que a tarefa estatal de conjugar tais objetivos e princípios é extremamente árdua, por ligar tendências aparentemente divergentes. Assegurar o gozo de direitos que requerem, por um lado, a abstenção do Estado e, por outro, sua intervenção, ilustra veementemente o dilema e a complexidade da sociedade atual.

O mestre José Afonso da Silva, ao tratar dos direitos econômicos e sociais, defende que o direito econômico tem viés institucional, diferentemente dos direitos sociais, os quais constituem formas de tutela subjetiva. Contudo, afirma que tais direitos se entrelaçam, posto que os direitos econômicos são pressupostos de existência dos direitos sociais, na medida em que somente por meio da participação do Estado na seara econômica, poderá ser assegurada a tutela dos mais necessitados.¹⁷

Assim, a Justiça Social tão almejada pela Constituição Cidadã não requer apenas ações do Estado para a implementação de suas normas. Aliás, o termo “democrático”, acrescido ao Estado de Direito a partir da promulgação da atual Carta Magna, indica a necessidade de requisitos de legitimidade do poder preenchidos com o consenso social, ou seja, a participação dos cidadãos. O Estado Social reverbera por toda a Constituição em prol da solidariedade. Canotilho, ao se referir à ordem jurídica portuguesa, tece comentários que condizem singelamente com a realidade pátria:

A democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e ativa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade econômica, política e social [...].¹⁸

Conforme Yamashita, sob a ótica da solidariedade inerente ao Estado Social, o Estado Democrático de Direito requer também a participação de seus cidadãos para sua concretização, consistindo basicamente na persecução de dois propósitos: Justiça e Segurança sociais.¹⁹

17. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

18. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Reimpressão da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 287.

19. YAMASHITA, Douglas. Solidariedade e tributação. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Princípio da solidariedade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005. 53-67.

Justiça Social visando à redistribuição de renda e igualdade de chances a todos, buscando atingir níveis razoáveis de capacidade existencial, econômica e cultural. O propósito seguinte, qual seja, Segurança Social, tem por base as premissas de bem-estar social - garantido pela prestação de serviços públicos básicos e de seguros sociais, e assistência social - entendida como um auxílio existencial voltado para a garantia de um mínimo de dignidade humana ao cidadão.²⁰

Destarte, a Justiça Social preconizada pela Constituição é objetivo que exige do Estado atenção aos direitos individuais e coletivos, perpassando também a questão econômica, tendo em vista que esses direitos se entrelaçam de modo a erigir a cidadania dos indivíduos rumo à igualdade.

Tributação: uma questão de deveres e direitos constitucionais

No atual Ordenamento jurídico pátrio, a obrigação tributária é considerada de natureza *ex lege*. Isso significa que sua origem independe da vontade ou da consciência do cidadão, estando atrelada tão somente à lei. Nas palavras de Amaro:

[...] ao afirmar que certas obrigações (entre as quais a tributária) são *ex lege*, não se quer dizer que somente elas sejam obrigações jurídicas ou obrigações legais. A fonte das obrigações (civis, comerciais, trabalhistas etc.) é a lei, pois, obviamente, não se cuida, no campo do direito, de obrigações simplesmente morais ou religiosas. Todas as obrigações jurídicas são, nesse sentido, legais.²¹

O Código Tributário Nacional define, em seu Art. 3º, que tributo “[...] é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”²²

20. YAMASHITA, Douglas. Solidariedade e Tributação. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Princípio da solidariedade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 53-67.

21. AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 246-247.

22. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 02 jun. 2015.

Pode-se, ainda, complementar tal conceito com o constante do Código Tributário Modelo para a América Latina, lembrado por Paulsen: “[...] tributos são prestações em dinheiro, que o Estado, no exercício de seu poder de império, exige com o objetivo de obter recursos para o cumprimento de seus fins.”²³

Ponto que merece destaque é que “O tributo não se confunde com sanção [...]”. Ao distinguir as penalidades pecuniárias e as multas fiscais dos tributos, Torres preleciona que as primeiras, embora sejam prestações compulsórias, “[...] têm a finalidade de garantir a inteireza da ordem jurídica tributária contra prática de atos ilícitos, sendo destituídas de qualquer intenção de contribuir para as despesas do Estado.” O tributo, doutra forma, “[...] é o ingresso que se define primordialmente como destinado a atender às despesas essenciais do Estado.”²⁴

Como já referido, o tratamento dado à tributação em nosso ordenamento jurídico não se restringe ao Código Tributário Nacional, tampouco a outras leis infraconstitucionais. Quiçá em vista de tratar-se de importante fonte de receita para o Estado, o poder de tributar ganhou tratamento de matéria constitucional, segundo o que se depreende da própria leitura do texto maior.

Este não apenas regula tal poder em dispositivos espalhados por todo o seu corpo (Art. 5º, XXXV e 195, por exemplo), como também lhe dedica capítulo designado Tributação e Orçamento, onde estão expostos os comandos estruturantes do Sistema tributário Nacional e os princípios fundamentais a ele pertinentes.

A vinculação entre o interesse tributário estatal e a efetivação dos direitos fundamentais já justificaria, *de per se*, a matiz constitucional de que foi investido o poder de tributar, de modo a dotar o Estado de mecanismos jurídicos superiores, perenes e efetivos de arrecadação dos recursos dos (e para) os cidadãos, perpassando as fases de imposição, arrecadação e cobrança dos tributos.

Aliás, impende lembrar que, em nosso atual Ordenamento, talvez pouco reverbere a inafastável correspondência entre os direitos assegurados explicitamente no texto constitucional e os deveres deles consequentes. São estes mesmos deveres que darão aos primeiros a possibilidade de efetivação no corpo social. É o que sustenta Torres, ao tratar da relação entre tais deveres,

23. PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 607.

24. TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. São Paulo: Renovar, 2013. p. 291.

direitos e o poder de tributar: “O poder fiscal se constitui no espaço aberto pelas imunidades e privilégios. Impõe o dever fundamental de pagar tributos, que aparece ao lado de poucos outros deveres criados pelo Estado de Direito [...]”²⁵.

Na mesma senda, Nabais faz notável síntese reflexiva dessa correlação entre direitos e deveres fundamentais, a qual muitas vezes ressoa combalidamente junto ao legislador e aos comumente envolvidos na relação tributária. São as seguintes suas considerações a esse respeito:

Voltando-nos agora para os custos dos direitos, podemos dizer que, como acabamos de ver, qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até ao momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorada em deveres fundamentais, que são justamente os custos *lato sensu* ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente realizar uma cidadania de liberdade, isto é, um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos de liberdade, sejam os mais modernos direitos sociais, não se pode deixar de ter custos compatíveis com essa liberdade.²⁶

Apesar do entendimento dominante de que os cidadãos têm o dever de pagar tributos, como uma das bases da experiência democrática, a tributação ainda é rejeitada socialmente, sendo vista como imposição do Estado ao contribuinte, muitas vezes onerado no pagamento das exações.

Contudo, é importante considerar que a concretização dos direitos fundamentais pressupõe a presença de deveres fundamentais. Sejam eles os clássicos deveres liberais que protegem a liberdade, passando pelos deveres de participação política, pelos deveres econômicos, sociais e culturais até chegarmos aos deveres ecológicos. Tais deveres, muitas vezes quedados em segundo plano, são imprescindíveis para a consolidação da cidadania.

25. TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 3. p. 19.

26. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista de Direito Público da Economia**, v. 5, n. 20, p. 11. (grifo do autor).

Ao analisar a questão, importantes representantes da Doutrina pátria as-sentem ainda na íntima vinculação dos deveres fundamentais com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, de vez que esses direitos não se restringem à tutela e promoção da pessoa em sua individualidade, representando assaz valores da comunidade no seu conjunto, pelos quais o Estado deve zelar.

Neste sentido, Sarlet frisa que direitos não poderão existir pautados na desconsideração dos respectivos deveres. A seguir, sua preleção *in litteris*:

Não é à toa que a máxima de que direitos não podem existir sem deveres segue atual e mais do que nunca exige ser levada a sério, ainda mais quando na atual CF houve menção expressa, juntamente com os direitos, a deveres fundamentais, como dá conta a redação do art. 5º, caput, ao se referir aos direitos e deveres individuais e coletivos, isto sem levar em conta outras referências diretas a deveres ao longo do texto constitucional. [...] Já os deveres fundamentais de pagar impostos, de colaborar na administração eleitoral, de prestar serviço militar, entre outros, são deveres usualmente reportados à categoria dos deveres autônomos.²⁷

Com a constitucionalização do interesse tributário estatal, surge o que se convencionou denominar de dever fundamental de pagar tributos. Destarte, sendo a Constituição um corpo de normas de cunho superior, tais dispositivos obrigam tanto o Estado quanto os indivíduos, inclusive no tocante aos tributos.

Meirelles em mais uma de suas contribuições à Ciência Jurídica, ao definir Direito, fá-lo com as seguintes palavras, úteis na discussão quanto à obrigação de pagar tributos:

O Direito, objetivamente considerado, é o conjunto de regras de conduta coativamente impostas pelo Estado. [...] é o complexo das condições existenciais da sociedade, asseguradas pelo Poder Público. Em última análise, o Direito de traduz em princípios de conduta social, tendentes a realizar a Justiça.²⁸

27. SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 240-242.

28. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 35.

Diante da necessidade de redistribuir riquezas, Rawls, por sua vez, assente que o imperioso dever de pagar tributos deva ser exigido pelo Estado, que, aliás, desempenha papéis bem definidos em sua teoria:

[...] o fornecimento e o financiamento dos bens públicos devem ficar a cargo do Estado, e alguma regra imperativa que exija o pagamento deve ser imposta. Mesmo se todos os cidadãos estivessem dispostos a pagar o que lhes cabe, supõe-se que eles só o fariam, se tivessem a certeza de que os outros também pagarão a sua quota.²⁹

A teoria da justiça como equidade de Rawls³⁰, representando uma retomada da centralidade da questão do justo no Direito, permite-nos analisar a tributação como complexo mecanismo a serviço do Poder Público para o alcance dos objetivos previstos constitucionalmente. É pelo ato de tributar que o Poder Público gerencia e financia a sociedade, a partir das necessidades individuais e coletivas, com a finalidade de alcançar a justiça.

Como já discorrido anteriormente, Rawls compreende a sociedade como um empreendimento cooperativo que deve ser vantajoso para todos. Nesse sentido a estrutura básica tem o importante papel de nortear essa cooperação, de modo que todos tenham oportunidade equitativa dentro dessa sociedade. Essa ideia, segundo Rawls sugere que a distribuição de bens primários deve ocorrer conforme um sistema justo.³¹

Para compreender o modo como esse autor caracteriza os bens sociais primários, julga-se necessário retomar o modo como ele descreve as partes contratantes da posição original. Essas são entendidas como pessoas racionais e razoáveis, livres e iguais, capazes de cooperar e de ter uma concepção de bem. Nesse sentido, os bens sociais primários são definidos, em apartada síntese, como coisas as quais o homem racional pode almejar. Nas palavras de Rawls:

Os bens primários, como já observei, são coisas que se supõe que um homem racional deseja, não importa o que mais ele deseje. Independentemente de quaisquer que sejam em detalhes os planos racionais

29. RAWLS, op. cit., p. 295.

30. Ibid.

31. Ibid.

de um indivíduo, supõe-se que há várias coisas das quais ele preferiria ter mais a ter menos. Tendo uma maior quantidade desses bens, os homens podem geralmente estar seguros de obter um maior sucesso na realização de suas intenções e na promoção de seus objetivos, quaisquer que sejam eles. Os bens sociais primários, para apresentá-los em categoria ampla, são direitos à liberdades e oportunidade, assim como renda e riqueza.³²

Interessante ressaltar que ele aponta para a realização da Justiça Social não pela via da recompensa à virtude ou ao mérito moral de cada indivíduo. E o faz argumentado que, primeiramente, alguns dispõem de dons naturais que os colocam em vantagem diante dos outros. Alguns são mais beneficiados pela loteria natural, sendo mais fortes, mais saudáveis, mais inteligentes.³³ Ademais, as virtudes ou os méritos de cada um são valorizados de forma diferente pela sociedade no decorrer do tempo. A exemplo, a sociedade espartana valorizava a força e a perfeição do corpo, descartando, logo ao nascer, as crianças com deficiências físicas. Já na sociedade ateniense, era preponderante a valorização do intelecto. Em uma sociedade machista, pode ser mais difícil para uma mulher alcançar sucesso e visibilidade. E assim por diante.

Tanto as aptidões pessoais quanto as qualidades valorizadas pela sociedade são moralmente arbitrarias, isto é, não se pode reivindicar tais créditos, por não dependerem empenho ou escolhas. Ou seja: Rawls busca demonstrar que a valorização de determinadas contingências e aptidões pela sociedade não é consequência de nossa vontade. Entretanto, mesmo os que não dispõem de tantos talentos valorizados socialmente, merecem a proteção do Estado, por fazerem parte da comunidade e do contrato.³⁴

Destarte, pode-se dizer que os mais abastados economicamente devem contribuir de forma mais detida para a redistribuição dos bens necessários à vida boa. Rawls³⁵ afirma que a partir do momento em que os princípios de justiça indicam os moldes da cooperação social, os cidadãos passam a ser

32. Ibid., p. 98.

33. Ibid.

34. Ibid.

35. Ibid.

merecedores dos benefícios alcançados por meio das regras acordadas. Assim, a justiça distributiva não pretende recompensar dotes ou mérito moral, como a visão aristotélica preconizava, mas, sim, atender às expectativas legítimas dos cidadãos, oriundas dessas regras prévias, estabelecidas socialmente. Mesmo que desse raciocínio possa advir uma onerosa tributação à renda de uma parcela mais favorecida, destinando o produto recolhido ao atendimento das necessidades de outras classes.

Tendo em vista não estarem sob discussão as aptidões pessoais que cada um logrou na loteria da vida, Rawls afirma que

Um sistema justo, portanto, determina aquilo a que os homens têm direito; satisfaz suas expectativas legítimas, que são fundadas nas instituições sociais. Mas aquilo a que elas têm direito não é proporcional nem depende do valor intrínseco das pessoas. Os princípios da justiça que regulam a estrutura básica e especificam os deveres e obrigações dos indivíduos não mencionam o mérito moral, e as partes distributivas não tendem a corresponder-lhe.³⁶

Infere-se que esse filósofo propõe um compromisso solidário dos atores sociais, aceitando que se tire proveito de circunstâncias naturais e sociais se, e somente se, de tal ato resultar o bem de todos. Nesse tocante, eis o que afirma acerca das instituições sociais:

Podemos rejeitar o argumento de que a ordenação das instituições é sempre defeituosa porque a distribuição de talentos naturais e as contingências sociais são injustas, e essa injustiça deve inevitavelmente transferir-se para as organizações humanas. Ocasionalmente, essa reflexão é apresentada como uma desculpa para se ignorar a injustiça [...]. A distribuição natural não justa nem injusta [...]. O que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esse fatos.³⁷

36. Ibid., p. 243.

37. Ibid., p. 109.

Na medida em que o sistema proporciona tais bens primários aos cidadãos, especialmente aos mais necessitados, ele é um sistema justo. O fato é que o Estado, autonomamente, já demonstrou não ser capaz de arcar com todas as necessidades individuais e sociais. Densifica-se, a partir de então, uma noção de Tributação como mecanismo voltado não apenas para o aparelhamento do Estado, mas como um meio de redistribuição dos bens que a sociedade necessita, permitindo também que cada cidadão implemente seu plano particular de vida.

Em sociedades como a nossa, em que os regimes democráticos vieram substituir regimes ditatoriais, um extenso rol de direitos fundamentais foi estabelecido, o que resultou em certa negligência aos deveres fundamentais. Pode-se afirmar que a sociedade tem reclamado cada vez mais do Estado o cumprimento das normas constitucionais garantidoras de direitos, olvidando-se, ao se omitir ou se evadir da tributação, das inevitáveis consequências sociais dessa atitude.

A sociedade vive à custa do Estado, enquanto o Estado exige recursos da própria sociedade para manter-se. Nessa perspectiva, o dever fundamental de pagar tributos é também instrumento de robustecimento da dignidade da pessoa humana, na medida em que requer de cada indivíduo a assunção de seus deveres, exigindo do Estado a contrapartida pertinente.

Contribuindo com esse raciocínio, Rawls indica que o Estado requer mecanismos de arrecadação de recursos para, posteriormente, redistribuí-los equanimemente na sociedade.³⁸ Ao discorrer sobre o assunto, ressalta que o sistema de tributação se insere no setor de distribuição do Estado, com o objetivo de angariar a receita necessária para que o governo possa fornecer os bens públicos e garantir que o princípio da diferença seja satisfeito. Isto é, a tributação, no seio das instituições sociais, vai propiciar a redistribuição de bens e o alcance da justiça social.

O Estado se tornou personagem essencial para o alcance dos principais objetivos constitucionais, tal qual a manutenção de organismos de garantia dos direitos de liberdade – a exemplo de forças policiais, órgãos judiciários, corpos legislativos, e de promoção de direitos sociais – como creches, escolas, hospitais, sistema previdenciário, dentre outros.³⁹

38. Ibid.

39. PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Ao empreender análise comparativa entre a teoria de justiça como equidade, formulada por Rawls, e as finalidades da tributação no Estado Social contemporâneo, a noção de justa distribuição de bens pode ser apontada como o objetivo comum. Para Rawls, a função correta do Poder Público é realizar a justiça distributiva, emprestando valor social prioritário às necessidades dos menos favorecidos. Assim, a tributação, como instrumento para a justiça social, deve ser regida por princípios de justiça que assegurem o alcance da almejada igualdade.⁴⁰

Ao tributar, o Estado materializaria interesses a ele confiados na posição original. Ao ser tributado, o cidadão-contribuinte tem acesso a bens da vida e ao exercício de liberdades. Ao arrecadar, o Estado deveria realocar os recursos, devolvendo-os na forma de benefícios a toda a coletividade.

A tributação vem-se erigindo no ordenamento jurídico como obrigação social, sendo meio para a obtenção dos recursos necessários à satisfação das necessidades individuais e coletivas, intrinsecamente ligada à noção de solidariedade e cidadania. O delicado encargo consiste em estabelecer limites à ação estatal, definindo as regras pelas quais os sujeitos envolvidos nas relações tributárias contribuirão efetivamente rumo a uma sociedade mais equânime.

Limites ao poder de tributar do Estado

A discussão acerca dos limites ao poder de tributar do Estado sintetiza a complexa relação entre tributação, direitos fundamentais e justiça social. E o faz por duas vias: de uma banda, pelo fato de a tributação ser instrumento de efetivação de justiça social, pela redistribuição de bens e riquezas; de outra, porque os limites impostos à tributação asseguram que um mínimo vital seja mantido incólume, de modo a que os indivíduos possam concretizar seus planos de vida pelo gozo de direitos constitucionais.

O poder de tributar do Estado deve ser entendido como poder-direito, juridicamente institucionalizado. Pelo consentimento popular, o Estado é autorizado a restringir direitos na esfera da liberdade e da propriedade individual, de modo a reunir aportes financeiros que subsidiem sua atuação na busca do interesse público.

40. RAWLS, op cit.

Na medida em que se encontrar revestido de constitucionalidade, o tributo será legítimo e, portanto, devido. O poder de tributar é, portanto, uma decorrência inevitável da soberania que o Estado exerce sobre as pessoas de seu território, ao qual corresponde, por parte dos indivíduos um dever de prestação.

O Código Tributário Nacional, no teor de seu Artigo 3º, apresenta a atual definição legal de tributo em nosso ordenamento jurídico: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”⁴¹

Ao afirmar que tributo é uma prestação “instituída em lei”, fica patente a estrita relação estabelecida pelo legislador entre a tributação e legalidade. Esse princípio assume importância singular na seara tributária, conferindo à noção de tributo o matiz constitucional em nosso ordenamento jurídico.

A despeito do inafastável dever de pagar tributos, com o qual os cidadãos deve arcar, existem contornos aos quais o Estado se submete no exercício de seu poder de tributar. Não fosse assim, o Fisco invadiria livre e despoticamente a esfera patrimonial do cidadão, sob a alegação de suprir necessidades individuais e coletivas. Nessa hipótese, ao invés de assegurar direitos, o Estado estaria infringindo com a prática de condutas maculadas pela eiva da inconstitucionalidade.

É esclarecedor o conceito de Machado ao afirmar que o Direito Tributário “[...] é o ramo do direito que se ocupa das relações entre o Fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias de qualquer espécie, *limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder.*”⁴²

Nesse cenário, ganha relevância a discussão acerca das limitações ao poder de tributar do Estado. Esses limites, impostos constitucionalmente, tem o escopo de assegurar que o poder de império do Estado não viole os ideais de igualdade e justiça, caracterizadores da tônica harmônica do ordenamento jurídico pátrio.

Cabe lembrar, a propósito, que o objeto principal da Justiça Social, no pensamento de Rawls, consiste na estrutura de base da sociedade e na atuação das instituições sociais. Estas distribuem os ônus e bônus advindos da cooperação da sociedade. Nesse tocante, afirma:

41. BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

42. MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 49-50 (grifo nosso).

Tomadas em conjunto como um único esquema, as instituições sociais mais importantes definem os direitos e deveres dos homens e influenciam seus projetos de vida, o que eles podem esperar vir a ser e o bem-estar econômico que podem almejar.⁴³

O Estado e suas instituições são responsáveis por assegurar a eficácia das prerrogativas constantes na Lei Maior. Nesse diapasão, as diretrizes que o Estado deverá seguir, no exercício de sua atividade tributante, arrecadadora e realocadora, mantém relação de continência com as previsões e objetivos constitucionais. Não sendo o poder de tributar absoluto, a Constituição Federal é responsável por definir o modo pelo qual o Estado exercerá esse poder, conforme os princípios constitucionais e tributários.

Na lição de Amaro “[...] as chamadas *limitações do poder de tributar* integram o conjunto de traços que demarcam o campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar (ou seja, do poder, que emana da Constituição, de os entes políticos criarem tributos)”⁴⁴

Baleeiro, por sua vez, ao empreender análise acerca da Lei Fundamental, afirma que o Sistema Tributário Nacional se “[...] movimenta sob a complexa aparelhagem de freios e amortecedores, que limitam os excessos acaso detrimetosos à economia e à preservação do regime e dos direitos individuais.”⁴⁵

A quintessência dessas limitações ao poder de tributar é equilibrar a relação entre contribuinte e Fisco, revelando a segurança jurídica que deve subjazer a essa relação. Tais limites, previstos constitucionalmente, são basicamente oriundos das imunidades tributárias e dos princípios, aos quais nos detemos adiante. Contudo, a Constituição Pátria contém, em todo o seu texto, normas inibidoras do poder de tributar do Estado, não estando esta matéria circunscrita à seção “Das limitações ao poder de tributar”. Daí dizer-se que os tais limites devem ser analisados de forma sistêmica, consoante o espírito da Constituição.

43. RAWLS, op cit., p. 8.

44. AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 107 (grifo do autor).

45. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**: à luz da Constituição de 1998 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. 11. ed. rev. e comp. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 2.

Princípios constitucionais: fundamentos rumo à equidade

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo um extenso rol de diretrizes, implícitas e explícitas, que visam assegurar o alcance dos seus objetivos fundamentais, norteados o sistema e servindo de critério para sua inteligência. Acerca dos princípios, Carrazza afirma que princípio jurídico é um enunciado lógico o qual, por seu cunho geral, ocupa posição de relevância no ordenamento, vinculando o entendimento e a aplicação das normas jurídicas.⁴⁶

No âmbito tributário, esses princípios são limites à invasão patrimonial a que tende o Estado no exercício de sua competência tributária, sendo considerados garantias individuais do contribuinte, com *status* de cláusula pétreas, conforme jurisprudência já firmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Face a sua função vinculadora e informadora, os princípios são pontos de apoio normativo para a aplicação do Direito. Na lição de Cunha, os princípios têm diversas funções, também pertinentes quando analisadas sob o prisma da tributação. Em sua função nomogenética, a abstração e a generalidade dos princípios geram normas, pelo fato de estas serem pormenorizações dos conteúdos principiológicos. É nesse compasso que as normas tributárias devem obediência a essas vigas mestras norteadoras do ordenamento pátrio.⁴⁷

Na função hermenêutica, os princípios guiam o exegeta no processo interpretativo, suprindo eventuais lacunas e fixando os limites constitucionais à interpretação da lei. Apresentando as normas a nódoa da inconstitucionalidade, também é função dos princípios inibir sua eficácia, exigindo do legislador postura fiel ao discurso principiológico (função inibidora). Nos casos em que a situação não for contemplada pela lei, os princípios, em sua função supletiva, suprir-lhe-ão a falta. Ademais, os princípios servem para regular o sistema e projetar o texto constitucional sobre a sociedade (funções reguladora e de projeção).

Rawls assente que os princípios de Justiça permeiem todo o Ordenamento e as instituições sociais, servindo de bússola à ação do Poder Público, e justificando seu proceder.⁴⁸ Corroborando com esse posicionamento, ao qual aderimos, Ataliba afirma:

46. CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

47. CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

48. RAWLS, op cit.

Princípios são as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo. Expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição [...].⁴⁹

O desrespeito a esses vetores consistirá em flagrante transgressão ao próprio sistema no qual estão inseridos. Não fosse assim, os ditames constitucionais estariam totalmente desprovidos de eficácia jurídica, fadados à condição de simples conselhos, apartados da categoria de norma jurídica. Conforme a irrepreensível lição de Mello:

A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, [...] porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁵⁰

Assim, também em âmbito tributário, a Constituição apresenta princípios específicos que tem por objetivo assegurar que o vetor axiológico da equidade seja respeitado nas relações entre Fisco e contribuinte.

Igualdade: princípio, objetivo e direito

A igualdade, também denominada isonomia, é considerada sobreprincípio do Estado Democrático, funcionando como eixo definidor de legitimidade do Direito, sendo objetivo a ser atingido com a justiça social. Assim considerada, a igualdade é mencionada na Constituição em vários artigos, demonstrando as inúmeras relações que podem ser estabelecidas entre

49. ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 34.

50. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 230.

isonomia e outros princípios constitucionais, aplicáveis aos mais diversos ramos da Ciência Jurídica.

Merece destaque sua indelével presença no Art. 5º, como princípio, direito e objetivo, quando o Texto Magno afirma que “[...] 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 [...]”.⁵¹

Tal previsão traz à baila um ponto densamente discutido pela doutrina, que é o da conceituação de igualdade formal e igualdade material.

Igualdade formal é geralmente ligada à noção de igualdade jurídica, correspondendo à primeira parte do Art. 5º (todos são iguais perante a lei). Tem por escopo a esfera normativa, que deve primar pelo tratamento uniforme e universalizante dos indivíduos diante da lei. Importante ressaltar que essa concepção de isonomia deve pairar sobre o ordenamento jurídico não apenas quando da aplicação da norma, mas também quando de sua edição. Daí dizer-se que os destinatários do princípio da igualdade são tanto o legislador quanto o aplicador do direito.

No expressar jurídico de Mello,

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.⁵²

Nesse sentido, a igualdade é vista como vetor axiológico das normas de nosso ordenamento, permeando também as normas de teor tributário.

A igualdade material, por seu turno, incide no âmbito da eficácia social. Intenta assegurar a todos os indivíduos tratamento uniforme perante os bens da vida, visando o estabelecimento de iguais condições de fato para que os cidadãos possam usufruir seus direitos fundamentais, resultando em

51. BRASIL. Constituição (1988). (Grifo do autor).

52. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 10.

igualdade efetiva para todos. Nessa acepção, o princípio da igualdade é instrumento jurídico de promoção de justiça social.

Por contraditório que pareça, o preenchimento desse fosso abissal entre os aspectos formal e material da igualdade requer, muitas vezes, o emprego de tratamento desigual aos indivíduos. Outrossim, não se poderá designar por justo um sistema que dispense idêntico tratamento a todos, posto que, fazê-lo indistintamente, desconsiderando as particularidades dos indivíduos, contribuiria para a perpetuação das diferenças, distanciando esse sistema da almejada igualdade.

Nessa medida, vem à baila o desafio de um tratamento isonômico e ao mesmo tempo diferenciador. A igualdade relativa, concebida por Aristóteles, expressa na ideia de aquinhoar os iguais igualmente e os desiguais desigualmente, conforme suas desigualdades, não será suficiente para nortear a criação e aplicação das normas. O dilema está em identificar, por critérios legítimos, os iguais e os desiguais, fazendo-o sem agredir os objetivos intrínsecos ao princípio da isonomia.

Ao se debruçar sobre o assunto, Mello assevera que as discriminações são admissíveis quando se verifique uma relação lógica entre o fator de discriminação e a diferenciação procedida. O princípio da igualdade responde pela noção de proibição do arbítrio, constituindo-se em critério negativo e limitador da competência do legislador, com base no qual são censurados casos de flagrante desigualdade.⁵³

Na visão de Mello, quatro requisitos precisam ser preenchidos para que a discriminação legal não incorra em violação da isonomia:

- 1) que a discriminação não atinja de modo atual e definitivo um só destinatário determinado; 2) que o fator de desigualação não envolva elementos externos aos fatos, situações ou pessoas por tal modo desequiparadas; 3) que haja nexos lógico entre o fator de desigualação e a discriminação legal estabelecida em razão dele; 4) que o nexos lógico seja estabelecido consoante os interesses constitucionais, visando ao bem público.⁵⁴

53. Ibid.

54. Id. Ibid., p. 41.

Pelo exposto, quando as normas jurídicas dispensarem tratamento diferenciado aos indivíduos com fulcro em justificada relação lógica, essa discriminação será legítima, por se mostrar razoavelmente pertinente aos interesses acolhidos pelo texto constitucional.

Nesse contexto, o princípio da igualdade é um preceito maior, aplicável a qualquer ramo do direito, já que decorrente de direito individual fundamental. Pode-se afirmar que, no Direito Tributário, materializa-se pelos subprincípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva, pelos quais empreende conferir equidade às relações tributárias.

O princípio da isonomia tributária, ou igualdade tributária, está expresso no Art. 150, II, CF/88, indicando ser vedada a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

Contudo, a leitura do referido artigo 5º, portador do princípio da isonomia genérica, poderia render dúvidas quanto à real necessidade de observância do Art. 150, II. Se todos são iguais perante a lei, o que motivou o legislador constituinte a reproduzir a mesma orientação na seção Das Limitações ao Poder de Tributar?

Ávila, em seus apontamentos, delimita bem a dimensão normativa do princípio da igualdade em matéria tributária como limite ao poder de tributar:

Quanto ao nível em que se situa, caracteriza-se, na feição de princípio e de regra, como uma limitação de primeiro grau, porquanto se encontra no âmbito das normas que serão objeto de aplicação e, na função de postulado, como limitação de segundo grau, já que orienta o aplicador na relação que deve investigar relativamente aos sujeitos, ao critério e à finalidade da diferenciação; quanto ao objeto, qualifica-se como uma limitação positiva de ação e também negativa, na medida em que exige uma atuação do Poder Público para igualar as pessoas (igualdade de chances, ações afirmativas), bem como proíbe a utilização de critérios irrazoáveis de diferenciação ou o tratamento desigual para situações iguais; quanto à forma, revela-se como uma limitação expressa, material e formal, na medida em que, sobre ser expressamente prevista na Constituição Federal (art. 5º e art.

150, II), estabelece tanto o conteúdo quanto a forma da tributação.⁵⁵

Nesse leque jurídico, pode-se afirmar que o meio mais concreto de a isonomia tributária alcançar, ou pelo menos tangenciar, o ideal de equidade seja pelo princípio da capacidade contributiva. Afinal, a tributação justa envolve bem mais que a simples arrecadação de recursos. Requer, conforme preconiza Rawls, “[...] arrecadar a receita exigida pela justiça.”⁵⁶

Conclusão

O escopo deste trabalho foi verificar a existência de influências da teoria da *Justiça como equidade*, de autoria de John Rawls, no Direito Tributário brasileiro. Tal desiderato se cumpriu a partir do confronto entre conceitos apresentados nessa teoria e a abordagem constitucional conferida ao Direito Tributário pátrio. As influências são, de fato, verificáveis, na medida em que, tanto na teoria de justiça analisada, quanto em nosso Ordenamento, a atuação negativa ou positiva do Estado deverá ser pautada no compromisso constitucional pela construção de uma sociedade mais igualitária.

Primeiramente, tratou-se de apresentar conceitos relevantes à teoria da *justiça como equidade*, dentre os quais os princípios de justiça, reconhecidos como recurso essencial a nortear as instituições sociais rumo à justa distribuição de bens e à almejada Justiça Social. Restou demonstrado o prestígio conferido aos tais princípios, tanto em nosso Ordenamento quanto na teoria de John Rawls, pensados como diretrizes basilares para a tessitura das relações entre os indivíduos e entre os indivíduos e o Estado.

Em seguida, analisou-se a tributação no Estado brasileiro sob a perspectiva do objetivo fundamental republicano de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, compromisso este selado pela garantia de direitos fundamentais no próprio texto constitucional. Identificou-se a tributação como resultante do dever de solidariedade e cooperação inerente à vida em sociedade, bem como meio para a atuação positiva do Estado, pela prestação de serviços

55. ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 349.

56. RAWLS, op. cit., p. 307.

e pela redistribuição de renda, bens e riquezas. Neste ponto, mais uma vez as contribuições de Rawls se mostraram pertinentes ao caráter e à função da tributação.

Dando seguimento à pesquisa, tratou-se dos limites ao poder de tributar do Estado, decorrentes do cariz constitucional conferido ao Direito Tributário em nosso Ordenamento. Tais limites demonstram o cuidado do texto magno em assegurar que o Estado não apenas arrecade, mas o faça de modo a respeitar a igualdade como princípio constitucional informador do direito tributário. Novamente, fica patente a função do Estado na redistribuição de riqueza e a necessidade de observância da igualdade como supraprincípio, objetivo republicano e direito do cidadão. Verifica-se o princípio da capacidade contributiva como materialização da igualdade no direito tributário brasileiro, abrindo caminhos e perspectivas para novos trabalhos e aprofundamentos acerca da matéria.

Concluída a proposta deste artigo, confirma-se que essa proteção tem por bússola o primado da Igualdade e da Justiça, em harmonia com o ideário apresentado na teoria da *justiça como equidade*. Outrossim, conclui-se que a exegese da norma tributária deve ocorrer em harmonia com os princípios e objetivos constitucionais. Neste esqueleto, o exercício do poder de tributar do Estado deve observar as previsões da lei fundamental, conferindo ao direito tributário feição instrumental para o alcance de uma sociedade menos desigual.

Referências

- AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 20. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**: à luz da Constituição de 1998 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. 7. ed. rev. e comp. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2015.
- BRASIL. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2015.
- BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 02 jun. 2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Reimpressão da 7. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- CASTILHO, Ricardo. **Justiça social e distributiva**: desafios para concretizar direitos sociais. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- GODOI, Marciano Seabra de. **Princípio da solidariedade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005.
- KELLY, John. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. São Paulo: VMF Martins Fontes, 2010.
- KYMLICKA, Will. **Filosofia política contemporânea**: uma introdução. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Rev. Dir. Públ.** Economia, v. 5, n. 20, out. 2007.
- PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ROSAS, João Cardoso. **Manual de filosofia política**. Coimbra: Almedina, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de direito financeiro e tributário**. 19. ed. São Paulo: Renovar, 2013.
- TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. 3.
- YAMASHITA, Douglas. Solidariedade e tributação. *In*: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. **Princípio da solidariedade em direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2005. p. 53-59.

8

Universalidade do direito à saúde e suas contradições no Estado democrático

Fernanda Dayane dos Santos Queiroz¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p201-221

-
1. Mestra em Direito na linha de pesquisa Política e Instituições do Sistema de Justiça pelo Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Bolsista FAPEMA. E-mail: fernandadayane.queiroz@gmail.com.
 2. Professor associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

As Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988, pouco tratavam acerca do direito à saúde, sendo que as referências feitas consistiam na remissão às competências legislativas e administrativas.

A primeira vez que o termo direito à saúde surgiu em uma Constituição brasileira foi em 1934, quando no inciso II, do artigo 10, a trouxe como competência concorrente da União e dos Estados. Na Constituição autoritária de 1937 não houve nenhuma referência. Em 1946, inclui-se a competência da União para legislar sobre normas de proteção à saúde, o que permanece na Constituição de 1967.

Em 1988 foi promulgada a primeira constituição responsável por dar importância à saúde, tratando-a como direito social fundamental que deve estar ao alcance de todos e é dever do Estado.

Nas palavras de Marques; Mendes (2007, p. 36):

A adoção do direito à universalidade das ações e serviços de saúde deve ser pensada a partir da construção do Estado Democrático de Direito. Isso porque a universalidade constitui um princípio desse Estado, que garante a cobertura dos riscos sociais de sua população.

Ribeiro et al. (2010, p. 464.465) acerca do direito à saúde nas Constituições brasileiras, sintetizam da seguinte forma:

As Constituições Brasileiras, como se pode constatar, não conferiram aos brasileiros um Direito à Saúde, tendo focada a sua preocupação em tratar da competência da Administração Pública para traçar parâmetro para os cuidados com a saúde. A exceção quanto à garantia do Direito à Saúde foi a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, além de expressamente consagrar o Direito à Saúde, remodelou e reestruturou uma política pública de saúde, antes fundada nos moldes da retribuição contributiva do sistema formado pelo INAMPS, para se alicerçar nos princípios: da descentralização; do acesso universalizado à saúde como direito de cidadania; e na gestão participativa que rege o então Sistema Único de Saúde.

Sobre a conceituação do termo saúde, pode-se afirmar que até a década de 1940 no Brasil, antes de iniciada a Reforma Sanitária, de promulgada a Constituição atual, antes também da caracterização do Estado brasileiro como um Estado Social, a saúde era considerada como a ausência de doença, sendo problema de ordem individual.

Posteriormente, em 1946, a saúde tem a sua definição firmada pela Organização Mundial da Saúde – OMS, representando o estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença ou incapacidade.

Assim, a Lei nº 8080/90 – Lei Orgânica da Saúde (LOS) corrobora com o entendimento da OMS que considera saúde um estado de bem-estar, o que pode ser depreendido da leitura do artigo 3º:

Art. 3º. Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais.

Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

Porém, o conceito da OMS é considerado como inalcançável. Para Segre (1997, p. 539):

O conceito da OMS passou a ser considerado “irreal, ultrapassado e unilateral”. Irreal, pois a perfeição é uma utopia; ultrapassado, por fazer a distinção entre físico, mental e social, já afastada pela moderna ciência médica; e unilateral, na medida em que elimina toda a subjetividade que impregna a noção de bem-estar.

Nesse sentido, Segre (1997, p. 542) conceitua a saúde como: “um estado de razoável harmonia entre o sujeito e sua própria realidade”.

Este artigo busca analisar os fatores que moldaram o processo de universalização da saúde pública no Brasil, apontando as contradições encontradas que perpassam pela forma e modelo de estado vivenciados.

Busca-se compreender as condições em que surgiu as ações e serviço de saúde no Brasil, com destaque para o momento político de seu surgimento. Por último, pretende-se analisar a atual conjuntura político-econômica do estado brasileiro - que vive uma delicada crise, tanto política quanto econômica - e estabelecer a relação com as deficiências de prestação do serviço público da saúde.

Para tanto, a metodologia adotada consiste em pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, com a utilização de normativa vigente e ampla doutrina que trata acerca da temática levantada.

A saúde como direito fundamental

A Constituição Federal, promulgada em 1988, introduziu avanços com o fulcro de corrigir as históricas injustiças sociais acumuladas secularmente, que para Bravo (2001, p. 10) consistia em universalizar direitos tendo em vista a longa tradição de privatizar a coisa pública pelas classes dominantes.

O artigo 196 da Constituição de 1988 trata a saúde como “direito de todos e dever do Estado”. Destrinchando o conceito, ter direito à saúde significa ter acesso universal e igualitário às ações e serviços públicos para sua promoção, proteção e recuperação. Desse modo, diz-se que é dever do Estado, na medida em que cabe a ele garantir o direito à saúde mediante políticas sociais e econômicas, objetivando a redução do risco de doenças e de outros agravos.

Wagner Balera (1992) preleciona: “a saúde consiste em um direito subjetivo público que não pode ser negado a nenhuma pessoa sob pretexto algum”.

A Constituição Federal buscou possibilitar maior concretização do direito à saúde a nível normativo-constitucional, muito embora essas normas sejam de caráter programático. As normas elencadas nela referem-se, por exemplo, à tarefa de criar os serviços de saúde ao Poder Público (art. 197), de organizar o Sistema Único de Saúde de acordo com diretrizes como a descentralização, o atendimento integral com prioridade para as atividades preventivas e a participação da comunidade (art. 198), oportunizando a participação, em nível complementar, da iniciativa privada na prestação da assistência à saúde (art. 199), entre outras.

De acordo com José Afonso da Silva (2001), direito à saúde se rege pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços respectivos. As ações e serviços são de relevância pública, por isso ficam sujeitos à regulamentação, à fiscalização e ao controle do Poder Público.

Acerca do princípio da universalização, estabelecido na Lei Orgânica da Saúde n. 8.080 de 1990, Dias (2015, p. 582) preleciona:

O primeiro dos princípios é a universalização do direito à saúde, estando esta como uma garantia de que todos os cidadãos, sem privilégios ou barreiras, devem ter acesso aos serviços de saúde públicos e privados conveniados, em todos os níveis do sistema, garantido por uma rede de serviços hierarquizada e com tecnologia apropriada para cada nível. Surge, pois a premissa que deve orientar o Sistema Único de Saúde, qual seja, todo cidadão é igual perante o SUS e será atendido conforme suas necessidades, até o limite que o Sistema pode oferecer para todos.

A saúde além de denominada como direito social é também caracterizada como um direito fundamental, pois está intimamente vinculada ao direito à vida e integra o conceito de “dignidade da pessoa humana”.

Desta forma, assim como os demais direitos e garantias fundamentais, este é de aplicação imediata, conforme o § 1º do artigo 5º da Constituição de 1988, e, por sua vez, o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal de 1988, proíbe emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, não havendo, como visto, dificuldade maior para sustentar o direito à saúde como um direito fundamental, de aplicação imediata, cláusula pétrea, além de ser expressamente reconhecido como direito social.

Barroso (1996), por outro lado, diz que a saúde representa “mandados de otimização que devem ser densificados”, ou seja, o seu cumprimento poderia ser negado temporariamente em virtude de impossibilidade material comprovável. Mas isso não retira o seu caráter de direito difuso.³

Portanto, o trabalho profissional na saúde para o atendimento dos segmentos mais pobres da população tem sido fortalecido pois, com a pressão para redução de recursos destinados à saúde, a perspectiva universalista está cada dia mais longe de ser atingida. Soares (2004) considera a ocorrência da proposição de políticas focalizadas, denominadas anti-política social, na medida em que permite a “inclusão” não por direito de cidadania, mas por grau

3. São denominados difusos os direitos que têm como características a indeterminabilidade de seus titulares e indivisibilidade de seu objeto.

de pobreza, não garantindo a base de igualdade necessária a uma verdadeira política social.

A universalização da saúde no Brasil

Ao longo do texto, para abordar o tema universalização do direito à saúde no Brasil, primeiro busca-se realizar um breve resgate histórico, com enfoque no tratamento dispendido ao tema nos dias atuais e, na sequência, realiza-se um estudo comparado com outros países, com características universalizantes do direito ou não.

Resgate histórico da universalização da saúde no Brasil

O princípio de universalidade caracteriza a saúde como um direito de cidadania, ao ser definido pela Constituição Federal como um direito de todos e um dever do Estado. Neste sentido, a universalidade abrange a cobertura, o acesso e o atendimento nos serviços do Sistema Único de Saúde que deve ser prestado pelo Estado a toda população brasileira. Com a instituição do princípio da universalidade, todas as pessoas passaram a ter direito ao acesso às ações e serviços de saúde, antes restritos aos indivíduos segurados à previdência social ou àqueles que eram atendidos na rede privada, ou seja, as pessoas de classe social menos favorecidas, via de regra, não tinham acesso.

Batista (2015, p. 246) trata a tese universalista como a que se baseia no entendimento segundo o qual, sendo os direitos “humanos”, têm por sujeito toda a humanidade e, conseqüentemente, incidem sobre ela no que possui de comum, tendo por fundamento uma razão natural inescapável. Considera-se que se um direito fundamental é universal, incidindo sobre toda a humanidade de forma equânime, não é possível subtrair-se dele pela mera manifestação da vontade

Bravo (2009) retrata que as primeiras intervenções efetivas, por parte do Estado, na área da saúde, só ocorreram por volta da década de 1930. Nessa época, as políticas públicas começaram a ser direcionadas, especialmente, à classe trabalhadora assalariada no intuito de se manter a qualidade laboral.

No período de 1948-1968, o Brasil passava por um momento político conturbado, saindo do regime autoritário, ingressando no regime democrático e rompendo com esse sistema em 1964, por novo regime autoritário. Havia, em 1948, quatro tipos de estabelecimentos: as Santas Casas de Misericórdia,

Hospitais Universitários que atendiam, em especial, os indigentes; os Institutos de Previdência e Assistência Social, que atendiam trabalhadores urbanos com empregos formais; e hospitais particulares que atendiam pessoas que destinavam recursos próprios (JATENE, 2010).

Em meados dos anos 70, o cenário da saúde pública brasileira passou por significativas transformações devido ao movimento da Reforma Sanitária, como a luta coletiva dos profissionais da saúde em defesa do direito universal e igualitário à saúde, garantido e assegurado pelo Estado.

Como Campos (2006) definiu, a Reforma Sanitária foi “um movimento que produziu uma interpretação dos problemas sanitários e gerou propostas para superá-los” além de ter sido capaz de produzir um projeto político voltado para a saúde ultrapassando os interesses corporativos.

Segundo Bravo e Pereira (2001) o Projeto de Reforma Sanitária se preocupou essencialmente em buscar a melhoria dos serviços através da adoção de um novo modelo de saúde que se pautasse na democratização do acesso, na descentralização das ações, na participação popular através do controle social e, sobretudo, no direito universal e igualitário à saúde, garantido e assegurado pelo Estado.

Ao final do século XX, o mundo passava por um intenso processo de crítica e fragilização das políticas públicas. Com isso, podemos dizer que a Reforma Sanitária brasileira, ao mesmo tempo que demonstrava amadurecimento e ganhava visibilidade na sociedade brasileira, a ponto de influenciar os ditames promulgados na Constituição Federal de 1988, também sofria com as modificações político-econômicas⁴.

Contudo, a instabilidade gerada pelo financiamento da seguridade social, e a dificuldade de implementação de políticas públicas destinadas à saúde, motivou o surgimento de um movimento político para elaboração e aprovação de uma Emenda Constitucional que vinculasse parcela dos recursos orçamentários de cada ente da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) para o financiamento das despesas com ações e serviços públicos de saúde (RIBEIRO, 2010). Assim, surgiu a Emenda Constitucional nº

4. Os anos 1980, na América Latina, ficaram conhecidos como “a década perdida”, no âmbito da economia. Das taxas de crescimento do PIB à aceleração da inflação, passando pela produção industrial, poder de compra dos salários, nível de emprego, balanço de pagamentos e inúmeros outros indicadores, o resultado do período é medíocre. No Brasil, a desaceleração representou uma queda vertiginosa nas médias históricas de crescimento dos cinquenta anos anteriores (MARANGONI, 2012).

29/2000, de forma que o art. 34, VII da CF/88 passou a vigorar com a seguinte redação “A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto: e) para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde” (BRASIL, 1988). A EC 29/2000 incluiu os §§ 2º e 3º ao art. 198 da CF/88, que dispõem que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão em ações e serviços de saúde recursos mínimos. No caso da União será um percentual mínimo de 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, por exemplo. Previu-se ainda que lei complementar iria estabelecer os percentuais, os critérios de rateio dos recursos da União e dos Estados, bem como as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal. A lei complementar prevista para regulamentar o acima disposto é a LC nº 141/2012.⁵ Portanto, inegavelmente, o Brasil evoluiu significativamente no que se refere ao Direito à Saúde, tendo em vista que antes da Constituição não era dever constitucional do Estado e hoje deve fazer parte das políticas públicas do governo, inclusive com orçamento mínimo a ser destinado para políticas públicas relativas à saúde.

Nas palavras de Ribeiro (2010):

Infelizmente, apesar de ter um aparato legislativo muito grande para fins de implementação das políticas públicas de ações e serviços na área da saúde, existe uma grande dificuldade prática de atender toda a demanda existente com os recursos orçamentários disponibilizados pelo governo.

A luta pela expansão e consolidação da política de saúde no Brasil ainda persiste, porém o cenário e os atores mudaram. Segundo Campos (2006), no início dos anos 2000, se intensificaram os movimentos corporativos e houve um enfraquecimento da “racionalidade técnica sanitária na gestão do SUS”. Hoje, identifica-se categorias de profissionais da saúde lutando por seus próprios interesses distanciadas do sentimento de unidade que antes buscou, sobretudo, as conquistas coletivas. Além disso, o momento político e econômico da conjuntura atual representa um forte obstáculo.

5. Dispõe sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelece os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas 3 (três) esferas de governo.

Dessa forma, passam a existir conflitos entre projetos de saúde distintos. De um lado, o Privatista defendido por esse “novo padrão político-econômico” e do outro o projeto oriundo da Reforma Sanitária. O primeiro se difere do segundo pelo fato daquele estar ligado ao mercado. Apresenta como características, segundo Bravo; Pereira (2001): a contenção dos gastos com racionalização da oferta, a descentralização com isenção de responsabilidade do poder central e a focalização, além das concepções individualistas e fragmentado da realidade.

O padrão de saúde privatista se choca com o caráter universalizante trazido pela Reforma Sanitária e preconizado pela Constituição de 1988.

Assim, vê-se que a concepção do direito à saúde como universal, expressa uma recusa da abordagem da saúde como mercadoria. Segundo Japiassu e Marcondes (1996, p. 265): “Universal é aquilo que se aplica à totalidade, que exprime a ideia de extensão completa de um conjunto. Universalização é o efeito de universalizar, referindo-se à generalidade ou à qualidade do que é universal”.

No que se refere aos direitos sociais, considera-se, na opinião de Bravo; et.al. (2001) que a compreensão da universalidade pode ser incorporada de forma diferenciada, a partir de duas perspectivas: a social democrática, que concebe o direito social inerente a todos; e a neoliberal, que compreende que o acesso deve ser viabilizado através do mercado.

A primeira foi impressa pela reforma sanitária, afirmando o acesso à saúde como direito de todos, defendendo o seu caráter público, e a garantia de financiamento por meio da aplicação dos recursos públicos gerados por contribuições sociais, impostos, taxas e outras fontes de arrecadação estatal.

A segunda é aquela que foi imposta da década de 1990 até o início dos anos 2000 pelos organismos financeiros internacionais. Consiste em visualizar a universalização de forma restrita, considerar que cobertura da saúde pelo sistema público não comporta a totalidade da população, pois onera, sobrecarrega financeiramente o Estado. Portanto, este deve se responsabilizar pelos mais pobres, e os demais devem ter o acesso proporcionado pelo mercado. Neste sentido, o Estado só deve intervir residualmente, de forma focalizada, dualizando o acesso: o público para os que não podem pagar e o privado para os que têm condições de comprar.

Em meio a essas duas perspectivas, existe o SUS, definido pela lei n. 8080/90 como o conjunto de ações e serviços públicos de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”.

o qual tem como um dos seus princípios norteadores de funcionamento a universalidade de acesso em todos os níveis de assistência. Para Noronha et al (2014, p. 367):

O acesso universal é a expressão de que todos têm o mesmo direito de obter as ações e serviços de que necessitam, independentemente de complexidade, custo e natureza dos serviços envolvidos. (...) As despesas com os riscos de adoecimento e o financiamento passam a ser repartidos de forma solidária entre grupos de diferentes classes de renda, sendo de responsabilidade de toda a sociedade.

Na contramão do pensamento de Noronha et al., exposto acima, pensa Ocké-Reis (2009), que o SUS foi inspirado em experiências universalistas do Estado de bem-estar europeu e se constituiu em um legado de crenças democráticas e socialistas que fizeram parte do processo de redemocratização do país, na década de 1980. Entretanto, não se transformou em um modelo redistributivo, público, universal e integral em sua totalidade. Para esse autor (2009), o SUS não alcançou a cobertura universal por três razões:

- a) trata-se de sistema público paralelo ao privado, que concede espaços para uma dupla cobertura, segmentando o acesso;
- b) da parte do Estado não houve uma ação que efetivasse a democratização das instituições que regulamentam a profissão médica e os seus prestadores de serviços;
- c) não se adotou uma postura publicista em relação ao setor privado.

A universalização confrontou-se com um avanço do sistema privado e houve uma expansão com a inclusão de milhões de pobres e indigentes e uma 'exclusão por cima', que segmentou os trabalhadores que renunciaram a assistência médica do SUS, em busca do atendimento diferenciado nos planos de saúde. A privatização e o crescimento "endógeno" do mercado de planos de saúde interdito o projeto estratégico do SUS, o projeto da reforma sanitária (OCKÉ-REIS, 2009, p. 9).

Para Santos (2012, p. 277), como consequências dos obstáculos existentes para proceder com a universalização do acesso, podemos citar:

- a) A dificuldade das unidades básicas de saúde e equipes de saúde da família de desenvolver o atendimento na atenção básica;
- b) A gestão descentralizada nas unidades de saúde não é autossuficiente, pois existe um grande dilema entre evitar a omissão de socorro e a limitação de recursos, com os serviços congestionados;
- c) Precarização da implementação do SUS, que inclui uma população antes excluída, que, no entanto, diminuiu a qualidade do atendimento das necessidades e direitos da população, devido à escassez de equipes e recursos.

Entre os dilemas enfrentados pelo SUS se encontra a contradição de: “instituir-se como um sistema público de saúde para todos ou ser caracterizado como um sistema destinado apenas à população mais pobre” (MENDES, 2005, p. 35).

Prestação de serviço de saúde em perspectiva comparada

Acerca de modelos de sistemas de saúde, Mendes (2005) enfatiza dois: o primeiro, estabelecido nas sociedades democráticas que se baseia em princípios de solidariedade social, como o Canadá, Reino Unido, Itália e Suécia; o segundo, fundado em princípios do individualismo e do mercado, hegemonicamente privado, como é o caso dos Estados Unidos. Na situação do Brasil, o que ocorre é que: enquanto “o SUS constitucional propõe um sistema público universal para todos os brasileiros, expresso na saúde como direito de todos e dever do Estado, o SUS real vai se consolidando como um espaço destinado aos que não têm acesso aos subsistemas privados, como parte de um sistema segmentado” (MENDES, 2005, p. 35).

Logo, para Ingo Sarlet (2001, p. 19), o grande desafio é concretizar o direito à saúde a todos os cidadãos:

De modo especial no que diz com os direitos fundamentais sociais, e contrariamente ao que propugna ainda boa parte da doutrina, tais normas de direitos fundamentais não podem mais ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados a proclamações de boas intenções e veiculando 585 projetos que poderão, ou não, ser objeto de concretização, dependendo única e exclusivamente da boa vontade do poder público.

Dominguez (2010), expondo o resultado de pesquisa realizada pela revista *Radis*, vinculada a Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), apresenta dados de alguns países que adotam o sistema universal de saúde como: Canadá, Espanha e Reino Unido. Afirmar que no Canadá, a cobertura universal iniciou-se no final dos anos 1940, mas não de maneira uniforme, sendo um processo que foi se ampliando até 1972, quando todas as províncias e territórios conseguiram atingir a cobertura universal. No fim da década de 70, pode ser visualizado mecanismos de cobrança nos serviços aos usuários. O Sistema Nacional de Saúde desse país foi revisto e em 1984, com a lei *Canada Health Act* foram redefinidos os princípios básicos da saúde: a equidade, a solidariedade, a universalidade e a acessibilidade. Nesse sistema, segundo a SIMERS, ninguém paga pelos serviços de saúde, todos têm acesso aos mesmos médicos, tratamentos, mas os serviços são oferecidos em hospitais e clínicas que não são do governo, assim como os médicos não são servidores públicos. Mas ainda há serviços que não foram universalizados como: acesso a medicamentos, serviços odontológicos, oftalmológicos e cuidados a domicílio, garantidos apenas para as crianças e os idosos dos planos de saúde privados.

Na Espanha, o Sistema Nacional de Saúde, definido na Constituição Federal de 1978, garantiu a saúde para todos de forma universal e gratuita, com financiamento público, estando organizado em dois níveis: a atenção primária, com centros de saúde formados por equipes multiprofissionais; e a atenção especializada, prestada em centros de especialidades e hospitais.

No Reino Unido, Tanaka; Oliveira (2007) relatam que o *National Health Service (NHS)*⁶ foi criado em 1948, utilizando como fundamento os princípios da universalidade, integralidade e gratuidade. Está organizado em dois níveis: atenção primária e secundária. Na década de 1970, buscou-se a implantação do Estado de bem-estar social, ao mesmo tempo em que NHS foi ameaçado de redução em função dos seus custos, mas resistiu até a década de 1990. A partir de 1991 sofreu algumas modificações, mas garantiu o caráter público e universal.

Já em outros países, como a França, conforme relata Andrade (2010), o sistema funciona por meio de um seguro público de saúde compulsório,⁷ em

6. Equivalente ao Sistema Único de Saúde, SUS.

7. O seguro público de saúde compulsório recebe a colaboração mensal dos trabalhadores, que pagam uma taxa mensal ao Sistema de Saúde, por outro lado, os vulneráveis são isentos de realizar qualquer contribuição.

que grande parte dos tratamentos realizados pelos franceses é totalmente gratuito ou reembolsado em 100%. Há liberdade na escolha de profissionais e estabelecimentos: hospital público, privado, geral ou universitário. Além disso, não há listas de espera para intervenções cirúrgicas. Porém, alguns exames e consultas não são gratuitos.

Os problemas de financiamento e gestão, em face da crise econômico-social na França, vêm exigindo o enfrentamento de importantes questões: o estabelecimento de um novo acordo com a profissão médica, especificar os direitos e deveres de pacientes e médicos (as), o papel de clínicos gerais e especialistas indicando quem ficará realmente encarregado do controle das práticas clínicas, o seguro-saúde e a divisão de competências entre o Estado e as caixas seguradoras, no que se refere à existência de regimes diversificados, à reforma dos hospitais públicos com a tentativa de torná-los eficientes, flexíveis e inovadores (LUCENA, 2010, p. 88-89).

Um outro exemplo de Sistema de Saúde é o adotado na Suécia, conforme preleciona o SIMERS, o financiamento do sistema de saúde sueco se dá, basicamente, por impostos e contribuição de pequenas parcelas pelos cidadãos. Ressalta-se que nesse sistema, as grávidas, idosos e os menores de 18 anos podem usar os serviços gratuitamente. Uma terceira característica é a rapidez para marcação de consultas e procedimentos.

O sistema de saúde dos EUA, segundo Giovanella et al. (2012) é centrado nos seguros privados de saúde. Há dois programas públicos criados para grupos específicos. Consistem no Medicaid e no Medicare. O primeiro, segundo Giovanella et al. (2012), proporciona provisão de serviços de assistência médica para indivíduos e famílias pobres. Consiste em um programa federal, mas cada estado é responsável por sua própria administração. Quanto ao financiamento, este é federal (50% a 83%, média esta que pode variar de acordo com a renda per capita de cada estado) e estadual. O segundo, o Medicare, consiste em um seguro social federal e possibilita a assistência médica e hospitalar para os idosos (65 anos ou mais) e certos cidadãos deficientes (idosos ou de qualquer idade com doença renal crônica em estágio final). Para ter direito ao Medicare, o cidadão deve ter contribuído no mínimo dez anos.

Vê-se que a maioria dos sistemas de saúde dos países europeus está alicerçada em uma organização mista de público e privado, alguns com uma

inserção maior do público, outros com uma forte influência do privado. Entretanto, as constantes crises políticas, econômicas e das instituições, que se estendem desde a década de 1970, vem se aprofundando nas últimas décadas, afetando os países europeus, particularmente Espanha, Portugal, França, Grécia, chegando também aos países da América Latina, como o Brasil, e ameaçando os sistemas universais, o que tem gerado grandes movimentos dos trabalhadores em defesa dos seus direitos, principalmente no que se refere à saúde.

Inevitavelmente, quem paga a conta das crises capitalistas, historicamente, são os trabalhadores e a população carente que necessita ser assistida, pois o ônus recai sobre os direitos sociais, com a realização de corte de gastos públicos e redução salarial.

Sustenta Ingo Sarlet (2001, p. 12):

Talvez a primeira dificuldade que se revela aos que enfrentam o problema seja o fato de que a nossa Constituição não define em que consiste o objeto do direito à saúde, limitando-se, no que diz com este ponto, a uma referência genérica. Em suma, o direito constitucional positivo não se infere, ao menos não expressamente, se o direito à saúde como direito a prestações abrange todo e qualquer tipo de prestação relacionada à saúde humana (desde atendimento médico até fornecimento de óculos, aparelhos dentários, etc.), ou se este direito à saúde encontra-se limitado às prestações básicas e vitais em termos de saúde, isto em que pese os termos do que dispõe os artigos 196 a 200 da nossa Constituição.

Assim, deve ser repensado o modo pelo qual os serviços públicos em saúde devem ser prestados pelo Estado, tendo por base o custo do direito social à saúde.

Contradições da universalização do direito à saúde como direito de todos

Os princípios que regem o sistema de saúde brasileiro, ou seja, a universalidade, a integralidade e a equidade, bem como as diretrizes que operacionalizam

o referido sistema – descentralização, hierarquização e participação comunitária⁸ –, não têm sido suficientes para garantir a universalização da saúde em virtude de seu caráter dual, no qual grande parte dos recursos públicos é direcionada aos serviços privados.

O sistema privado no Brasil não é independente do SUS, mas essa condição depende muito da organização e gestão da política no país e de cada estado e município.

Nesse sentido, SANTOS (2009) assim aduz:

Os seguros privados de saúde – conhecidos por setor suplementar e aqui chamado de segmento suplementar – fornecem serviços de saúde produzidos por hospitais, clínicas e laboratórios privados que são ou contratados, ou credenciados, ou ressarcidos por operadoras privadas de seguros que a eles orientam sua clientela. A maior parte dos prestadores privados dessas operadoras são os mesmos que vendem serviços ao poder público (SUS) e nesta superposição de demandas aos mesmos prestadores privados reside uma segunda forma de imbricamento público-privado no campo da prestação dos serviços.

O funcionamento dos serviços de saúde pública, depende da adequada gestão e organização, tanto da estrutura quanto das prestações de serviço. Sobre o tema, preleciona Habermas (1999) que a crise fiscal vivenciada não é devida à prestação de serviços, mas sim, a uma crise política de legitimação.

As condições e infraestrutura são precárias e a remuneração disposta em editais de concursos e seletivos para trabalho em cidades do interior é baixa, por isso os profissionais, particularmente os médicos, preferem não trabalhar no sistema público. Há escassez, principalmente, de médicos especializados, que preferem se dedicar aos seus consultórios particulares. Aqueles contratados pelo SUS, muitas vezes não cumprem com as obrigações contratuais como, por exemplo, a carga horária de trabalho e os plantões. Dividem-se entre o emprego público e o atendimento privado, seja em seus consultórios ou nos hospitais particulares.

8. Caracterização de princípios e diretrizes conforme normatizado na Constituição Federal de 1988.

Observa-se que, o princípio da universalidade é fragilizado a partir das formas em que o sistema de saúde é configurado. Em um contexto de desigualdade social, isso se reflete nos limites do acesso aos serviços e, consequentemente, na garantia do atendimento integral.

O direito à saúde em distintas concepções de Estado

O principal questionamento a que se chega, é de que forma é possível construir um Estado Social sobre as bases de princípios como a solidariedade, justiça social, responsabilização coletiva pelos riscos individuais, visto que se vive em um momento de questionamento acerca do papel dos Estados e das políticas públicas voltadas à diminuição das desigualdades existentes no mundo?

Acredita-se, utilizando as palavras de Bauman (2011), que o Estado Social atua de forma a diminuir os impactos do mercado na criação voraz de desigualdades, algo que somente a política e a criação de estruturas voltadas para o interesse coletivo podem fazer, promovendo o princípio da comunalidade endossada, do seguro coletivo contra o infortúnio individual e suas consequências.

Acontece também que o Estado Social, visto como um padrão adequado para a implantação de um modelo de saúde como o SUS se mostra, ao mesmo tempo tem sido alvo de questionamentos por políticos e pessoas conservadoras que visualizam na política das privatizações uma saída econômica para o país. O estado social é taxado de protetor, burocrático e paternalista, como aquele que possui uma cultura de dependência assistencial. Critica-se ainda o excesso de taxações de igualdade a serem promovidas pelo Estado, pois acredita-se que tal postura desestimularia o empreendedorismo, até mesmo a qualidade e quantidade de trabalho desenvolvido.

Esse modo de pensar repercutiu em diversos países, provocando reformas institucionais, as quais, de maneira geral, acentuaram processos de privatização, com a passagem da cobertura dos riscos e necessidades sociais que antes eram dever do estado para os próprios indivíduos⁹ e havendo ainda o incentivo à participação de organizações privadas na oferta dos serviços sociais.

A criação e implantação do SUS, por exemplo, ocorreu em momento de contraditórias concepções de Estado. Primeiro, o SUS nasceu sob a égide da

9. Educação básica, saúde e segurança consideradas de qualidade, são aquelas oferecidas por entidades privadas a serem custeadas pelos cidadãos em particular.

proposta da Seguridade Social, inscrita na Constituição de 1988, baseada em critérios de integração e universalidade das políticas sociais. Segundo, na década de 1990, houve uma articulação entre o econômico e o social, conferindo pouco espaço às políticas sociais universais. Houve, a partir desse período, intensa participação privada na assistência à saúde, como por exemplo, na oferta de serviços através das Parcerias Público Privadas.

Diferente do SUS que no período de preocupação com a expansão dos serviços de atenção primária recebeu pouco investimento estatal, a expansão privada, por outro lado, passa a ter forte financiamento e subsídio estatal, ocorrendo um mercado de natureza privada operando fora e dentro do SUS acarretando efeitos sobre a eficiência geral do sistema de saúde como a tendência de incorporar tecnologias e custos crescentes sob o controle restrito e também a primazia da busca de lucros pelas empresas que fornecem serviços em saúde. Assim, perpetuam e até aumentam as desigualdades de acesso, utilização e qualidade dos serviços entre os cidadãos, conforme suas capacidades de pagamento. Esse arranjo tende, ainda, a colocar os serviços públicos de saúde em situação de complementariedade aos privados, nos casos de “clientes” que não interessam aos mercados, como os idosos, pessoas com doenças crônicas ou que requerem tratamentos de alto custo (VIANA et.al., 2014, p. 182).

Segundo Santos; et. al. (2008), embora o SUS seja constitucionalmente definido como universal e integral, o Estado termina por subsidiar seguradoras e operadoras de planos de saúde, através de distintos instrumentos de renúncia fiscal. Neste sentido, o sistema nacional de saúde conta com um financiamento que é minoritariamente público e uma prestação predominantemente privada, cujo predomínio introduz importantes fluxos financeiros da esfera pública para a privada.

Mesmo com as modificações político-econômicas após o início da década de 1990, não se deve considerar que essas mudanças foram suficientes para aniquilar os propósitos que orientaram o desenvolvimento do Estado do Bem-Estar Social, pois não foram visualizados recuos em relação àquilo que já havia sido conquistado, como, por exemplo, a lei nº 8.080/90. Nesse sentido, Esping-Andersen (1995, p. 107) enuncia que a ascensão da privatização da proteção social e da redução do papel do Estado à assistência pública aos mais pobres, por um lado, corroboraram a ocorrência de menor confiança no Estado e influenciaram a sociedade, mas por outro lado, não chegaram ao ponto de derrubarem os objetivos do *welfare state* de ser um mecanismo de integração social, de erradicação das diferenças de classe e de construção nacional.

Conclusão

Pretendeu-se com esse artigo refletir sobre o princípio da universalidade e contradições da sua negação, pois o dilema do SUS está fundado no fato de se estabelecer como um sistema destinado aos mais pobres ou se consolidar como um sistema universal. Para atingir esse objetivo, fez-se uma breve conceituação doutrinária acerca do significado da palavra saúde e, na sequência o que seria o direito à saúde, para a doutrina e para a legislação brasileira. Fez-se importante um breve aparato histórico do aparecimento do termo saúde nas Constituições brasileiras, até 1988, quando se apresenta como direito de todos.

Em meio a um momento político que se pautava pela existência de um Estado mínimo, os princípios e diretrizes do SUS se desenvolviam, de modo que existiu e ainda existe a dificuldade de implantação do SUS, tal como foi planejado, como sistema de caráter universal e, conseqüentemente, faz-se necessário que os serviços de saúde sejam prestados, de forma que ocorra a ampliação do segmento privado na saúde.

Vive-se em um momento de restrição de recursos, precarização do SUS com a redução das possibilidades de concretização do acesso universal, fato este que vem deixando mais latente a existência de desigualdades, que refletem nas condições de saúde do cidadão.

De acordo com Coburn (2014) não se pode separar a saúde de outros aspectos da vida social, pois as desigualdades nessa área se ligam a conflitos em torno de políticas sociais e econômicas. As desigualdades em saúde entre grupos são enormes e estão piorando.

Mudanças urgentes se mostram necessárias na gestão da política pública de saúde brasileira, mudanças que ocorrem a partir da ação social e das políticas sociais, pois se lida, antes de tudo com o direito fundamental à vida.

Referências

- ALMEIDA, Patty Fidelis de; Giovanella, Lígia; Márcia Mattos. **Sistema de saúde brasileiro: dilemas da universalização.**
- ANDRADE, E. de; ANDRADE, E. de O. **O SUS e o direito a saúde do brasileiro: leitura dos seus princípios.**
- BALERA, Wagner. **O Direito Constitucional à Saúde.** RPS, n. 134.
- BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas.** Renovar, 1996.

- BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**: desigualdades sociais numa era global. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 16 jun. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 8.080/90, de 19 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 18 jun. 2016.
- BRAVO, Maria Inês Souza. Política de Saúde no Brasil. **Serviço Social e Saúde**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2009. Disponível em: http://www.escoladesaude.pr.gov.br/arquivos/File/Politica_de_Saude_no_Brasil_Ines_Bravo.pdf. Acesso em: 16 jun. 2016.
- BRAVO, Maria Inês Souza; MATOS, Maurílio Castro de. A saúde no Brasil: Reforma Sanitária e Ofensiva Neoliberal. In: BRAVO, Maria Inês Souza; PEREIRA, Potyara Amazoneida. **Política Social e Democracia**. São Paulo: Cortez, 2001. p. 197-213.
- BATISTA, Flávio Roberto. A universalização dos Direitos Humanos, o direito à saúde e a saúde pública. **Revista da Fac. Dir. Univ. São Paulo**. V.110, jan. /dez. 2015. p. 231-249. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/115492/113074>. Acesso em: 03 ago. 2016.
- CAMPOS, S. L. F. **A responsabilidade na gestão da saúde pública**. Tese Doutorado em Saúde Pública. Universidade de São Paulo, 2006.
- COBURN, David; COBURN, Elaine S. Saúde e desigualdades em saúde em um mundo globalizado neoliberal. p. 25-53. In: MCLNTRE, Di; MOONEY, Gavin (Orgs.). **Aspectos econômicos da equidade em saúde**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2014.
- DIAS, Clara Angélica Gonçalves; SANTOS, Marcela Pithon Brito dos. A efetivação do direito fundamental à saúde como dever do Estado e o direito de todos e o desafio em adequar as contas públicas e os gastos sociais no Brasil. **Direitos e garantias fundamentais II**. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/9zg132z2/VheKDE6nK821VYRc.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- DOMINGUEZ, B. Por dentro dos sistemas universais. **Radis**: Comunicação em Saúde, Rio de Janeiro, n. 99, ENSP; Fiocruz, nov. 2010.
- ESPING-Andersen G. O futuro do Welfare State na nova ordem mundial. **Rev. Lua Nova**, 1995, 35: 73-111.
- GIOVANELLA, Lígia et al. **Políticas e Sistema de Saúde no Brasil**. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012.
- GUEDES, Thiago Araújo. **Saúde**: conceituação e surgimento do direito à saúde e do estado social. Disponível em: http://www.academia.edu/7571034/O_sistema_de_sa%C3%BAde_brasileiro_dilemas_atuais. Acesso em: 16 jun. 2016.
- HABERMAS. **Problemas de legitimación en el capitalismo tardío**. Trad. E. Etcheverry. Madrid: Cátedra, 1999.
- JAPIASSU, H.; MARCONDES, D. **Dicionário básico de Filosofia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- LUCENA, Maria de Fátima Gomes. **Saúde, Gênero e Violência**: um estudo comparado Brasil e França sobre a saúde da mulher negra. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010.

- MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquiles. **Democracia, Saúde Pública e Universalidade: o difícil caminhar.**
- NORONHA, José Carvalho de et al. O Sistema Único de Saúde – SUS. *In: GIOVANELLA, Lígia et al. Políticas e Sistema de Saúde no Brasil.* 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2012, p. 365-393.
- OCKÉ-REIS, Carlos Octávio; SOPHIA, Daniela Carvalho. **Uma crítica à universalização do sistema de saúde brasileiro:** pela constituição de um modelo de proteção social público de atenção à saúde.
- RIBEIRO, Patrícia Tavares. A questão social na história recente: implicações para a política de saúde no Brasil. **Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 19-31, 2010.
- RIBEIRO, Weslley Carlos et al. Direitos e Sistemas Públicos de saúde nas Constituições brasileiras. **Revista NEJ Eletrônica**, v. 15, n. 3, p. 447-460 / set-dez 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768>. Acesso em: 04 fev. 2017.
- SANTOS, Nelson Rodrigues dos. SUS, política pública de Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas. **Revista Ciência & Saúde Coletiva.**
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SCHWARTZ, Germano. **Direito à saúde:** efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 34.
- SANTOS, Isabela Soares. **O Mix público-privado no sistema de saúde brasileiro:** elementos para a regulação da cobertura duplicada. Rio de Janeiro, 2009, 186 f. [Tese de Doutorado]. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/premio2010/doutorado/trabalho_isabelasantosantos_mh_d.pdf. Acesso em: 20 de jul. 2016.
- SANTOS, I. S.; UGÁ, M. A. D.; PORTO, S. M. O mix público-privado no Sistema de Saúde Brasileiro: financiamento, oferta e utilização dos serviços de saúde. **Ciência e Saúde Coletiva**, 2008.
- SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, v. 31, n. 5, 1997.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- SIMERS – Sindicato Médico do Rio grande do Sul. **Conheça o “SUS” de outros cinco países.** Disponível em: <http://www.simers.org.br/2016/06/conheca-o-sus-de-outros-cinco-paises/>. Acesso em: 02 ago. 2016.
- SOARES, Laura Tavares. O Debate sobre o Gasto Social do Governo Federal. *In: SOARES, L. T.; SADER, E; GENTILI, R; BENJAMIN, C (Orgs). Governo Lula - decifrando o enigma.* São Paulo: Viramundo, 2004.
- SOUSA, Aione Maria da Costa. **O público e o privado no sistema de saúde em Mossoró-RN:** as contradições para a efetivação da saúde como direito de todos. Monografia de Graduação.
- SOUSA, Aione Maria da Costa. Universalidade da saúde no Brasil e as contradições da sua negação como direito de todos. **Revista Katál.**, Florianópolis, v. 17, n. 2, p. 227-234, jul./dez. 2014.
- TANAKA, Oswaldo Yoshimi; OLIVEIRA, Vanessa Elias de Oliveira, Reforma(s) e estruturação do Sistema de Saúde Britânico: lições para o SUS. *In: Saúde e Sociedade*, v. 16, n. 1, São Paulo, Jan/Abril, 2007.

TESSLER, Marga Inge Barth. O direito à saúde: A saúde como direito e como dever na Constituição Federal de 1988. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**. Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 78.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; SILVA, Hudson Pacifico da; LIMA, Luciana Dias de. **Sistema de saúde brasileiro: dilemas atuais**. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/305278970_O_Sistema_de_Saude_Brasileiro_Dilemas_Atuais.

9

A densificação da convenção de Belém do Pará e percepção dos tribunais superiores brasileiros na aplicação da Lei Maria da Penha

Rossana Barros Pinheiro¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p222-236

-
1. Mestra do Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/UFMA. Membro do Núcleo de Estudos de Direito Constitucional, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça/UFMA. Membro da equipe de revisão da Revista do Curso de Direito (UFMA). Bolsista da Capes. Bacharela em Direito (UFMA). E-mail: rossana.barros@hotmail.com.
 2. Professor associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

A associação da figura da mulher à violência corresponde à naturalização dos processos sociais de dominação, os quais podem ser entendidos principalmente como fruto das diversas tradições culturais. Dessa forma, a conceituação dos gêneros prescinde do conhecimento dos critérios de atribuição de papéis sociais aos mesmos.

Nessa discussão, torna-se necessário compreender os desdobramentos dos processos de atribuição de identidade feminina, relacionando-os com a conquista de direitos, de modo a entender o cenário de emancipação atual como resultado das diversas lutas históricas por reconhecimento, transpostas do discurso moral para os enunciados jurídicos.

Para tanto, adotaram-se os procedimentos de análise de conteúdo, para avaliação dos principais dispositivos normativos presentes na Convenção de Belém do Pará e Lei Maria da Penha, adotando-se o procedimento de análise de discurso para compreensão das decisões dos tribunais superiores acerca do enfrentamento da violência contra a mulher e seu tratamento pelos dispositivos normativos existentes.

A construção dos significados históricos da figura feminina como um alvo de violência

A ocorrência da violência contra a mulher em tempos de globalização e valorização da dignidade humana³ é fenômeno de destaque nas pautas de discussões globais e locais. Dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde⁴ demonstram a gravidade desse problema, que assola dimensões físicas, morais e psicológicas e das vítimas.

De origens associadas a razões biológicas, sociais, psicanalíticas e históricas, o problema assume dimensões que ultrapassam os limites dos países,

3. Nessa linha, HARBERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. Trad. De-nilson Luís Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.

4. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Mulheres e Saúde**: Evidências de Hoje, Agenda de Amanhã, 2009. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt>. Acesso em: 17 fev. 2015.

tornando-se prioridade na agenda mundial, conforme levantamento⁵ realizado pela Organização Mundial da Saúde (OMS).

Tendo por base estudos promovidos pela OMS em 11 países, observou-se que de 15% a 71% das mulheres participantes sofreram violência física ou sexual por parte do marido ou parceiro. A mesma pesquisa indicou que, nos países Austrália, Canadá, Israel, África do Sul e Estados Unidos, de 40% a 70% dos homicídios femininos foram cometidos no contexto de relações afetivas.

No Brasil, os dados sobre a violência contra a mulher também causam preocupação. Conforme pesquisa divulgada pelo Instituto Patrícia Galvão⁶, no âmbito da Secretaria de Políticas Públicas para Mulheres, pesquisa realizada em 100 municípios, em cinco regiões do país, no ano de 2013, tendo como amostra 1.501 casos, demonstrou que 51% das pessoas entrevistadas conhece alguma mulher que já foi agredida pelo parceiro.

Conforme o Pacto de Enfrentamento à Violência contra a mulher⁷, a violência atinge tanto homens como mulheres, muito embora isso aconteça de forma diferenciada, pois, enquanto os homens estão mais sujeitos no espaço público, as mulheres encontram-se mais vulneráveis ao fenômeno no espaço privado, nas relações com seus companheiros. De acordo com Helleieth Saffioti (1987), a supremacia do sexo masculino em detrimento do feminino apresenta aproximadamente seis mil anos, nos quais se observa a legitimação da dominação política e social.

Simone de Beauvoir (1960) analisa os principais fundamentos espirituais, culturais e sociológicos envolvidos na construção da imagem feminina associada à submissão em face do homem, tendo em vista que o espaço assumido pela mulher no espaço público e privado não se relaciona com destinos biológicos, psíquicos ou econômicos, senão com códigos esboçados dentro da própria sociedade. Nesse contexto, destaca-se a célebre frase da Autora: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR, 1960, p. 9).

5. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Mulheres e Saúde**: Evidências de Hoje, Agenda de Amanhã, 2009. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt>. Acesso em: 17 fev. 2015.

6. INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Percepções da Sociedade sobre violência e assassinato de mulheres**. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf. Acesso em: 19 mai. 2015.

7. SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES (Presidência da República). Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres: Brasília, 2011.

Helleieth Saffioti (1987) corrobora esse entendimento ressaltando que as identidades da mulher e do homem são edificadas mediante a atribuição de papéis distintos, frutos da expectativa social de vê-los cumpridos pelas diferentes categorias, desse modo, é o corpo social quem delimita os espaços cuja ocupação pertence ao homem, selecionando também aqueles que competem à mulher, ou seja, o espaço privado doméstico. Tal separação é criada e simultaneamente alimentada pela dinâmica social.

Nessa perspectiva, a Autora destaca a importância de se compreender a naturalização dos processos socioculturais de discriminação contra a mulher e demais categorias sociais, de modo a chegar-se também ao entendimento dos caminhos utilizados para legitimar a superioridade dos homens e demais segmentos sociais considerados superiores quando comparados a outros (SAFFIOTI, 1987).

Aprofundando a discussão em torno da criação da imagem feminina dentro dos processos culturais, Simone de Beauvoir (1960) problematiza essa identidade sedimentada desde o início das primeiras civilizações, imposta culturalmente nos anos iniciais às meninas em contraposição ao caso dos meninos, cuja identidade era resultado de conquista e amadurecimento, haja vista o exercício da independência emocional, física desses e sua respectiva exaltação, enquanto às moças era dado conhecer apenas brincadeiras que confirmavam a “hierarquia dos sexos”.

Nesse escalonamento, caracterizado pela repressão, multilamento e inferioridade do sexo feminino, o homem fazia parte de um futuro, no qual a mulher poderia vivenciar efetivamente a descoberta do seu corpo e ser (BEAUVOIR, 1960).

Assim, Germaine Greer (1974, p. 67) observa a relação entre o teor das brincadeiras infantis dispensadas aos meninos e meninas e as diferenças de identidades refletidas na vida social adulta, na qual a menina confirmava o abandono de sua autonomia já esboçado na fase da infância.

Enquanto os menininhos estão aprendendo a respeito de grupos e organizações, bem como sobre a natureza do mundo fora de seus lares, as meninhas estão em casa, ficando quietas, brincando com bonecas e sonhando, ou ajudando a mãe. Na escola usam sua energia para controlar-se, tornando-se boazinhas, bem comportadas e atentas ao que estão escutando e fazendo. Em casa desempenham rituais físicos insignificantes, sem atividade mental ligada a eles. [...] A diferença pode ter sido questão de energia, ou de

inteligência, ou simplesmente porque Eliot era franca e Virgínia graciosa e encantadora. *Seja qual for o caso, as bases do conflito foram estabelecidas em suas infâncias* (grifos nossos).

Relacionando-se a esta concepção de fragilidade e subalternidade feminina consequência das tradições culturais, Arthur Schopenhauer (2014) descreve a figura feminina como ser dotado de beleza passageira, alheamento aos fatos políticos, piedade e limites de inteligência. Sujeitas à escravidão imbricada no casamento, a mulher era um ser intermediário entre o adulto e a criança, à espera da conquista da proteção e felicidade.

Nessa linha, Germaine Greer (1974) relaciona a figura feminina ao estereótipo eterno da soma do objeto desejo sexual masculino com a necessidade de imposição da elegância física perante as outras mulheres. Assim, desprende-se que, na concepção dominante de sociedade patriarcal, a contribuição social das mulheres reduzia-se à mera existência, despreendida das grandes realizações e voltada apenas aos encantos e virtudes morais característicos da passividade semeada no desenvolvimento da personalidade feminina.

É por isso que a Autora destaca o cliché histórico da necessidade de um homem para a consolidação da importância dada à mulher, a qual mantinha com esse uma relação natural de dependência absoluta, motivo para compensar a renúncia de si própria com a atenção, o carinho e a orientação eventualmente recebidos em troca (GREER, 1974).

Essa ideia de fragilidade e inferioridade feminina foi durante muito tempo importada dos costumes para o Direito, consistindo em discriminação contra as mulheres e restrição de seus direitos. Nesse sentido, registram-se os seguintes documentos e fatos jurídicos: Código Civil de 1917, que equiparava a mulher ao incapaz para a vida civil, proibição do voto feminino até 1932 e necessidade de autorização do marido para o exercício de trabalho.⁸

Assim, o casamento era simbolizado como destino de todas as mulheres, ainda que esse viesse acompanhado por frustrações, revolta ou indiferença. Nesse contexto, o trabalho exercido dentro do lar de forma doméstica não contribuía para a elevação da personalidade feminina, tendo em vista a ausência de autonomia, importância à coletividade e ao futuro. Felizmente

8. COUTINHO, Rúbian Corrêa (MPGO). **O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher**: uma construção coletiva: CNPG, 2011.

presenciam-se mudanças nos contornos dessa instituição possibilitadas pela independência e evolução da condição feminina, que o tem tornado a união consensual de seres autônomos dotados de prerrogativas recíprocas (BEAUVOIR, 1960).

Nessa discussão, Simone de Beauvoir (1960) relaciona a libertação feminina do sexo masculino, sob as perspectivas moral, social e psicológica à independência econômica. Tais conquistas, de acordo com a referida Autora, não implicariam na negação das relações estabelecidas com o homem, senão na recusa ao eventual acorrentamento oriundo dessas.

A conquista da liberdade e do poder feminino, consistiriam, dessa forma, na busca pela autodeterminação das mulheres, caracterizada pelo despejo à herança cultural e política da sociedade paternalista. Nessa discussão, Germaine Greer (1974) pontua que esse processo teria como alvo uma moralidade que não mutilasse o desenvolvimento psíquico e espiritual, trajetória a ser seguida sem o auxílio de guias e receios das penalidades eventualmente impostas. A Autora observa ainda que observa que, além da tomada de consciência e engajamento político justificadores da importância da mulher na sociedade, o processo de industrialização e a consequente dinamização do mercado de trabalho foram fatores decisivos para a transformação das estruturas de produção, reprodução, sexualidade e socialização (GREER, 1974).

Eva Alterman Blay (2003) relaciona a conquista da independência feminina principalmente às conquistas do movimento feminista no final do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, período em que se observa a mudança do panorama econômico e cultural do mundo e do Brasil. Nessa discussão, a industrialização e urbanização estimularam a ocupação de espaços fora do ambiente doméstico pelas mulheres através do trabalho e do estudo, possibilitada pela difusão da alfabetização para mulheres, popularização dos meios de expressão como o cinema e dos transportes. Nessa época registra-se a fomentação da discussão sobre o casamento como fenômeno social dotado de civilidade e razão, de forma a repudiar os crimes passionais, problema característico desse período histórico.

Destacam-se os movimentos sociais que clamavam pela punição de homens que cometessem homicídio em face de suas companheiras. Somado a esse contexto político e histórico, a atuação das Organizações não Governamentais, sindicalistas e militâncias políticas foi decisiva para a formação de um terreno propício para o reconhecimento dos direitos das mulheres (BLAY, 2003).

O aprofundamento da proteção normativa dedicada às mulheres decorreu em grande medida do engajamento político dessas nos principais setores da

sociedade, o que não poderia acontecer sem a conquista da independência feminina. Nesse sentido, Simone de Beauvoir (1960) afirma que a derrocada do mito da feminilidade relaciona-se à afirmação da independência. Dessa forma, o passado carregado de determinismos culturais confrontou-se com o presente marcado pela consciência política, de modo a formar um futuro livre.

Apesar do progresso em torno do reconhecimento de direitos, Helleieth Saffioti (1987) observa que a mera edição de legislação não é garantia, por si só, da transformação das estruturas de dominação. Muito embora essas medidas sejam importantes no sentido de possibilitarem o recurso à justiça no caso de lesão a direitos, são insuficientes enquanto as discriminações ainda forem socialmente legitimadas pelo discurso dominante, tendo em vista o vício na interpretação dos próprios agentes aplicadores das normas.

Nessa discussão, o Professor Cássius Guimarães pontua que a sucessão de marcos normativos internacionais relativos à matéria de direitos humanos demonstra a progressão da sociedade brasileira quanto à implementação desses mecanismos, no entanto, ainda existe uma tensão ou conflito entre a afirmação das igualdades e liberdades sociais expressa na Constituição de 1988 e a inexistência de um efetivo estado de revolução civil (CHAI, 2014).

Convenção de Belém do Pará e Lei Maria da Penha: Instrumentos normativos de garantia de direitos e emancipação das mulheres como resultado de um processo de luta por reconhecimento

A emancipação feminina narrada anteriormente suscita várias questões quanto às relações entre conflitos sociais, princípios morais e proteção conferida pelo Direito. De acordo com o entendimento dos principais autores comprometidos com essa temática, em especial, Simone de Beauvoir e Judith Butler, pode-se entender o significado cultural das estruturas de diferenças e dominação entre os sexos, os quais recebem atribuições oriundas da dinâmica social, de modo que a construção das imagens de homem e mulher é o reflexo direto dessas relações tecidas no nível primitivo da politização.

Nessa discussão, Axel Honneth (2014), Sociólogo alemão, traça os principais contornos das fronteiras entre Moral e Direito, enfatizando que a inserção dos indivíduos e grupos na sociedade atual não se dá a partir da auto-conservação, conforme o ensinado por Maquiavel, mas sim por meio do reconhecimento, processo que ocorre de maneira progressiva, e em variados níveis. Tomando por base as formulações de Hegel, o Autor afirma que a escala de

reconhecimento dos indivíduos e grupos na sociedade conduz à universalização de formas de reconhecimento já mantidas primitivamente, entre as quais estão o amor e a solidariedade. Assim, o crime pode ser explicado como a ausência do sentimento de reconhecimento.

De acordo com o referido Autor, as mudanças sociais são explicadas a partir de uma Luta por Reconhecimento, a qual comina no alargamento da escala iniciada primitivamente, em um processo de passagem da eticidade natural para a eticidade absoluta, universalizada e mediada pelo Direito. Nesse sentido, o conflito social assume papel imprescindível, tendo em vista que inicia um processo de reação e interação travadas entre os indivíduos, desencadeando assim uma luta global de comunitarização social: “Dessa forma, a consciência individual transforma-se na consciência de reconhecimento de si próprio e do outro mediante pretensões legítimas. É nessa luta que acontece formação de identidade” (HONNETH, 2014, p. 64).

Dessa forma, a trajetória de reconhecimento dos direitos das mulheres ao pleno gozo da condição humana pode ser entendida como estágio de evolução da comunitarização moral, luta que alimenta o processo de reprodução espiritual da sociedade civil, refletida no Direito mediante pressões normativas, à luz do entendimento de Axel Honneth.

Assim, em reflexo do avanço da politização e comunitarização universal, a figura feminina passou a ser entendida como sujeito de direitos, esses inerentes à sua condição humana. Do ponto de vista normativo, tal evolução moral é observada mediante a sucessão de vários diplomas de proteção legal, que comprovam a importação de valores ao discurso jurídico quais sejam: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, 1994); Conferência Internacional Sobre População e Desenvolvimento (1994); Conferência Mundial da ONU Sobre as Mulheres (1950).

Observando-se as características do controle de convencionalidade existente no Brasil, conclui-se que a Constituição vigente consagra o rompimento com o período histórico anterior, caracterizado pela ditadura militar. Assumindo o compromisso com a reestruturação democrática, o referido instrumento normativo confere centralidade ao núcleo essencial formado por direitos e garantias fundamentais, de forma a promover a proteção da dignidade humana. Do ponto de vista internacional, contexto em que a Constituição de 1988 deve ser compreendida, essa proteção goza de notável destaque, tendo em vista os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e prevalência dos direitos humanos (CHAI; CHAVES, 2015).

Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)

Adotada em 09 de junho de 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção de Belém do Pará foi adotada em 09 de junho de 1994, constituindo em valioso instrumento na defesa das mulheres e emancipação mediante a garantia de direitos, tendo em vista a visibilidade conferida à violência e a definição clara de seus conceitos. De acordo com a referida convenção, o fim da violência contra a mulher é condição imprescindível para o desenvolvimento individual e social, participação igualitária em todas as esferas da vida⁹.

No Brasil foi incorporada mediante o Decreto Legislativo 107/1995, sendo ratificada em novembro de 1995. Consoante o disposto no diploma normativo, violência é qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Nesse sentido, são reconhecidos os seguintes direitos no art. 4º:

- a) Direito a que se respeite sua vida.
- b) Direito a que se respeite sua integridade física, mental e moral.
- c) Direito à liberdade e à segurança pessoais
- d) Direito a não ser submetida a tortura.
- e) Direito a que se respeite a dignidade inerente à sua pessoa e a que se proteja sua família.
- f) Direito a igual proteção perante a lei e da lei.
- g) Direito a recurso simples e rápido perante tribunal competente que a proteja contra atos que violem seus direitos.
- h) Direito de livre associação.
- i) Direito à liberdade de professar a própria religião e as próprias crenças, de acordo com a lei.
- j) Direito a ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, inclusive na tomada de decisões.

9. AÇÕES EM GÊNERO CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO (AGENDE). 10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará. Brasília: AGENDE, 2004.

A Convenção de Belém do Pará foi adotada em 09 de junho de 1994 pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), constituindo em valioso instrumento na defesa das mulheres e emancipação mediante a garantia de direitos, tendo em vista a visibilidade conferida à violência e a definição clara de seus conceitos. De acordo com a referida convenção, o fim da violência contra a mulher é condição imprescindível para o desenvolvimento individual e social, participação igualitária em todas as esferas da vida.

Como se pode perceber a partir dos enunciados da Convenção de Belém do Pará, o referido instrumento exerce a função de promover o reconhecimento de direitos transpostos do avanço da politização moral para o universo jurídico, constituindo assim médium de integração entre Direito e Moral e parâmetro dos novos rearranjos políticos.

Lei nº 11.340/06 (Maria da Penha)

Em atenção à gravidade e intensidade da violência contra a mulher, bem como às consequências devastadoras na vida das vítimas, o Brasil atendeu às recomendações do Comitê para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW/ONU) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, editando Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 ou Lei Maria da Penha, instrumento legal com vistas ao enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O referido instrumento normativo foi inspirado na experiência de Maria da Penha Fernandes, farmacêutica brasileira que sofreu diversas agressões e tentativas de homicídio por parte do seu marido, Marco Antônio Herredia Viveiros, entre as quais uma fratura na coluna que a deixou paraplégica dos membros inferiores. Tendo em vista a omissão das autoridades brasileiras no sentido de garantir a integridade física da vítima e punição do agressor, o Centro para a Justiça e o Direito Internacional e o Comitê-americano do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, juntamente com Maria da Penha Fernandes, encaminharam à Comissão Interamericana de Direitos Humanos um pedido de condenação do Estado Brasileiro com base na violência em questão.

Nesse sentido, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos condenou a demora do Brasil, recomendando a finalização do processo penal correspondente ao caso concreto, tomada de medidas administrativas, legislativas e judiciárias, além de adoção de políticas públicas destinadas a prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. O referido caso ficou marcado

pela aplicação da Convenção de Belém do Pará, de forma a proteger os direitos humanos das mulheres e garantia do término do processo¹⁰.

A densificação da Convenção de Belém do Pará e a percepção dos tribunais brasileiros na aplicação da Lei Maria da Penha

A Convenção de Belém do Pará iniciou uma discussão acerca da necessidade de garantia de proteção à mulher quanto à violência, grave violação de direitos humanos presente em variadas partes do mundo, especialmente na América Latina, região que se destacou relativamente à criação de mecanismos jurídicos para combater a violência contra a mulher.

Desse modo, a referida convenção tratou de proporcionar um espaço formal para o engajamento dos países no tratamento desse problema de dimensões preocupantes, demarcando, dessa forma, uma nova fase na ordem jurídica internacional. Contraposta ao modelo de poder político patriarcal, o documento enquadra-se na segunda geração de tratados internacionais, caracterizada pela criação de novas práticas legislativas de eliminação da impunidade. É esse contexto internacional que subsidiou a criação de instrumentos importantes de enfrentamento da violência na perspectiva local, entre os quais, a Lei Maria da Penha (BANDEIRA; ALMEIDA, 2013).

Nesse sentido, seguem abaixo as principais decisões de tribunais superiores brasileiros que mencionam a concretização dos direitos das mulheres:

- Tribunal Superior do Trabalho:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. INTERVALO DA MULHER. INTERVALO PARA DESCANSO DA MULHER ENTRE A JORNADA REGULAR E A EXTRAORDINÁRIA. ART. 384 DA CLT. *A essência do art. 384 da CLT, ao determinar o intervalo para descanso entre a jornada normal e a extraordinária, teve por escopo preservar as mulheres do desgaste decorrente do labor em sobrejornada, que é reconhecidamente nocivo a todos os empregados, levando em conta para tanto, suas peculiaridades de ordem física, psíquica e até mesmo social, haja vista*

10. COUTINHO, Rúbian Corrêa (MPGO). **O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher**: uma construção coletiva: CNPG, 2011.

que, em sua grande maioria ainda são submetidas a uma dupla jornada, tendo de cuidar dos seus lares e de suas famílias. [...]. (TST - AIRR: 21426420125090071 Data de Julgamento: 29/04/2015, Data de Publicação: DEJT 04/05/2015).

Conforme pode ser depreendido do julgado acima, observa-se a proteção do trabalho da mulher através da fixação de intervalos diferenciados na jornada de trabalho. A decisão supramencionada considerou aspectos de ordem cultural e social, que explicam a maior necessidade de descanso da mulher no trabalho, tendo em vista a realização de outras atividades, especialmente de cunho doméstico, que importam em desgaste físico e psicológico. Dessa forma, as diferenças observadas na distribuição de papéis aos gêneros no espaço privado não implica em um fator de menosprezo do trabalho feminino, mas ao contrário, em sua valorização.

- Tribunal Superior Eleitoral:

RECURSO. REPRESENTAÇÃO. PROPAGANDA ELEITORAL EXTEMPORÂNEA. LEI Nº 9.504/197. ART. 36. DISCURSO. HOMENAGEM. DIA INTERNACIONAL DA MULHER. MULTA. DESPROVIMENTO. [...]. *Não caracterizam publicidade eleitoral mensagens relativas às conquistas alcançadas ao longo da história pelas mulheres, inseridas em um contexto no qual se abordavam as políticas de gênero do Governo Federal. Terceiro representado. [...].* TSE - Recurso em Representação R-Rp 156896 DF (TSE) (grifos nossos).

Conforme pode ser visto na decisão colacionada acima, proferida pelo TSE, houve a descaracterização do discurso de conquistas femininas enquanto forma de publicidade eleitoral, especialmente porque esse se situara na abordagem das políticas de gênero realizadas pelo Governo Federal. Dessa forma, observa-se a exaltação da emancipação feminina no espaço público e privado como prática discursiva tolerada e razoável, de caráter informativo e democrático.

- Superior Tribunal Militar:

Superior Tribunal Militar. CONFLITO DE COMPETÊNCIA CC 00000807220147030203 RS (STM). CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. TEORIA DA UBIQUIDADE. PREVENÇÃO. Apelação.

Lesão Corporal leve. Agressor e vítima: militares em atividade e cônjuges entre si. [...] Presente essa circunstância, tornam-se irrelevantes, para o fim de descaracterizar a natureza de crime militar, a relação de cônjuge existente entre o agente e a vítima e, ainda, a situação fática de ter ocorrido o delito no interior de residência particular. [...] (STM - Apelfo: 50378 CE 2006.01.050378-1, Relator: ANTONIO APPARÍCIO IGNACIO DOMINGUES, Data de Julgamento: 02/09/2008, Data de Publicação: Data da Publicação: 11/11/2008 Vol: Veículo).

De acordo com a decisão supramencionada, embora situada em um contexto de Direito Militar, os julgadores observaram o preenchimento dos requisitos de um delito doméstico, especialmente por conta da circunstância de compartilhamento da vida íntima entre dois cônjuges, além da prática do delito no interior da residência particular do casal, não obstante a função militar exercida por ambas as partes. Dessa forma, observa-se a judicialização dos conflitos privados envolvendo violência contra a mulher.

- Supremo Tribunal Federal:

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. [...]. (STF - ADC: 19 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014)

O julgado do Supremo Tribunal Federal, publicada no ano de 2014, afirma a necessidade de criação de mecanismos de enfrentamento da violência contra a mulher, considerando especialmente o contexto histórico, social e cultural da construção da figura feminina como alvo de violência e sujeição por parte do homem. Dessa forma, afirma-se também a obrigatoriedade da proteção do Estado, prevista no art. 226 da Constituição Federal de 1988.

Conclusão

Diante de todo o exposto, observa-se a gravidade da violência contra a mulher, fenômeno presente nas variadas sociedades em diferentes níveis de intensidade, entre as quais a brasileira. Assim, conclui-se que a violência contra a mulher pode ser compreendida a partir dos mecanismos e discursos de dominação, manifestados do ponto de vista cultural, social e político, os quais sofreram significativo desgaste a partir da emancipação feminina.

A experiência da emancipação feminina pode ser contextualizada com a obra de Axel Honneth, *A Luta por Reconhecimento*, em que a construção do ideal de justiça advém de uma luta por reconhecimento, processo social caracterizado pela politização e avanço moral em torno de direitos e obrigações dentro da convivência de grupos sociais. O reconhecimento, dessa forma, implica em transposição de aspirações da esfera moral para o direito, na medida em que são resultado de um processo de atribuição de significados a partir de um conflito ético.

Na perspectiva da violência contra a mulher, anomalia social que tem como principais dispositivos normativos de enfrentamento a Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha observa-se o gradativo reconhecimento em torno de direitos da figura feminina, compreendida através da atribuição de papéis sociais. Dessa forma, o processo de reconhecimento de direitos enunciado por Axel Honneth manifesta-se na questão dos direitos femininos através da proteção ao trabalho, enfrentamento da violência, garantias de participação nas decisões políticas entre outros, temáticas já discutidas pelos tribunais superiores brasileiros.

Finalmente, o processo de reconhecimento iniciado na luta política por direitos femininos não se exaure com a enunciação de dispositivos normativos de alcance internacional e interno, mas aprofunda-se com o avanço da politização.

Referências

- ACÇÕES EM GÊNERO CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO (AGENDE). **10 anos da adoção da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher**. Convenção de Belém do Pará. Brasília: AGENDE, 2004.
- BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Rev. Estud. Fem.** v. 23 n. 2. Florianópolis, May/Aug. 2015.
- BANDEIRA, Lourdes Maria; ALMEIDA, Tania Mara Campos de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 23(2): 501-517, maio-agosto/2015.
- BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo: fatos e mitos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.
- BLAY, Eva Alterman. Violência contra a mulher e políticas públicas. **Estudos Avançados**. v. 17 ano. 49. São Paulo, Sept./Dec. 2003.
- BRASIL. Lei Maria da Penha. **Lei nº 11.340, de 7 de Agosto de 2006**.
- BUTLER, Judith. **El género en disputa: el feminismo y la subversión de la identidad**. México: Paidós/Universidad Nacional Autónoma de México–Programa Universitario de Estudios de Género, 2001.
- CHAI, Cássius Guimarães. A Tutela Jurídica dos Direitos Humanos no Brasil: anotações no cenário da Constituição Federal de 1988. **Julg.** n. 22, 2014.
- CHAI, Cássius Guimarães; CHAVES, Denisson Gonçalves. O controle de convencionalidade das leis no contexto jurídico brasileiro. *In: Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito/CONPEDI*. Belo Horizonte, 2015.
- COUTINHO, Rúbian Corrêa (MPGO). **O enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher: uma construção coletiva**: CNPG, 2011.
- GREER, Germaine. **A mulher eunuco**. São Paulo, Círculo do Livro, 1974.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais** (Trad. Luiz Repa). São Paulo: Ed. 34, 2003.
- INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Percepções da Sociedade sobre violência e assassinato de mulheres**. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf. Acesso em: 19 mai 2015.
- HARBERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**: um ensaio. Trad. Denilson Luís Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Ed. UNESP, 2012.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Mulheres e Saúde: evidências de hoje, agenda de amanhã, 2009**. Disponível em: <http://www.who.int/eportuguese/publications/pt>. Acesso em: 17 fev. 2015.
- SAFFIOTI, Helleieth. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.
- SCHOPENHAUER, Arthur. **Dores do Mundo**. Rio de Janeiro: Ediouro, s/d. 156, 2014.
- SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES (Presidência da República). **Pacto Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres**. Brasília, 2011.

10

A força normativa do direito convencional na jurisdição trabalhista brasileira: análise do caso das pessoas portadoras de necessidades especiais

Fábio Ribeiro Sousa¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p237-247

-
1. Juiz do Trabalho, Mestre em Direito pela UFMA, Professor Especialista de Direito do Trabalho.
 2. Professor Associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

A sociedade caminha em constante evolução apesar de percalços históricos que vez por outra acontecem. A escravização de humanos, por exemplo, em um passado remoto da história já foi considerada uma dádiva concedida pelos vitoriosos aos vencidos em guerras entre nações (os prisioneiros de guerra seriam mantidos vivos em troca da prestação de serviços gratuitos e perpétuos aos conquistadores).³ Na era moderna, esta prática social baseou-se fortemente em preconceito racial e contribuiu significativamente para o desenvolvimento econômico e cultural que a humanidade experimentou em determinados espaços e momentos. Atualmente, a escravidão é considerada como nefasta por praticamente todos os países civilizados do mundo, e apesar de legalmente abolida, esta prática ainda subsiste de maneira ilegal, sob outras roupagens (tráfico e exploração sexual, trabalho análogo ao escravo), nas mais diversas regiões do planeta e as sociedades lutam incansavelmente buscando “exterminá-la” de uma vez por todas.

Falando em percalços na história da humanidade, cabe destacar as duas grandes guerras mundiais, que devido às atrocidades ocorridas e o nível de amplitude das mesmas, acabaram por criar, ao final, uma cultura de busca incessante pela paz mundial e segurança das nações, além de instalar um movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Com este propósito, logo após a segunda grande guerra, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Antes, ao fim da primeira guerra mundial, já havia sido instituída a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criada em 1919, através da assinatura da Conferência da Paz, em Versalhes-França. Posteriormente, com a criação da ONU, a OIT passou a ser uma agência daquela entidade.

Apesar de ter sido uma das grandes preocupações do século XIX, a internacionalização do direito político somente se intensificou de forma mais concreta após a primeira e a segunda guerra mundiais, onde os esforços da comunidade internacional neste sentido revelaram-se marcantes, sendo que a

3. Hugo Grócio escreveu acerca do direito sobre os prisioneiros de guerra, afirmando que todas as pessoas capturadas em uma guerra regular, assim como sua descendência para sempre, eram consideradas escravas. *In*: MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução: Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 99-100.

criação da Sociedade das Nações (SDN) em 1919 e da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 inscreveram-se na história moderna como tentativas, às vezes eficazes, de organizar as relações entre os Estados de modo que as armas, enfim, viesse a se calar.⁴

Como pontua Höffe⁵, Direito e Estado são necessários para garantir a paz e para possibilitar a sobrevivência, a liberdade e a felicidade dos homens.

No que se refere à relação entre direitos humanos e direitos laborais, reproduz-se a lição de Maurício Godinho Delgado.⁶

O universo social, econômico e cultural dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, à medida que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam. A conquista e afirmação da dignidade da pessoa humana não mais podem se restringir à sua liberdade e intangibilidade física e psíquica, envolvendo, naturalmente, também a conquista e afirmação de sua individualidade no meio econômico e social, com repercussões positivas conexas no plano cultural, o que se faz, de maneira geral, considerado o conjunto mais amplo e diversificado das pessoas, mediante o trabalho e, particularmente, o emprego, normatizado pelo Direito do Trabalho.

Surgimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT)

A criação da OIT baseou-se em argumentos políticos e humanitários, que fundamentavam a busca da justiça social no âmbito internacional do trabalho.

4. GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução: Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 449.

5. HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 11.

6. DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho, 11. ed. — São Paulo: LTr, 2012. p. 82.

As condições de vida e de trabalho dos operários durante o início da Revolução Industrial eram extremamente injustas e precárias. O capitalista burguês, em sua fúria persecutória do lucro a qualquer custo, explorava a classe trabalhadora de forma implacável e ao extremo. A plena liberdade que regulava os contratos civis, revelava-se inservível aos contratos trabalhistas, precisava ser mitigada. A problemática social que proliferava com a instalação do capitalismo (miséria, subemprego, salários aviltantes, jornadas de trabalho extenuantes, mutilações e mortes por acidentes de trabalho) fez eclodir o movimento sindical, que nada mais era que os trabalhadores organizados em classe reivindicando melhores condições de trabalho e subsistência. As normas jurídicas então existentes eram incapazes de atender aos anseios de justiça da classe operária. Uma nova ordem de justiça distributiva era exigida.

Afinal, para Aristóteles, uma das nuances da justiça é exercida através da distribuição de honra, riqueza e outros atributos divisíveis da comunidade entre seus membros, em partes iguais ou desiguais, segundo seu merecimento.⁷

Neste contexto de embate entre capital e trabalho, surgem os direitos sociais, regulamentados aos poucos pelos Estados, em âmbitos de seus respectivos territórios, e pela OIT, em âmbito internacional.

A OIT funda-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social.

O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião.

A OIT desempenhou um papel importante na definição das legislações trabalhistas de seus países-membros e na elaboração de políticas econômicas, sociais e trabalhistas durante boa parte do século XX.

É importante também registrar que a OIT é a única agência da Organização das Nações Unidas que, desde a sua criação, possui estrutura tripartite, ou seja, é integrada em sua composição não só por representantes governamentais dos países membros, mas também por representantes das organizações sindicais de trabalhadores e representantes das organizações patronais, sendo que todos participam em situações de igualdade, objetivando fortalecer o diálogo social e a formulação de normas internacionais do trabalho que sejam vantajosas para todos os trabalhadores.

7. MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução: Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 8.

Normas Internacionais do Trabalho - Distinções, integração ao ordenamento jurídico nacional, força normativa

A OIT tem por função criar ou estabelecer normas internacionais do trabalho, sob a forma de convenções e recomendações, elaboradas no âmbito da conferência internacional do trabalho. Desde sua criação, em 1919, a OIT já instituiu 189 Convenções e 201 Recomendações abrangendo as mais diversas e relevantes questões no mundo do trabalho e que vinculam ou norteiam as ações dos países membros. O Brasil ratificou cerca de oitenta das cento e oitenta e nove Convenções existentes.⁸

Delgado⁹ elucida com maestria a diferença entre convenção e recomendação. As Convenções são espécies de tratados internacionais. Constituem-se em documentos obrigacionais, normativos e programáticos aprovados por entidade internacional (ONU, OIT) em suas assembleias ou conferências, a que aderem voluntariamente seus membros. Já as Recomendações consistem em diplomas programáticos expedidos por ente internacional enunciando aperfeiçoamento normativo considerado relevante para ser incorporado pelos Estados.

O renomado doutrinador nos explica também que a Recomendação, em princípio, não gera direitos e obrigações aos indivíduos na ordem jurídica interna dos Estados celebrantes e assim não constitui fonte jurídica formal. Contudo, tem caráter de fonte jurídica material, uma vez que cumpre o relevante papel político e cultural de induzir os Estados a aperfeiçoar sua legislação interna na direção lançada por esse documento programático internacional. Já a convenção internacional pode ser fonte formal do Direito interno aos Estados envolvidos. Assim, irá se englobar no conceito de fonte normativa heterônoma (lei, em sentido material ou sentido amplo), desde que o respectivo Estado lhe confira ratificação ou adesão – requisitos institucionais derivados da noção de soberania.

Piovesan¹⁰ esclarece que a sistemática relativa ao exercício do poder de celebrar tratados internacionais é deixada a critério de cada membro, e assim, as exigências constitucionais neste sentido variam bastante para cada nação. Em geral, os atos de negociação e assinatura do tratado cabem ao Poder Executivo

8. <http://www.ilo.org/brasil/convenc%C3%A7%C3%B5es/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 03 jul. 2015.

9. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo : LTr, 2012. p. 153.

10. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

de cada país, que posteriormente passa pela apreciação e aprovação do Poder Legislativo. Em sequência, depois de aprovado pelo Legislativo, o tratado é ratificado pelo Executivo, através da promulgação de decreto, significando tal confirmação que o Estado está formalmente obrigado a cumpri-lo (normalmente, o instrumento ratificado é depositado para custódia no órgão internacional competente - ONU, OIT, OEA).

No Brasil, a matéria é regulada pela Constituição Federal de 1988, artigos 84, VIII, que determina ser da competência privativa do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional, e 49, I, que fixa a competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais.

No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República.

A convenção internacional ratificada geralmente é incorporada ao direito interno pátrio brasileiro com *status* de lei ordinária federal, e assim, submetem-se ao controle de constitucionalidade, podendo ser declarada inválida pelo Poder Judiciário nacional, no caso de afronta a princípio ou regra da Constituição (Supremacia da Constituição).

No entanto, se o tratado ou convenção internacional versar sobre *direitos humanos* e tiver sido aprovado com rito e quorum similares aos de uma emenda constitucional - três quintos dos votos de cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação (art. 5º, § 3º, c/c art. 60, § 2º, CF/1988, com redação dada pela EC nº 45, de dezembro/2004 - Reforma da Judiciário), passará a ter *status* de norma constitucional (Emenda à Constituição).

Cabe por fim registrar que o Supremo Tribunal Federal, em sessão de dezembro/2008, modificou, em parte, sua jurisprudência sobre o *status* normativo das tratados e convenções internacionais ratificadas pelo Brasil. Fixou o patamar *supralegal* dessas regras (normas infraconstitucionais, porém acima das leis ordinárias e complementares), desde que se refiram a direitos humanos e não tenham sido aprovadas com quorum e rito especial de emenda constitucional (o *status* clássico, de simples lei ordinária, ficou preservado para a generalidade dos documentos internacionais ratificados, que não tratem de direitos humanos, estes agora alçados a um patamar superior).

A jurisprudência majoritária vem se posicionando no sentido de que as convenções da OIT são tratados que versam sobre direitos humanos e como tal, naquilo que for favorável ao trabalhador, devem prevalecer sobre a legislação nacional, se ratificadas pelo Brasil.

Como se percebe, trata-se de um sistema autopoietico (o direito reproduz direito), ou seja, um sistema auto-referente de regras jurídicas que retira sua legitimidade pelos procedimentos argumentativos estabelecidos nos vários dispositivos normativos mencionados.¹¹

Declaração sobre princípios e direitos fundamentais da OIT

Em junho/1998, a Organização Internacional do Trabalho promulgou a declaração sobre direitos fundamentais relacionados ao trabalho,¹² reconhecendo como primordiais algumas convenções já existentes, que compõem o bloco de princípios fundamentais, garantidores da dignidade do trabalhador, as quais tratam de liberdade sindical, direito de negociação coletiva, eliminação do trabalho forçado, abolição do trabalho infantil, e não-discriminação em matéria de emprego e ocupação. Referem-se a oito convenções ao todo e, dessas, o Brasil só não aderiu à Convenção 87, que trata da ampla liberdade sindical.

Essa declaração estabelece que os países membros devem se empenhar na ratificação das oito convenções fundamentais do trabalho, comprometendo-se a dar prioridade e aplicar os princípios ali contidos, inclusive com obrigação de enviar periodicamente à OIT relatórios de acompanhamento.

Cabe à OIT, segundo essa mesma declaração, promover políticas sociais sólidas e eficazes destinadas à criação de emprego e à participação justa do empregado nas riquezas, para o pleno desenvolvimento das suas potencialidades humanas, estimulando a formação profissional e a melhoria das condições de trabalho, sem olvidar a especial atenção que deve ser dada aos problemas das *pessoas com necessidades sociais especiais*.

E aqui se chega ao foco de atenção pretendido neste artigo: a proteção que deve ser dada às pessoas portadoras de necessidades especiais no âmbito do trabalho.

11. Cf. CHAI, Cássius Guimarães. A cultura da inovação e o controle social na administração pública: conexões entre os direitos humanos e os serviços públicos. In: **Revista Diálogos Críticos**, n. 1, a. I, Seção Ciências Jurídicas.

12. http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/oit/doc/declaracao_oit_547.pdf. Acesso em: 03 jul. 2015.

A proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais no campo do trabalho

É reconhecido o direito das pessoas portadoras de necessidades especiais ao trabalho, em igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, inclusive à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, constituindo dever do Estado salvaguardar e promover a realização desses direitos de forma isonômica, adotando medidas apropriadas, inclusive (mas não apenas) legislativas, com o propósito de proteger os direitos que as assistem, visando fomentar condições justas e favoráveis de trabalho, incluindo igualdade de oportunidades e de remuneração por trabalho de igual valor, condições seguras e salubres de trabalho, além de reparação de injustiças e proteção contra o assédio no trabalho.

Através do Decreto nº 6.949, de 25/08/2009¹³, o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU (Convenção Internacional de Nova York, 2007).

Referida norma internacional foi formalmente incorporada à Constituição brasileira pelo quorum qualificado (art. 5º, §3º, da CF/1988 - *status* de emenda constitucional), tornando-se um marco jurídico importante no sentido da construção de um novo paradigma para o conceito de deficiência, passando-se a entender que os impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial ganham especial significado quando convertidos em experiências pela interação social. Tal conclusão justifica a existência de todo um aparato normativo constitucional e infraconstitucional, destinado a dar o suporte necessário a essas pessoas que, em face de sua condição, vivenciam a discriminação, a opressão ou a desigualdade pela deficiência.

No sistema normativo brasileiro predomina um modelo voltado a políticas públicas e medidas legais de proteção e correção das distorções que afetam o acesso ao trabalho dessas pessoas, como medida de concretizar os primados constitucionais da isonomia e não discriminação, além da construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigos 1º, II e III, e 3º, I e IV, 37, VII da Constituição Federal).

Neste contexto, faz-se necessária e se justifica a adoção da chamada discriminação positiva (modalidade de ação afirmativa) em prol das pessoas

13. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 03 jul. 2015.

portadoras de necessidades especiais no campo do trabalho, pois só assim poder-se-á celebrar, em sua maior plenitude, o princípio da equidade, tratando desigualmente os desiguais, para que ao final se alcance a verdadeira isonomia.

Segundo Dworkin,¹⁴ a comunidade política deve ter como aspiração eliminar ou atenuar as diferenças entre as pessoas e seus recursos individuais - deve aspirar à melhoria da situação dos deficientes físicos ou incapazes de ter rendimentos satisfatórios, por exemplo.

No Brasil, tal política é efetivada por meio de diplomas normativos que determinam ações afirmativas de reserva de cargos e empregos públicos para a Administração direta e indireta (Lei nº 8.112/90, art. 5º), bem como de postos de trabalho no setor privado (Lei nº 8.213/91, art. 93). A Lei Federal nº 7.853/89, por sua vez, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida normas de proteção e dá outras providências.

Referidos diplomas legais são importantíssimos, sem dúvida, mas por si sós não resolvem o problema.

É preciso que os governos (em todas as esferas) e a comunidade se empenhem em identificar as pessoas que compõem esse grupo social em cada local, e lhes assegurem acesso à educação, para que atendam os requisitos mínimos de inserção no mercado de trabalho e possam vir a ocupar os postos que lhes são reservados por direito.

Imprescindível também fomentar a organização dessas pessoas portadoras de necessidades especiais em grupos ou associações, a fim de lhes facilitar o exercício da cidadania plena, como, por exemplo, exigir o integral cumprimento dos seus direitos, quer em âmbito administrativo, quer na esfera judicial.

Afinal, o exercício da cidadania, como ensina Ackerman,¹⁵ exige que as pessoas tenham uma conduta suficientemente consciente, sejam engajadas na vida pública ou politicamente ativas para preencher suas próprias aspirações como cidadãos comuns.

14. DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução: Jussara Simões. Revisão: Luiz Moreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 400.

15. ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução: Mauro Raposo de Mello. Coordenação de Luís Moreira — Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 341.

Conclusão

Não há dúvidas quanto à vigência, eficácia e força normativa dos diplomas internacionais celebrados pelo Presidente da República e referendados pelo Congresso Nacional no Brasil.

Em se tratando de normas internacionais que regulam o direito das pessoas portadoras de necessidades especiais ao trabalho, o Brasil ratificou a Convenção Internacional de Nova York, de 2007.

Todavia, é preciso dar concretude aos ditames do referido diploma convencional. Um bom expediente neste sentido, porém pouco usual na jurisdição brasileira, seria a utilização das normas de direito internacional como causa de pedir de pretensões trabalhistas, ou como fundamentos de sentenças e acórdãos proferidos pelo Estado-Juiz, consagrando a aplicabilidade e a força normativa desses preceitos não só para a solução de controvérsias judiciais, como também para criação de nova categoria de direitos, cada vez mais inclusiva dessas pessoas.

Conclama-se os operadores do direito a assim proceder doravante.

Afinal, como dito na obra de Ramos¹⁶, a atual interpretação constitucional vem abrindo espaço no Brasil e em outros países, para o ativismo judicial e, por via de consequência, para uma expansão do poder judiciário e para uma interpretação sempre mais extensiva da Constituição.

Referências

- ACKERMAN, Bruce. **Nós o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Coordenação de Luís Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos. **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência comentada**. Organização: Ana Paula Crosara de Resende, Flávia Maria de Paiva Vital. Brasília. CORDE: 2008.
- CHAI, Cássius Guimarães. A cultura da inovação e o controle social na administração pública: conexões entre os direitos humanos e os serviços públicos. *In: Revista Diálogos Críticos*, número 1, ano I, Seção Ciências Jurídicas.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

16. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões. Revisão de Luiz Moreira, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do Estado. Tradução: Ernildo Stein. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do direito**: leituras escolhidas em direito. Tradução: Reinaldo Guarany. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

11

Sistema Único de Saúde: a participação da iniciativa privada sob a perspectiva do Direito como integridade de Ronald Dworkin

Itamar De Ávila Ramos¹

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p248-269

-
1. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória. Especialista em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Estácio de Sá. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Espírito Santo.
 2. Livre Docente pela Universidade do Rio de Janeiro (UNI-RIO-1991). Doutora em Bioética pela UnB. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV-2008). Mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ-1988). Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora de Pesquisa da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Professora do programa de Pós-Graduação em Direito da FDV (Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais). Editora da Revista Direitos e Garantias Fundamentais. Coordenadora do Grupo do BIO-GEPE- Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética, Professora Associada aposentada da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

É fundamental, portanto, que ao mesmo tempo, se modernize, se lute contra a fraude e se melhore o desempenho institucional, mas sem perder de vista o projeto. E este só aponta para um sentido: a melhoria das condições de vida da população. Se não alcançarmos tais condições, o projeto terá falhado.

Antônio Sérgio da Silva Arouca – Discurso pronunciado na abertura da 8ª Conferência Nacional de Saúde, 17 a 21 de março de 1986.

Introdução

A expressão “A saúde é direito de todos e dever do Estado”, tão provalada, disseminada e tantas vezes repetida no Brasil pós 1988, dentre pessoas das mais variadas classes sociais, é nova, no contexto dos 193 anos da história do Brasil como país independente, considerando que sua inserção ocorreu na Constituição brasileira há 28 anos pela primeira vez.

Para a adequada compreensão da importância da implantação do Sistema Único de Saúde, como o maior instrumento de inclusão social e de promoção da saúde pública brasileira, assim como sobre qual deve ser o sentido da complementaridade da participação da iniciativa privada nesse sistema, necessária a percepção dos fundamentos jurídicos e do momento histórico que antecedeu a introdução, na Constituição brasileira de 1988, do Direito Fundamental à Saúde, com a visada voltada para a relevância da denominada Reforma Sanitária.

Nessa perspectiva, imbrincados em intensas relações, devemos compreender os Direitos Sociais e a cidadania, visualizando nessa última um dos fundamentos do processo de construção e de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, como forma de inclusão e de combate às desigualdades sociais. A cidadania, em sua acepção plena, deve ser vislumbrada por meio do conceito plasmado por José Murilo de Carvalho,³ consistente na possibilidade de pleno exercício dos direitos civis, políticos e sociais, numa aquisição histórica sequencial, onde demonstra tratar-se a cidadania de um fenômeno social.

Direitos civis são os fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante à lei. [...] Sua pedra de toque é a liberdade individual. É possível

3. CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil**: O longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 9-10.

haver direitos civis sem direitos políticos. Estes se referem à participação do cidadão no governo da sociedade. [...] Sua essência é a ideia de autogoverno. Finalmente, há os direitos sociais. Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Elas incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, à aposentadoria.

No Brasil, ainda segundo Carvalho,⁴ o caminho rumo à cidadania plena foi percorrido com a maior ênfase nos Direitos Sociais, merecendo relevo o processo de redemocratização, ocorrido após o ano de 1986, com a realização da eleição para a formação da Assembleia Nacional Constituinte, que apresentou como fruto de seus trabalhos realizados por mais de um ano, após amplas consultas a especialistas e setores organizados e representativos da sociedade, a elaboração do texto da nova Constituição brasileira, no ano de 1988, com a promoção da ampliação, como nunca antes houvera, dos Direitos Sociais.

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania (Art. 1º, inciso II, da Constituição da República) deve ser vista não apenas em sentido restrito, relativa a direitos políticos. A cidadania conecta-se intimamente com o princípio da dignidade da pessoa humana (inscrito no mesmo dispositivo constitucional – Art. 1º, inciso III). Diante disso, podemos afirmar que à cidadania, logo no início da nossa Constituição de 1988, deve ser atribuído significado amplo, ou seja, devemos entendê-la como o direito de participar de toda a vida em sociedade.⁵

Esse arcabouço de lutas pela cidadania no Brasil, alcançou seu clímax a partir de 05 de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição brasileira, a denominada “Constituição cidadã”. Nela, a saúde foi, pela primeira vez, elencada, em especial, em seus arts. 6º e 196, como Direito Fundamental, assim

4. CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil: O longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 11.

5. SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**, Birigui: 2012, p. 119.

como, por meio do art. 194, juntamente com a Previdência e a Assistência Social, como integrante do Sistema de Seguridade Social. Nesse contexto, um dos principais objetivos das lutas promovidas pela Reforma Sanitária foi incorporado à Constituição brasileira de 1988, mediante a criação do Sistema Único de Saúde, nos termos dispostos em seu art. 198.

À iniciativa privada foi reconhecida, mediante o disposto no art. 199 da Constituição brasileira de 1988, liberdade de atuação na prestação de assistência à saúde e a possibilidade de participação, de forma complementar, do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste.

Complementar, conforme o dicionário,⁶ significa referente à complemento, que serve de complemento, donde emerge o questionamento que se impõe sobre qual deve ser a extensão constitucional da complementaridade da participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, sob a perspectiva do Direito como integridade em Ronald Dworkin?

Poder-se-ia argumentar que a lei não possui palavras inúteis e, aplicando-se uma interpretação literal da expressão “de forma complementar”, apenas com fundamento nessa vetusta regra interpretativa, concluir-se que à iniciativa privada caberia complementar os serviços de saúde prestados pelo Estado, quase que como numa relação matemática, onde a iniciativa privada participaria do Sistema Único de Saúde em percentual menor em relação às ações e serviços realizados pelo Estado.

Entretanto, para além desta fundamentação, ater-se-á nessa pesquisa ao Direito como integridade, conforme a doutrina de Ronald Dworkin, considerando, ainda a compreensão externada pelo Superior Tribunal de Justiça, consistente em que apenas a interpretação literal seria insuficiente.

Costumam os intérpretes repetir certas afirmações, como se fossem dogmas, daí resultando, muitas vezes, situações paradoxais. Uma delas, tida como regra de hermenêutica, é a de que a lei não contém palavras inúteis, posto que se presume sábio o legislador: *verba cum ei factu sunt accipienda*. Nem sempre isto é verdade. Pode a lei não ter sido elaborada com obediência a melhor técnica, o que não deverá conduzir a que se tirem conclusões, fundadas em posições *a priori*, capazes de levar a um desvio do verdadeiro sentido

6. MICHAELIS, Moderno dicionário. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2015.

do texto. Carlos Maximiliano lembra que norte-americanos, bem-avisados, formularam diferentemente o princípio. E invoca Sutherland para afirmar: ‘deve-se atribuir, quando for possível, algum efeito a toda palavra, cláusula ou sentença’. E prossegue: ‘Não se presume a existência de expressões supérfluas; em regra supõe-se que leis e contratos foram redigidos com atenção e esmero; de sorte que traduzam o objetivo dos seus autores. Todavia é possível, e não muito raro, suceder o contrário; e na dúvida entre a letra e o espírito, prevalece o último’.⁷

Nesse desiderato, objetiva-se compreender a importância do Sistema Único de Saúde como instrumento estratégico para a garantia da concretização do Direito Fundamental à Saúde, assim como a problemática relacionada à concepção doutrinária e jurisprudencial da expressão constitucional “As instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde”.

Serão apresentadas considerações sobre a existência de situações excepcionais de indisponibilidade de atuação da Administração Pública na prestação de ações e serviços públicos de saúde que justificariam a atuação da iniciativa privada, mediante contrato de direito público ou convênio, de forma complementar à atuação estatal.

Existiria um limite constitucional para a atuação da iniciativa privada na prestação de ações e serviços públicos de saúde de forma complementar ao Sistema Único de Saúde? Existindo essa limitação, qual seria?

Essa discussão é deveras importante considerando que a atuação da iniciativa privada de forma complementar ao Sistema Único de Saúde deve se dar por meio da celebração de contrato de direito público ou convênio, com a realização de repasses de recursos públicos aos entes privados.

A complementaridade deve também ser analisada sob o ângulo consistente na manutenção da gestão estratégica e, também, sob o viés das hipóteses de necessárias retomadas pelo Poder Público da prestação de serviços de saúde, que porventura venham a ser prestados pela iniciativa privada.

7. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Provido Recurso Especial nº 1.101.740/SP. Relator: Luiz Fux. Município de São José do Rio Preto/SP x Evanilde Souza de Carvalho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2015.

Buscando respostas aos questionamentos acima formulados, defende-se o necessário estabelecimento de políticas públicas estratégicas, lançando mão da atuação direta da iniciativa privada na prestação de serviços no Sistema Único de Saúde por meio da compreensão constitucional do termo complementar em situações pormenorizadamente justificadas.

O direito fundamental à saúde – a criação do Sistema Único de Saúde

Em meio ao processo histórico de redemocratização do Brasil, ocorreu, em 1986, a VIII Conferência Nacional de Saúde, com a participação de mais de 4000 pessoas, dentre as quais, aproximadamente, 1000 delegados indicados durante as pré-Conferências Estaduais, que foram o palco de intensos debates e negociações com vista a que fossem levadas à VIII Conferência as teses pactuadas na etapa estadual, numa demonstração de continuidade de esforços num grande projeto de Reforma Sanitária nacional.

Outra grande questão é que a reforma sanitária deve ser ampla. Não pode ser confundida com reforma administrativa nem apenas com a transferência burocrática de instituições ou com a simples mudança de direção destas instituições. A reforma sanitária pressupõe a criação de um organismo que, reunindo tudo o que existe a nível de União, possa a partir de um grande fundo nacional de saúde, promover uma política de distribuição desses recursos mais justa e igualitária, alcançando, assim, a universalização, isto é, garantindo a cada pessoa neste País o direito aos serviços básicos de saúde.⁸

A criação do Sistema Único de Saúde, fruto de lutas da sociedade brasileira, trouxe impactos importantíssimos na inclusão social, que podem ser evidenciados pelo quadro comparativo, abaixo, sobre o antes e o depois da implantação do SUS:

8. Anais da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Ministério da Saúde. Discurso de Abertura: Antônio Sérgio da Silva Arouca. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.

Quadro – Antes e depois do Sistema Único de Saúde ⁹

ANTES	DEPOIS
O sistema público de saúde atendia a quem contribuía para a Previdência Social, quem não tinha dinheiro dependia da caridade e da filantropia	O sistema de saúde é para todos, sem discriminação. Desde a gestação e por toda a vida a atenção integral à saúde é um direito.
O sistema de saúde no Brasil era centralizado e de responsabilidade federal, sem a participação dos usuários	Descentralizado, municipalizado e participativo, com 77 mil conselheiros de saúde.
Existia apenas a Assistência médico-hospitalar	Existem ações de promoção, proteção, recuperação e reabilitação da saúde.
O conceito de saúde era o de ausência de doença.	Saúde é qualidade de vida.
30 milhões de pessoas tinham acesso aos serviços hospitalares.	140 milhões de pessoas tem no SUS o seu único acesso aos serviços de saúde.

A Constituição brasileira de 1988 e a Lei nº 8.080/90¹⁰ disciplinaram, sob o influxo da Reforma Sanitária, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Esse avanço substancial da inserção na Constituição brasileira do sobredito Direito Fundamental foi possível, lembre-se, com o estabelecimento de um novo paradigma de Estado no Brasil, qual seja, o Estado Democrático de Direito.

A cidadania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, numa emanção da participação da sociedade no delineamento dos direitos e valores que entende devem ser concedidos aos seus membros.

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas ativas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição formal, ou na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material.¹¹

9. SUS – A saúde do Brasil. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra/antesedepois.html>. Acesso em: 01 dez. 2015.

10. BRASIL. Lei nº 8.080/90. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 02 dez. 2015.

11. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais.** Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 7.

A cidadania vai além da titularidade de direitos políticos, devendo ser compreendida em seu aspecto de totalidade.

O sentido do princípio da cidadania é bem mais amplo do que a titularidade de direitos políticos, pois qualifica os participantes da vida do Estado, reconhecendo os indivíduos como pessoas integradas na sociedade estatal (art. 5º, LXXVII, da Constituição de 1988). O funcionamento do Estado estará submetido à vontade popular, o que tem conexão com a ideia de soberania popular (art. 14) e com o conceito de dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), com os objetivos da educação (art. 205), como base e meta primordial do regime democrático.¹²

Por sua vez, a Constituição é a norma suprema e os Direitos Fundamentais, dentre os quais o Direito à Saúde, devem ser compreendidos como norteadores da própria compreensão e aplicação da Constituição brasileira de 1988, local adequado para resguardar os valores mais relevantes para o homem. Os intérpretes da Constituição brasileira de 1988 devem ter seus olhares voltados, em especial, para o preâmbulo constitucional e seu art. 3º, onde encontram-se os objetivos principais de nosso Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, fundamentado em todo o processo histórico-social-político formativo do Estado brasileiro, os ideais compromissários, referentes em especial à cidadania, estampados na Constituição brasileira de 1988, ainda não foram concretizados em sua integralidade.

A rememoração, mesmo que de forma sintética, do processo democrático da inserção do Direito Fundamental à Saúde na Constituição brasileira de 1988 é de fundamental importância para a sociedade brasileira, porquanto o reconhecimento da saúde como Direito Fundamental não surgiu da boa vontade dos legisladores, não foi vislumbrado num lampejo e inserto de supino na Constituição, mas sim, foi fruto de muitas discussões e lutas, com uma participação efetiva da sociedade.

Esse é um capítulo importante da história do Direito no Brasil, Direito esse que deve ser visto e revisto em sua integridade, conforme o pensamento de Ronald Dworkin, numa interpretação criativa, começada no presente e só

12. GUERRA, Sidney. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 66-67.

voltada ao passado na medida em que sua perspectiva contemporânea assim o determine para o oferecimento de um futuro melhor.

Para a compreensão e a valoração da importância da integridade do Direito, sob o aspecto da história, deve-se observar as considerações de Dworkin sobre três modelos de associação política e o comportamento de seus membros frente a esses modelos.

O primeiro modelo de associação política supõe que os membros de uma comunidade entendem que sua associação advém apenas um acidente de fato da história e da geografia, dentre outras coisas, numa comunidade que nada tem de verdadeira. Um segundo modelo supõe que os membros de uma comunidade aceitam o compromisso geral de obedecer a regras estabelecidas de um certo modo que é específico desta grupo, numa comunidade convencionalista, baseada em acordos obtidos por meio de negociações, que devem ser respeitadas até que sejam alteradas por um novo acordo. O terceiro modelo de associação política, por sua vez, supõe que os membros de uma comunidade aceitam que são governados por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por acordo político, numa aceitação da integridade sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema.¹³

O modelo de associação política baseado em uma comunidade de princípios fortalece a noção de cidadania, a dignidade da pessoa humana e a igualdade material.

A participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde sob a perspectiva do direito como integridade em Ronald Dworkin

Para a compreensão jurídica adequada da complementaridade da participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde brasileiro releva importante a compreensão do que seja o Direito, onde, ao final, vêm disciplinadas as normas relativas a sobredita participação.

Compreenderemos o Direito, sob a perspectiva de Direito como integridade, defendida por Ronald Dworkin, filósofo do Direito norte-americano, que trouxe considerações sobre como devemos entender o Direito, questionando

13. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 251-255.

o porquê é importante o modo como os Juízes decidem os casos? O que os Juízes pensam sobre o Direito? Que tipos de divergências os Juízes têm quando decidem um caso?

Dworkin estabeleceu pontos de vista críticos em relação ao positivismo jurídico, destacando a obra “O conceito de Direito”, escrita por Herbert Hart,¹⁴ como seu alvo principal, compreendendo a insuficiência da concepção do Direito apenas como um conjunto de regras, quando, na realidade, deveriam ser, também, considerados os princípios, porquanto estes divergem e complementam aqueles, por seus modos de aplicação.

Amplia-se hoje o reconhecimento do caráter principiológico do Direito, de sua indeterminação estrutural, ou seja, de que a realização do sistema jurídico depende de uma mediação hermenêutica entre as normas gerais e os casos concretos, pois aqueles são incapazes de esgotar suas próprias condições e hipóteses de aplicação.¹⁵

Dworkin identificou três elementos do Direito, quais sejam, as regras, os princípios e os argumentos de política. As regras concederiam direitos e imporiam obrigações aos membros da comunidade. Os argumentos de política seriam padrões que estabeleceriam os objetivos a serem alcançados, em geral com a concessão de melhorias em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

Ao final, princípio seria um padrão que deveria ser observado, não porque promovesse ou assegurasse alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque seria uma exigência de justiça ou de equidade ou de alguma outra dimensão da moralidade.¹⁶

A diferença entre princípios e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação

14. HART, Hebert. **O conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

15. COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional**: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009, p. 73.

16. DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.¹⁷

Indo para além da distinção supracitada entre princípios e regras, Dworkin foi além evidenciando a presença, nos princípios, da dimensão do peso ou da importância.

Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se entrecruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia.¹⁸

A integridade do Direito, ainda na teoria de Dworkin, nos remete à percepção do pressuposto de que os direitos e deveres de uma comunidade foram criados por um único autor – a comunidade personificada – numa expressão coerente de justiça e de equidade. Nesta perspectiva, encontra-se a percepção de que as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam dos princípios da justiça, da equidade e do devido processo legal, na melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.¹⁹

A teoria do Direito como integridade confere importância à história, sob um novo enfoque, para além de uma possível interpretação das decisões do passado como vinculantes das decisões do presente, trazendo uma compreensão

17. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

18. *Idem*, p. 42.

19. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 270-273.

de que o direito começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo o determine.²⁰

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que, por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quando para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.²¹

Para uma adequada compreensão dos institutos jurídicos e das decisões jurídicas no tempo, Dworkin explicita a metáfora do romance em cadeia, numa perspectiva de projeto, a qual poderíamos aplicar quando analisamos a participação complementar da iniciativa privada do Sistema Único de Saúde.

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.²²

Dworkin visualizou a pertinência entre o Direito e a Literatura, sob o prisma do processo interpretativo, enfatizando, ao conceber a metáfora do romance em cadeia, necessário desiderato de que cada autor de um novo capítulo

20. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 274.

21. Idem, p. 270.

22. Idem, p. 276.

deste romance considere sua importante responsabilidade de continuidade do que já fora escrito, com a perspectiva de que se trata de uma obra conjunta, devendo objetivar a melhor qualidade possível.

O que se espera nesse exercício literário é que o romance seja escrito como um texto único, integrado, e não simplesmente como uma série de contos espaçados e independentes, que somente têm em comum os nomes dos personagens. Para tanto, deve partir do material que seu antecessor lhe deu, daquilo que ele próprio acrescentou e – dentro do possível – observando aquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. O Direito segue a mesma lógica: tanto na atividade legislativa, quanto nos processos judiciais de aplicação, o que se chama de Direito nada mais é do que um produto coletivo de uma determinada em permanente (re)construção.²³

Os juízes, então, exerceriam função semelhante aos romancistas de um texto escrito num intervalo de tempo.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que os outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos formou uma opinião sobre o romance escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos possivelmente similares, decididos a décadas ou mesmo séculos, por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras

23. PEDRON, Flavio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo**: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Junger Habermas e Klaus Gunther. Belo Horizonte: 2013, Ed. Club de Autores, p. 71.

decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história; é o seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção.²⁴

No Brasil, a história do reconhecimento do Direito Fundamental à Saúde evidencia que sua inserção na Constituição brasileira de 1988 adveio de um longo processo consistente em batalhas travadas pela sociedade, com a realização de intensos debates, em especial aqueles desenvolvidos por ocasião da VIII Conferência Nacional de Saúde em 1986.

Esse fato histórico foi um importantíssimo capítulo nesse romance em cadeia da concretização da cidadania no Brasil, vinculado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Nessa perspectiva, a força normativa dos princípios, na concepção do Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição brasileira de 1988, restou evidenciada por Elda Coelho de Azevedo Bussinguer,²⁵ nos seguintes termos:

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 – resultado de uma luta política pela democratização do País, transição de um Estado autoritário para um Estado em construção e busca democrática – trouxe também uma nova perspectiva para o posicionamento do Judiciário, fincada em um ideário direcionado sobretudo para efetivação e garantia dos Direitos Humanos e Sociais, a partir de uma base principiológica, focada na igualdade, na liberdade e na justiça. A transição das normas-regras para as normas-princípios traz, para a sociedade e para o Judiciário, em particular, uma exigência de reposicionar os antigos modos de pensar e decidir o que é

24. DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**, 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 283.

25. BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latina americana**. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19803/1/2014_EldaCoelhodeAzevedo-Bussinguer.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015, p. 27.

justo em uma sociedade plural, sincrética, desigual e complexa, como a sociedade brasileira.

Avançando nesse romance em cadeia, mais um capítulo foi escrito com a criação do Sistema Único de Saúde, por meio do art. 198 da Constituição brasileira de 1988, com a determinação de que as ações e serviços públicos de saúde devem integrar uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único.²⁶

A seu turno, o art. 199 da Constituição brasileira de 1988 determina que a assistência à saúde é livre à iniciativa privada, assim como que **as instituições privadas poderão participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde, segundo diretrizes deste**, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos²⁷ (grifos nossos).

Disciplinando essa forma de participação complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, a Lei nº 8.080/90 dispôs que:

Art. 24. Quando as suas disponibilidades forem insuficientes para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, o Sistema Único de Saúde (SUS) poderá recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada.

Parágrafo único. A participação complementar dos serviços privados será formalizada mediante contrato ou convênio, observadas, a respeito, as normas de direito público.²⁸

Ao serem observadas os fatos sociais que fundamentaram a inserção do Direito Fundamental à Saúde na Constituição brasileira de 1988, assim como todo o arcabouço legal e infra-legal que disciplina o instituto da participação

26. BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 dez. 2015.

27. Idem.

28. BRASIL. Lei nº 8.080/90. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 02 dez. 2015.

complementar da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, pode-se compreender que o dever de prestação dos serviços de saúde é do Estado.

A prestação de serviços públicos de saúde pode ser realizada pela iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, sempre que o Administrador Público, fundamentadamente, justificar essa necessidade, quando houver insuficiência do setor público e for necessária a contratação de serviços privados, sob os termos das condições da legislação gestora do SUS.

Não ignora-se a teoria encampada por Mânica²⁹ sobre a complementaridade da participação privada na prestação de serviços públicos, por meio do Sistema Único de Saúde quando, ao trazer considerações sobre o que entenderia ser uma maior eficiência na garantia do Direito à Saúde por meio da prestação privada, conclui:

A complementaridade da participação privada nos serviços de saúde conduz, portanto, ao reconhecimento da possibilidade de delegação de serviços públicos de saúde a particulares, a ser instrumentalizada por meio de ajustes celebrados com a iniciativa privada, os quais podem ter como objeto: (i) um serviço ou um grupo de serviços internos relacionados à atividade-fim de uma entidade ou órgão público prestador de serviços de saúde; (ii) a prestação de serviços por uma unidade privada dotada de infraestrutura apta ao desenvolvimento das atividades ajustadas; ou (iii) toda a gestão de uma unidade pública de saúde – incluindo, obviamente, atividades-fim, atividades-meio e atividades acessórias. Em cada situação concreta, cumpre ao Administrador Público escolher, motivadamente, a melhor opção para a prestação de serviços públicos de saúde a todos aqueles que dele necessitam, adotando para tanto, se for o caso, o modelo de ajuste mais adequado ao caso.

Entretanto, a eficiência administrativa deve vir pautada pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e não em modelos privados pautados pela ideia

29. MÂNICA, Fernando Borges. **A complementaridade da participação privada no SUS**. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/a_complementariedade_da_participa%C3%A7%C3%A3o_privada_no_sus.pdf. Acesso em: 08 dez. 2015.

de reformismo do Estado dos anos 80 e 90. Referindo-se ao parâmetro aferidor da eficiência na Administração Pública, Batista Júnior esclarece que, na realidade, o referencial do Princípio da Eficiência não deve ser compreendido em função do resultado proporcionado ao usuário do serviço público, mas sim deve estar firmado na pessoa humana, fazendo com que as exigências de maior qualidade na prestação de serviços públicos satisfaça as necessidades da população.³⁰

A prestação de serviços públicos de saúde, conforme anotado, é dever fundamental do Estado *lato sensu*, Municípios, Estados e União, os quais, obedecendo, dentre outros, ao Princípio da Eficiência Administrativa, disposto no art. 37 da Constituição brasileira de 1988, devem, primeiramente, efetuar todos os esforços para que, de forma integrada e observando os recursos físicos e humanos presentes na rede pública de saúde, concretizem adequadamente o Direito Fundamental à Saúde dos administrados.

Nesse sentido, Perim traz relevante contribuição ao tema, ao especificar os limites subjetivos e objetivos da complementaridade realizada pela iniciativa privada ao Sistema Único de Saúde.

Por isso, os limites subjetivos da complementaridade definem-se pelo regime jurídico adotado pelo prestador de serviços, devendo ser considerado privados todos os entes que não estejam integralmente sujeitos ao RJDP, como as estatais de direito privado e o terceiro setor. Quanto aos limites objetivos, embora admita a delegação de atividades fim executivas do SUS, por certo que são indelegáveis serviços que envolvam poder de polícia e atos de gestão. Dessa forma, o cálculo da fatia complementar da participação privada deve excluir tais atividades, considerando apenas as prestacionais, as quais o Poder Público assumir em percentual significativamente superior a 50%, em cada nível de gestão e complexidade, a fim de garantir um sistema que seja público o suficiente para evitar a precarização do trabalho na saúde e a dominação de mercado.³¹

30. BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**, 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193-194.

31. PERIM, Maria Clara Mendonça. **Organizações sociais e a diretriz da complementaridade: desafios da participação social na saúde**. Curitiba: CRV, 2014, p. 72-73.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao julgar o Mandado de Segurança nº 0050854-76.2012.8.19.0000, impetrado pelo Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINMED/RJ) e outros, proferiu decisão, em 16 de abril de 2013, no sentido da existência de limitação constitucional à complementaridade da participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, conforme termos da ementa abaixo:

A C Ó R D Ã O

MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. DIREITO DE TODOS. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (LEI 8.080/90). ORGANIZAÇÕES SOCIAIS (LEI 9.637/98). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 1.923/DF, AINDA EM JULGAMENTO. PRESUNÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE. TRANSFERÊNCIA DA GESTÃO DAS UNIDADES DE TRATAMENTO CRÍTICO (UTI e USI) DE HOSPITAIS ESTADUAIS PARA ENTIDADES PRIVADAS. PARTICIPAÇÃO DA INICIATIVA PRIVADA EM CARÁTER COMPLEMENTAR E SEM FINS LUCRATIVOS. MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR. EXIMIÇÃO DE DEVER CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVER DE PRESTAR SERVIÇO PÚBLICO TÍPICO E ESSENCIAL DE QUALIDADE. OBRIGAÇÃO DE GESTÃO EFICIENTE. ÉTICA NA APLICAÇÃO DOS RECURSOS PÚBLICOS. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

1. A Constituição Federal estabelece como princípio fundamental da República, a Dignidade da Pessoa Humana, sendo a saúde, após a vida, direito fundamental a ser preservado em todas as suas manifestações (artigos 1º, III, 3º e 5º). A saúde é dever constitucionalmente imposto ao Estado pelo Constituinte Originário e direito de todos (art. 196), sendo atividade típica e essencial e razão de ser da entidade estatal, visando sua “promoção, proteção e recuperação”.

2. A relevância pública das ações e serviços de saúde (CF, 197) permite que apenas sua execução possa ser feita em caráter assistencial, complementar e sem fins lucrativos, pela iniciativa privada, conforme dispõe a Lei nº 8.080/90.

3. Os motivos que serviram à edição de ato administrativo vinculam a própria atuação da 2 Mandado de Segurança 0050854-76.2012.8.19.000 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 9ª Câmara Cível autoridade, devendo sua ação corresponder aos motivos, sob pena de nulidade.

4. As dificuldades ordinárias na administração de unidades de tratamento intensivo e semi-intensivo (UTI e USI), existentes em hospitais tradicionais e antigos do Estado, não podem servir como justificativa para a transferência da gestão administrativa e a execução de serviços típicos de saúde para a iniciativa privada, ainda que através de organizações sociais de saúde.

5. Elenco de dificuldades que apenas revelam deficiência crônica na própria gestão do serviço de saúde pública, deixando o Estado de cumprir com o seu dever constitucional de prestar serviço essencial de qualidade, incidindo, em tese, em conduta ímproba passível de responsabilização.

6. A transferência da gestão de atividade típica e essencial do Estado para a iniciativa privada, mediante contratos ou convênios vultosos, não garante, por si só, que o serviço público será prestado da melhor forma, servindo apenas para eximir o Estado de dever imposto constitucionalmente. Otimização da Boa Administração através de gestão eficiente dos recursos públicos. Princípio ético que deve reger sua melhor aplicação. Obrigação de manutenção dos serviços existentes em condições de prestar serviços de qualidade.

7. Inocorrência de fatos que autorizem a contratação de entidade privada, sob qualquer forma, por se encontrarem ausentes os pressupostos constitucionais e legais. Edital de Seleção nulo.

8. Concessão da segurança.³²

32. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Concessão do MS nº 0050854-76.2012.8.19.0000. Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINMED) e outros e Secretário de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000448814C4EAAF7E588AD6B02156757999DC5021C2D090A&USER=>. Acesso em: 02 jan. 2017.

Posteriormente, o Estado do Rio de Janeiro ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal a Reclamação nº 15.733,³³ questionando a sobredita decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em julgamento proferido em 14 de novembro de 2016, a Ministra Rosa Weber proferiu decisão julgando improcedente a citada reclamação, revogando a medida cautelar deferida para suspender a eficácia do acórdão proferido no bojo do Mandado de Segurança nº 0050854-76.2012.8.19.0000.

Feitas essas considerações, premente concluir que, nos termos da Constituição brasileira de 1988 e da Legislação infraconstitucional, a atuação da iniciativa privada na prestação dos serviços do Sistema Único de Saúde deve ser acessória, coadjuvante, complementar aos serviços prestados pelo Estado, donde que eventual pretensão de assunção, por parte da iniciativa privada, das funções de poder de polícia e de atos de gestão confrontam com o texto constitucional e com a Lei Orgânica da Saúde.

Além disso, a celebração de contratos ou convênios com a iniciativa privada para a prestação de serviços no Sistema Único de Saúde deverá ser precedida de fundamentação quanto a inviabilidade da prestação direta do serviço de saúde pelo ente estatal ou por outros entes das Administrações Públicas da respectiva rede regional de saúde.

Conclusão

Não terminaremos, pois esta história não tem fim, conforme a metáfora do romance em cadeia de Ronald Dworkin. Por conta disso, os próximos capítulos a serem escritos para a concretização do Direito Fundamental à Saúde necessitam e impõem a efetiva compreensão dos fatos, dos movimentos sociais e das lutas do passado. A saúde não pode ser vista como objeto de mercado, pelo contrário, deve ser compreendida como Direito Fundamental a ser prestado pelo Estado, num Sistema Único de Saúde, com a participação complementar e devidamente fundamentada da iniciativa privada, nos termos disciplinados pela Constituição brasileira de 1988 e pela legislação infraconstitucional.

A compreensão, na perspectiva do Direito como integridade, da participação da iniciativa privada no Sistema Único de Saúde, com ênfase no Princípio

33. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Julgado Improcedente Reclamação nº 15.733. Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicado no Diário Justiça nº 244 do dia 18 de novembro de 2016.

Constitucional da Eficiência Administrativa, isto é, numa visão de eficiência da atuação administrativa, direta ou indiretamente, pelo Estado, deve ser pausada, em termos histórico-fático-jurídicos, em especial pelo constitucional art. 24, da Lei nº 8.080/90.³⁴

O Administrador Público poderá, fundamentadamente, após a demonstração da comprovação de que estão esgotadas as disponibilidades para garantir a cobertura assistencial à população de uma determinada área, recorrer aos serviços ofertados pela iniciativa privada, de forma complementar, no Sistema Único de Saúde.

Entender diferente seria negar os avanços alcançados pela sociedade brasileira e escrever um capítulo marcadamente econômico e deturpador das regras e dos princípios insertos na Constituição cidadã de 1988.

Referências

- ANAIS da 8ª Conferência Nacional de Saúde. Ministério da Saúde. **Discurso de Abertura:** Antônio Sérgio da Silva Arouca. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/8conf_nac_anais.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.
- BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 dez. 2015.
- BRASIL. **Lei nº 8.080/90 - Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 01 dez. 2015.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Provido Recurso Especial nº 1.101.740/SP**. Relator: Luiz Fux. Município de São José do Rio Preto/SP x Evanilde Souza de Carvalho. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 dez. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. **Concessão do MS nº 0050854-76.2012.8.19.0000**. Sindicato dos Médicos do Rio de Janeiro (SINMED) e outros e Secretário de Estado de Saúde do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000448814C4EAAF7E588AD6B02156757999DC5021C2D090A&USER=>. Acesso em: 02 jan. 2017.

34. BRASIL. Lei nº 8.080/90. **Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8080.htm. Acesso em: 02 dez. 2015.

- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgado Improcedente Reclamação nº 15.733**. Estado do Rio de Janeiro e Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Rosa Weber. Publicado no Diário Justiça nº 244 do dia 18 de novembro de 2016.
- BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **A teoria da proporcionalidade de Robert Alexy**: uma contribuição epistêmica para a construção de uma bioética latina americana. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19803/1/2014_EldaCoelhodeAzevedoBus-singuer.pdf. Acesso em: 01 dez. 2015.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CARVALHO, Jose Murilo de. **Cidadania no Brasil. O longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- COURA, Alexandre Castro. **Hermenêutica jurídica e jurisdição (in) constitucional**: para análise crítica da “jurisprudência” de valores à luz da teoria discursiva de Habermas. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- GUERRA, Sidney. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Atlas, 2012.
- HART, Hebert. **O conceito de Direito**. 5. ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- MÂNICA, Fernando Borges. **A complementaridade da participação privada no SUS**. Disponível em: http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/a_complementariedade_da_participa%C3%A7%C3%A3o_privada_no_sus.pdf. Acesso em: 08 dez. 2015.
- MICHAELIS, **Moderno dicionário**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- PEDRON, Flavio Quinaud. **Em busca da legitimidade do direito contemporâneo**: uma análise reconstrutiva das teorias jurídicas de Ronald Dworkin, Junger Habermas e Klaus Gunther. Belo Horizonte: 2013, Club de Autores.
- PERIM, Maria Clara Mendonça. **Organizações sociais e a diretriz da complementaridade**: desafios da participação social na saúde. Curitiba: CRV, 2014.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; SANTOS, Murilo Angeli Dias dos. **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. 1. ed. Birigui: 2012.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 581.488**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2604151>. Acesso em: 08 dez. 2015.
- SUS. **A saúde do Brasil**. Disponível em: <http://www.ccms.saude.gov.br/sus20anos/mostra/antecedepois.html>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

12

O que de democracia há no liberalismo à brasileira?

Mylla Maria Sousa Sampaio¹

Cássius Guimarães Chai²

DOI: 10.52695/978-65-5672-018-0-p270-295

-
1. Mestra em Direito e Instituições do Sistema de Justiça na Universidade Federal do Maranhão. Assessora Jurídica, Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, Corregedoria-Geral. Ex-Assessora Parlamentar na Assembleia Legislativa do Estado do Maranhão. Discente grupo de Pesquisa Cultura, Direito e Sociedade DGP - CNPq - UFMA.
 2. Professor Associado PPGDIR/UFMA e professor permanente PPGD/FDV. Pesquisador Visitante – Beijing Criminal College, Normal University of Beijing e Universidade do Porto, Portugal.

Introdução

O comum pragmatismo político brasileiro deu lugar a um forte teor ideológico que dominou o pleito eleitoral de 2018. As distinções entre esquerda e direita, mantidas na superficialidade do senso comum da desinformação, tornaram-se ainda mais acentuadas em virtude de um esgotamento do discurso do Partido dos Trabalhadores, que se manteve em evidência desde o ano 2002 quando Luís Inácio Lula da Silva finalmente assumiu a presidência da República após sucessivas tentativas.

Esse processo de exaurimento e intolerância com os partidos de matrizes social-democracia se deve a alguns fatores, como os consecutivos escândalos de corrupção em que estiveram envolvidas as principais legendas partidárias brasileiras e parlamentares e membros de Poderes Executivos Federal e Estaduais ao longo da imediata redemocratização, com o primeiro impeachment, ao longo dos anos 90, com o escândalo dos Anões do Orçamento, e de referência mais próxima os desdobramentos do Caso Mensalão, que impulsionaram, no geral a rejeição a certas políticas sociais de distribuição de renda ou de reparação dos problemas históricos, o distanciamento entre os interesses políticos e os da sociedade.

Esse quadro de endêmica corrupção institucionalizada permitiu lugar a um macarthismo à brasileira e, implicado pelas duas crises econômicas globais e os problemas econômicos enfrentados pelo Brasil nos últimos anos, propiciou o ressurgimento de discursos pretensamente liberais e conservadores.

Este ensaio, enquanto exercício crítico-analítico, aponta incompatibilidades, inconsistências entre teoria e práxis, mesmo insuficiências entre os discursos apresentados pelos candidatos à Presidência da República ante as auto afirmações de projetos liberais e do conservadorismo.

São analisadas propostas apresentados pelos presidenciáveis em seus planos de governo e em entrevistas, comparando-as com o que dizem, no marco teórico selecionado, de autores liberais e conservadores da atualidade e, levando-se em consideração, também, o oportunismo político ao notar um esgotamento do discurso progressista e, por isso, haver uma inflação de filiados a legendas partidárias liberais, como o Partido Social Liberal – PSL, e mais recentemente, seu esvaziamento com a criação da novel legenda partidária, que se afirma inspirada na formação de uma Aliança pelo Brasil, ao lado de mais outras 70 iniciativas de registro de agremiações político-partidárias.

Para verificar a consistência entre os discursos e a literatura liberal e conservadora é necessário categorizá-los em direita, centro e esquerda.

De início é oportuno assentar que considerando a forma como se manifestam no Brasil essas perspectivas políticas. O liberal, no Brasil, está entre o centro e a direita, como os conservadores; ao contrário da experiência norte-americana, onde se encontra entre o centro e a esquerda, distanciando-se do conservadorismo. Para tanto, a distinção entre esses seguimentos políticos será examinada segundo a abordagem em Thomas Sowell.

Não se pretende aduzir que qualquer autor liberal entre os analisados está correto ou errado, mas sim, que algumas visões apresentadas pelo liberalismo (o clássico, por exemplo, onde se exige do Estado um absentismo maior) não são adequadas à realidade brasileira, onde ainda existem problemas sociais que precisam da forte atuação estatal para solucioná-los. E, na qual o Liberalismo sempre é chamado a ser garantidor dos riscos do investidor, assumindo-os nos eufemismos econômicos dos “Planos de Recuperação”, e nos empréstimos a juros pífios a setor bancário, em contrapartida dos serviços de dívida por estes cobrados dos pequenos empresários, correntistas e empregados.

Considerações preliminares

Até que ponto as ideias apresentadas pelos candidatos têm relação com o liberalismo? No que, de fato, acreditam os liberais? Para responder a essas perguntas é preciso distinguir, primeiramente, o que é direita e esquerda – especialmente em âmbito nacional, onde os conceitos políticos parecem não estar alinhados às experiências que ocorreram no resto do mundo.

O conceito que será analisado sobre a dicotomia existente entre os dois principais campos ideológicos **não** é a bastante conhecida ideia de Norberto Bobbio, para quem:

[...] a pessoa de esquerda é aquela que considera mais o que os homens têm em comum do que o que os divide, e de que a pessoa de direita, ao contrário, dá maior relevância política ao que diferencia um homem do outro do que ao que os une, a diferença entre esquerda e direita revela-se no fato de que, para a pessoa de esquerda, a igualdade é a regra e a desigualdade, a exceção. Disso se segue que, para essa pessoa, qualquer forma de desigualdade precisa ser de algum modo justificada, ao passo que, para o indivíduo de direita, vale exatamente o contrário, ou seja, que a desigualdade é a regra e que, se

alguma relação de igualdade deve ser acolhida, ela precisa ser devidamente justificada (...) não se pretende dizer que a esquerda inclui todos e a direita exclui todos, mas sim que a regra da esquerda é a inclusão, salvo exceções, e a regra da direita é a exclusão, salvo exceções. Também é verdade que, diante das três questões tradicionais – “igualdade entre quem, igualdade em relação a que, igualdade com base em qual critério?” -, a esquerda, com respeito à primeira, tende a dar uma resposta mais extensiva (senão “todos” contra “poucos”, os “mais” contra os “menos”); com respeito à segunda, dá preferência aos direitos humanos fundamentais contra os bens de consumo e patrimoniais; com respeito à terceira, tende-se a considerar como mais de acordo com a esquerda os critérios da necessidade e do trabalho, e mais de acordo com a direita os critérios do mérito e da posição social (BOBBIO, 2011, p. 23-24).

O motivo é simples: o autor italiano analisa as intenções e não os resultados das medidas que indivíduos de direita e esquerda põem em prática quando podem direcionar as instituições.

Outra ótica possível sobre dignidade, Direitos Humanos e o papel do Estado e, aqui considerada mais adequada, é a esposada por Sowell (2012), que divide as opiniões sobre o mundo e suas questões em visão restrita e visão irrestrita, sendo a primeira mais compatível com o liberalismo e o conservadorismo, uma vez que leva em consideração as limitações morais do homem sem tentar modificá-lo; ao passo que a segunda é compartilhada por socialistas e comunistas e tenta modificar a essência humana, aprimorando-a, para atingir o potencial de ser perfectível que é. O mais importante e distintivo nessa teoria é não fazer juízo de valor sobre os sentimentos mais íntimos das pessoas que compartilham desses pontos de vista, evitando a vaidosa tentação de colocar-se ao lado dos “bons e elevados”, e impondo ao dissonante a mácula da desumanidade. Um bom resumo da diferença entre as concepções de Bobbio e Sowell é feita pelo próprio economista, muito embora sequer tenha tido a intenção de comparar seus escritos aos do filósofo:

Visto que as capacidades do homem na visão irrestrita são mais amplas, as intenções que guiam essas capacidades são especialmente importantes. Palavras e conceitos que giram em torno da intenção

– “sinceridade”, “comprometimento”, “dedicação” – têm-se mostrado fundamentais para discussão no contexto da visão irrestrita ao longo dos séculos, e as políticas perseguidas por essa visão frequentemente têm sido descritas em termos dos objetivos a serem alcançados: “liberdade, igualdade, fraternidade”, “acabar com a exploração do homem pelo homem” ou “justiça social”, por exemplo. Porém na visão restrita, em que a capacidade do homem de consumir suas intenções é muito limitada, as intenções significam muito menos. Burke referiu-se aos “efeitos benéficos das falhas humanas” e às “más consequências que acompanham as mais inquestionáveis virtudes”. Toda doutrina econômica do *laissez-faire* de Adam Smith supunha a mesma falta de correspondência entre intenção e efeito, pois os benefícios sistêmicos do capitalismo não faziam parte da intenção dos capitalistas.

Na visão restrita, processos sociais são descritos não tem termos de intenções ou de objetivos finais, mas de características sistêmicas consideradas necessárias para ajudar a alcançar esses objetivos – “direitos de propriedade, “livre iniciativa” ou “estrutura rigorosa” da Constituição, por exemplo. Não quer dizer, porém, fundamentalmente, que os objetivos se referem a coisas diferentes. A visão irrestrita fala diretamente em termos de resultados desejados; a visão restrita, em termos de características de processos consideradas propícias para resultados desejados, mas não diretamente ou sem muitos efeitos colaterais infelizes, que são aceitos como parte de uma contrapartida. (SOWELL, 2012, p. 44-45).

Considerando que essa dicotomia está mais viva do que nunca, socialismo e comunismo estarão situados ao lado esquerdo (como historicamente sempre se apresentaram), colocar-se-á o liberalismo e o conservadorismo à direita (ainda que os liberais nem sempre tenham pertencido a esse espectro e foram transferidos para esse espaço à medida que os coletivistas apareceram no debate), a final todos estão de acordo que políticas públicas de *welfare state* foram estratégias do próprio Liberalismo como meio de descompressão social e manutenção do seu sistema interno, e aqui se realiza um escorço das razões

que contribuíram para um cenário tão beligerante dessa polarização ideológica e, em um segundo momento, esses estatutos políticos(ideologias) serão explicadas não pelos seus críticos, mas por seus defensores (Mises, Friedman, Rawls e Sen), de forma que se investigará uma possível aproximação ou distanciamento entre os discursos adotados durante as eleições presidenciais ocorridas em 2018 pelo presidente eleito Jair Bolsonaro e os candidatos à presidência João Amoêdo, Henrique Meirelles e Marina Silva e o que se pode considerar um liberalismo ou conservadorismo nos moldes brasileiros, excluindo-se, face o recorte teórico, os filiados a partidos reconhecidamente de esquerda (Fernando Haddad, Ciro Gomes e Guilherme Boulos) e o inusitado metapolítico (Cabo Daciolo).

O liberalismo pelos seus principais expoentes

O que é e do que trata esse mal fadado liberalismo colonialista? Claramente, o espaço cronológico e a profusão de conhecimento entre o surgimento da idéia da “mão invisível” e do “desenvolvimento como liberdade” são inequívocos. No entanto, falar de liberalismo no Brasil exige um resgate histórico sobre a formação das ideias políticas no país até que se tenha chegado ao liberalismo de conveniência - onde as pautas econômicas estão dissociadas das sociais – e que se tenha tornado concebível manter visceral relação entre liberalismo econômico atrelado a conservadorismo social, ao passo que liberais e conservadores têm enormes divergências entre si.

Paim (2018) explica que as inspirações liberais brasileiras foram Inglaterra – cuja riqueza era atribuída ao desenvolvimento científico; os Estados Unidos da América – cuja revolução despertou o desejo de independência do Brasil ante Portugal; e a França – cujo processo de abolição da monarquia iniciou a democratização do país. Formando assim a tríade de anseio dos intelectuais brasileiros: prosperidade financeira, independência e democracia.

Durante os primeiros anos da República, o Brasil adotou oficialmente o liberalismo como doutrina, o fisiologismo como prática institucional e o individualismo como fronteira última das relações sociais. Tudo isso experimentado em rupturas históricas contrademocráticas, ainda que a pretexto da defesa da Democracia, o que sugere que o liberalismo dessas terras sempre tenha sido deficiente, sempre tenha lhe faltado algo, o que em alguns casos se manifestava pela falta de apreço pelo viés político da ideologia qual seja, o alcance e a manutenção do bem comum, pilar da democracia e por isso não deveria causar estranheza que governantes, no curso da história tenham esbravejado

sobre liberalismo, apeados nos excessos ao exercício do poder, afinal “aqueles que não conhecem o passado estão fadados a repeti-lo” é uma frase popular capaz de explicar a perda de memória que aflige o brasileiro, mas não explica seu fetiche por totalitarismo. Para isso, recorre-se a Wanderley Santos:

Em 1920, Oliveira Vianna expressou pela primeira vez, tão clara e completamente quanto possível, o dilema no liberalismo no Brasil. Não existe um sistema político liberal, dizia ele, sem uma sociedade liberal. O Brasil, continua, não possui uma sociedade liberal, mas, ao contrário, parental, clânica e autoritária. Em consequência, um sistema político liberal não apresentará desempenho apropriado, produzindo resultados sempre opostos ao pretendido pela doutrina. Além do mais, não há um caminho natural pelo qual a sociedade brasileira possa progredir do estágio em que se encontra até tornar-se liberal. Assim, conclui Oliveira Vianna, o Brasil precisa de um sistema político autoritário cujo programa econômico e político seja capaz de demolir as condições que impedem o sistema social de se transformar em liberal. Em outras palavras, seria necessário um sistema político autoritário para que se pudesse construir uma sociedade liberal. Este diagnóstico das dificuldades do liberalismo no Brasil, apresentado por Oliveira Vianna, fornece um ponto de referência para a reconsideração de duas das mais importantes tradições do pensamento político brasileiro: a tradição do liberalismo doutrinário e a do autoritarismo instrumental (SANTOS, 1998, p. 34).

Nesse sentido, os liberais doutrinários acreditavam que boas leis faziam boas instituições e boas instituições moldavam uma sociedade por garantirem a qualidade moral de todo o sistema, por isso o caminho para o Brasil se tornar liberal era lento, perpassando por reformas político-institucionais que gradualmente aproximariam o sistema do liberalismo, pois, para eles era necessário apenas retirar do caminho os obstáculos que impediam o Brasil operar em consonância com os ideais liberais. Por outro lado, os autoritários instrumentais não acreditavam em nada disso, negavam a possibilidade da sociedade seguir uma ordem natural de desenvolvimento a partir das orientações dos organizadores sociais (os que tomam as decisões) e, por isso, o Estado precisaria intervir em todos os âmbitos da vida para assegurar que

as metas sugeridas pelos tomadores de decisões pudessem ser atingidas; ademais, defendem que o exercício arbitrário de poder é um catalisador para que finalmente se chegue a uma sociedade liberal e, após isso, poder-se-ia desprezar o caráter autoritário do Estado. Esse autoritarismo instrumental pode ser verificado em alguns momentos da história brasileira, como por exemplo, na colonização brasileira (quando as regulações coloniais eram a única forma de limitação ao domínio individual da ocupação territorial) e durante a ditadura militar (o liberalismo econômico foi adotado e o rompimento com a democracia, diz-se, era um estágio passageiro até a recuperação da economia do país, que apesar de iniciativas geradoras de independência científica e tecnológica em setores sensíveis da economia e para segurança nacional, como a indústria alimentar, petróleo, energia e minério – não foi capaz de promover uma ruptura e continuo salto ao desenvolvimento e da acentuada desigualdade social).

Considerando que o liberalismo não é uno e que ele se manifesta de diversas formas e que a ideologia liberal é gênero cujas espécies são o liberalismo econômico e o liberalismo político, a escolha de Mises, Friedman, Rawls e Sen como intérpretes dessas ideias se deu por serem os dois primeiros mais próximos do liberalismo econômico e os últimos mais simpáticos ao liberalismo político.

Mises

O pilar da conhecida Escola Austríaca de Economia é Ludwig Von Mises, que reduz o programa liberal à defesa da liberdade individual, da propriedade privada, do livre comércio e da paz.

O autor defende o livre mercado fervorosamente e nega que o mundo já tenha experimentado alguma vez uma era onde o liberalismo tenha se manifestado plenamente, mas onde as ideias da liberdade puderam se disseminar com maior facilidade, foram capazes de trazer muita prosperidade econômica e civil. Contrariando a ideia de que o objetivo do liberalismo seria defender os interesses das classes mais abastadas em detrimento das pessoas economicamente mais frágeis, esclarece que muitas vezes a ideologia assume preceitos utilitários à medida que busca garantir o bem-estar para maior quantidade de pessoas em sua eterna busca da promoção do bem geral. Essa ideia errônea de que o liberalismo está sempre do lado contrário dos interesses dos pobres é uma falsa compreensão das críticas que os liberais costumam fazer às medidas populistas ou de inclusão econômica. Ludwig von Mises inaugura, assim, o conceito de ação racional:

Quando o liberal aconselha a que não se tome determinadas medidas populares, porque delas espera consequências danosas, é censurado como um inimigo do povo, enquanto que se acumulam loas aos demagogos que, sem levar em conta o mal que provocam, recomendam o que lhes parece conveniente no momento.

Uma ação racional se distingue de uma ação irracional pelo fato de envolver sacrifícios provisórios. Tais sacrifícios são apenas aparentes, uma vez que são contrabalanceados pelos resultados favoráveis que surgem mais tarde. A pessoa que evita uma comida saborosa, mas prejudicial faz, simplesmente, um sacrifício provisório e aparente. O resultado – a não ocorrência de males à sua saúde – demonstra que ela não perdeu coisa alguma: ao contrário, ganhou. Agir desse modo, entretanto, exige que se vislumbrem as consequências da ação de alguém. O demagogo se aproveita desse fato. Opõe-se ao liberal, que aconselha sacrifícios provisórios e simplesmente aparentes, e o denuncia como um frio inimigo do povo, ao mesmo tempo em que se coloca como um amigo da humanidade. Em socorro as medidas que advoga, o demagogo sabe muito bem como tocar o coração dos que o ouvem e leva-los às lágrimas, com alusões à necessidade e à miséria (MISES, 2010, p. 39).

Advogando, também, em favor do capitalismo como único sistema econômico compatível com o liberalismo e capaz de levar as pessoas a um nível satisfatório de conforto material, o austríaco atribui ao desenvolvimento gerado por esse sistema econômico a responsabilidade pela popularização de bens que, outrora, eram artigos de luxo (foi assim com os banheiros, no passado, e mais modernamente é assim com os Iphones), confrontando, dessa maneira, com a equivocada ideia de que os princípios liberais promovem unicamente os interesses de poucos em detrimento da miséria de muitos. Nesse cenário, o Estado, como o único aparelho social de coerção, deve proteger a propriedade, a liberdade e a paz contra as ameaças internas e externas.

Friedman

A ênfase que o economista da Escola de Chicago atribui à liberdade econômica não diz respeito, unicamente, aos benefícios em termos financeiros que o capitalismo traz à sociedade, mas às benesses políticas que só podem prosperar nesse sistema. Sendo assim, a liberdade econômica é pressuposto para a liberdade civil e política, não sendo o contrário verdadeiro. Essa relação se dá em decorrência da impossibilidade de que os direitos e garantias individuais sejam preservados em países onde as organizações econômicas têm perfil totalitário.

Embora haja evidências que apontam para o fato de que o capitalismo não seja perfeito, ainda é o que primeiro atrai quando as outras opções são o socialismo e o comunismo, sempre recaindo nos liberais o ônus de provarem as vantagens de suas ideias. Isso se dá em virtude do prestígio que os ideais coletivistas desfrutaram por muito tempo – e ainda desfrutam (quem em sã consciência não defenderia um mundo mais justo, igualitário e sem sofrimentos, como pretendem as utopias de base marxista?), não obstante a opinião pública tenha mudado um pouco após as experiências na China, um país dois sistemas, na Rússia e com o *welfare state* ter afetado a população com a inflação e impostos mais altos. Ainda, o termo “liberalismo” sofreu muitas mudanças ao longo dos séculos, especialmente nos Estados Unidos, onde os que se definem como liberais são pessoas que defendem políticas econômicas que acentuam uma atuação estatal intervencionista e paternalista em busca do bem-estar e da igualdade e que outrora foram rejeitadas pelos liberais clássicos (por conta dessa ressignificação semântica do termo, o que é liberalismo muitas vezes é tachado de conservadorismo).

Sugere a teoria rousseauiana que a situação natural do homem é a miséria e a tirania e, só o capitalismo é capaz de reduzir as desigualdades. A liberdade política se desenvolveu, no Ocidente, à medida que o livre mercado e as instituições capitalistas se desenvolviam também. E é sobre isso que trata *Capitalismo e Liberdade*, que não é uma obra somente sobre o papel do governo numa sociedade, mas sobre a função que o capitalismo desempenha como um sistema capaz de promover a liberdade política.

Obviamente a existência do mercado não elimina a necessidade do Estado, que deve fornecer os meios para estabelecer e modificar as regras, mediar os litígios entre as interpretações sobre a significado dessas regras e garantir a observância das regras por todos, bem como atuar em algumas áreas que não é aconselhável que sejam deixadas às incumbências do mercado, pois os prejuízos sociais podem ser tão grandes que tornam os canais políticos menos danosos. Nas palavras de Milton Friedman:

Um governo que preservou a lei e a ordem, definiu direitos de propriedade, serviu como meio para modificar direitos de propriedade e outras regras do jogo econômico, arbitrou disputas sobre a interpretação das regras, garantiu a execução de contratos, promoveu a competição, forneceu um arcabouço monetário, envolveu-se em atividades para combater os monopólios técnicos e superar os efeitos de vizinhança, considerados, em geral, bastante importantes para justificar a intervenção governamental, e suplementou a filantropia privada e a família privada ao proteger o irresponsável, seja louco, seja criança – tal governo decerto tem importantes funções a executar. O liberal coerente não é anarquista (FRIEDMAN, 2014, posição 815).

Uma proposta do autor merece destaque: a ideia possível dos vouchers educacionais, pensado em um contexto marcado por uma ética utilitarista, em um sistema educacional sólido e no qual não se operava o conceito de analfabeto funcional com proliferação do ensino no qual a qualidade é vista no estrato baixo do sistema de avaliação. Considerando que a intervenção do estado na educação justifica-se pelo fato de que os benefícios de uma sociedade que desfruta de altos índices educacionais não são apenas de ordem individual, mas coletiva também, a distribuição de vales, de quantia equivalente ao custo estimado da educação em escola pública, para que os pais cujos filhos estejam nos níveis primários e secundários possam matriculá-los em escolas particulares, incentivando, assim, a concorrência entre as instituições de ensino particulares para que ofereçam serviços cada vez melhores e remunerem os professores mais adequadamente.

John Rawls

Em uma sociedade marcada pelas diversas formas de pluralismo torna-se muito difícil conciliar todos os interesses, especialmente quando são conflitantes entre si. Para que uma coletividade nesses moldes não destrua suas instituições e, conseqüentemente, a si própria, é fundamental que exista um consenso sobreposto acerca de questões consideradas essenciais. Pode-se dizer, portanto, que para John Rawls (1993), uma sociedade de livres e iguais é aquela onde existe uma convergência quanto à igualdade de oportunidades e política, o respeito entre todos e a garantia de reciprocidade econômica para fomentar a justiça.

Por falar em justiça, o conceito central da obra *O liberalismo político* gira em torno dos princípios que a fazem um árbitro dos conflitos entre concepções aparentemente irreconciliáveis, a saber:

Todas as pessoas têm direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, projeto este compatível com todos os demais; e, nesse projeto, as liberdades políticas, e somente estas, deverão ter seu valor equitativo garantido.

As desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer dois requisitos: primeiro, devem estar vinculadas a posições e cargos abertos a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, segundo, devem representar o maior benefício possível aos menos privilegiados da sociedade.

(...) os dois princípios expressam uma forma igualitária de liberalismo em virtude de três elementos. São eles: a) a garantir do valor equitativo das liberdades políticas, de modo que não sejam puramente formais; b) igualdade equitativa (e, é bom que se diga, não meramente formal) de oportunidades; e, finalmente, c) o chamado princípio da diferença, segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas associadas aos cargos e posições devem ser ajustadas de tal modo que, sejam qual for o nível dessas desigualdades, grande ou pequeno, devem representar o maior benefício possível para os menos privilegiados da sociedade (RAWLS, 1993, p. 47-49).

São sobre esses pontos que o consenso sobreposto é necessário para que a sociedade tenha como pilar um acordo político racional capaz de conciliar pontos de vista tão dissonantes. Nesse sentido, deve haver um entendimento básico de que as diferenças econômicas precisam ser atenuadas (e cabe ao Estado agir nesse sentido, já que o mercado, sozinho, não é capaz de promover a equidade), que os obstáculos ao desenvolvimento de grupos ou raças devem ser retirados e, na impossibilidade de fazê-lo imediatamente, alguns auxílios podem ser concedidos para que estes alcancem o que lhes é quase impossível nas condições formalmente isonômicas em virtude das desigualdades inicialmente impostas. A ênfase deve ser na igualdade material, única capaz de substanciar qualquer conceito de igualdade formal garantido por lei.

Amartya Sen

Muito se fala sobre desenvolvimento, especialmente relacionando-o de forma prioritária ao crescimento econômico. Ocorre que é mais adequado partir do pressuposto de que a geração de riquezas não deve ser interpretada como um fim em si mesmo, ou melhor: as pessoas e os países buscam desenvolver-se economicamente não porquê a riqueza e a renda são boas isoladamente consideradas, mas sim porquê são instrumentos capazes de atenderem às suas necessidades básicas. Trabalhando a ideia de que negar às pessoas oportunidades econômicas capazes de melhorarem suas vidas pode resultar em toda sorte de privações, a ideia que Amartya Sen traz em *Desenvolvimento como liberdade* é a de que a pobreza não é apenas um baixo nível de renda, mas ela se manifesta de modo multidimensional. É, em verdade, uma privação de capacidades básicas. Sendo capacidade uma forma de liberdade no que diz respeito à possibilidade de ter estilos de vida diversos partindo de um pilar igualitário de oportunidades, isso significa que alguém em condições financeiras muito ruins tem grandes chances de se submeter a indignidades para sobreviver, a exemplo da pessoa transexual com excelente *background* educacional que, por não encontrar um emprego formal em virtude da recusa dos empregadores em lhe contratarem por repulsa discriminatória, prostitui-se e, em certo dia, é agredida e assassinada na rua. Pergunta-se: se oportunidades de desenvolvimento (educação, saúde, emprego) fossem oferecidas a essa pessoa, qual a probabilidade dela se colocar em uma situação de risco iminente para obter seu sustento? Supõem-se que baixa. Nesse sentido, afirma Amartya Sen que os custos ao erário gerados pelo direcionamento de dinheiro público em saúde, educação, seguridade social, etc., são investimentos, à medida que, democratizado o acesso a todos por serem serviços públicos, garanti-los é uma forma de obter resultados na duração e qualidade de vida da população, criticando a austeridade mal direcionada:

Os que se consideram adeptos do comedimento financeiro às vezes se mostram céticos quanto ao desenvolvimento humano. Entretanto, há pouca base racional para essa inferência. Os benefícios do desenvolvimento humano são patentes, e podem ser mais completamente aquilatados com uma visão adequada e abrangente de sua influência global. A consciência dos custos pode ajudar a dirigir o desenvolvimento humano por canais que sejam mais produtivos – direta e indiretamente – para a qualidade de vida, mas não ameaça sua importância imperativa.

O que realmente deveria ser ameaçado pelo comedimento financeiro é, com efeito, o uso dos recursos

públicos para finalidades nas quais os benefícios sociais não são nada claros (...). O comedimento financeiro deveria ser o pesadelo do militarista, e não do professor primário ou da enfermeira do hospital. É um indício do mundo desordenado em que vivemos o fato de o professor primário e a enfermeira se sentirem mais ameaçados pelo comedimento financeiro do que um general do exército. A retificação dessa anomalia requer não a crítica ao comedimento financeiro, e sim ao exame mais pragmático e receptivo das reivindicações concorrentes dos fundos sociais (SEN, 2010, p. 190-191).

Sendo o desenvolvimento um direito humano de terceira dimensão reconhecido pela Organização das Nações Unidas – ONU, não se pode, unicamente, buscar o crescimento econômico desconexo com a promoção de melhorias significativas na vida das pessoas. Sendo o homem um fim em si mesmo, toda a geração de riquezas deve estar a serviço da satisfação das necessidades humanas. Nesse sentido, Mônica Teresa Costa Sousa explica que:

Superar a pobreza como privação das capacidades é superar um dos grandes obstáculos ao processo de desenvolvimento. A situação da pobreza extrema afeta a capacidade de produção dos indivíduos, e essa capacidade de produção em conjunto é determinante essencial para a ascensão econômica do Estado, por exemplo. Uma eficiente proposta de desenvolvimento é a que busca primeiro a distribuição de oportunidades e posteriormente o crescimento (...).

É o investimento em capital humano que contribui para que as pessoas que não participam ou quase nada participam no processo de desenvolvimento possam se tornar agentes capazes de contribuir com a expansão nacional e com a expansão de oportunidades; desta forma, políticas públicas que determinam como objetivo de desenvolvimento o acesso à educação básica, eficiente sistema de saúde pública, planejamento familiar, políticas de igualdade de gênero e de combate à pobreza como privação de capacidades são muito mais eficientes e promovem um desenvolvimento muito mais equitativo que as direcionadas simplesmente à reorganização de políticas macroeconômicas (SOUSA, 2011, p. 95).

Percebe-se, assim, que o desenvolvimento pleno é aquele onde existe uma aliança entre a riqueza produzida pelas nações e os investimentos feitos por elas nas pessoas que as constroem. Qualquer coisa que fuja disso é uma anomalia, uma deformação, um conceito manco de progresso econômico. Dessa forma, pode-se considerar que o Bolsa-Família – maior programa de distribuição de renda do mundo e, embora muito condenado por aqueles que podem desfrutar de no mínimo três refeições diárias e não dormem em casas de taipa, tem mais virtudes que vícios - de acordo com Rego e Pinzani (2013), é o grande responsável por uma verdadeira revolução na vida dos beneficiários, especialmente das mulheres pobres nos confins das áreas mais abandonadas pelo Estado na região nordestina, capaz de dignificá-las, dando autonomia e autoconfiança, livrando-as de ciclos de violência e resignação, ampliando suas perspectivas de uma vida que valha à pena ser vivida.

Liberalismo à brasileira

Para compreender onde ideologicamente se situam os pretensos liberais que surgiram no pleito de 2018 é necessário realizar uma análise dos planos de governo que Jair Bolsonaro, João Amoedo, Henrique Meirelles e Marina Silva apresentaram, sendo esta a única veterana numa eleição presidencial e aqueles – em especial o representante do Partido NOVO, João Amoedo, até então sem qualquer vinculação com cargos de administração pública - estreados na disputa pela chefia do Poder Executivo nacional.

Aliado aos planos de governo, as entrevistas que os presidenciáveis concederam ao programa Roda Viva auxiliam na observação dos discursos. A escolha do tradicional diálogo realizado pela TV Cultura entre jornalistas, economistas, professores e personalidades se dá em virtude da presença de João Amoedo, que, por restrição imposta pela legislação eleitoral, não participou dos debates em outras emissoras mais populares.

O presidente eleito, Sua Excelência o Senhor Jair Bolsonaro: “Deus acima de tudo, Brasil acima de todos”

Ao contrário do que ocorreu nas eleições presidenciais passadas, em 2018 a polarização PT x PSDB deu espaço para que Jair Bolsonaro ocupasse a tradicional posição do tucanato contra o Partido dos Trabalhadores, previsão realizada por Almeida (2018) que, ao esclarecer que nas regiões onde o assistencialismo estatal é mais forte, o PT tem vantagem, e nas regiões onde

há menos pobreza o PSDB se fortalece, pode explicar também a rejeição que Bolsonaro desfruta no Nordeste e a imensa votação que obteve nas regiões Sul e Sudeste, herdando, assim, o eleitor que costumava votar no PSDB.

O bolsonarismo emerge caracterizado como um movimento aglutinador dos três fatores mais acentuados de antipetismo, com o agravante de que tem feições distanciadas do discurso de não violência, flerta com práticas incompatíveis com a democracia no sentido proposto por Levitsky e Ziblatt de que atualmente as democracias se deterioram não mais através de golpes cezaristas ou sangrentas revoluções como outrora ocorriam, mas por meio dos próprios mecanismos democráticos, no amálgama da indústria da desinformação, com eleições que levam ao poder sujeitos pouco comprometidos com o processo que os ascendeu politicamente e que não veem problema em subvertê-lo.

(...) desenvolvemos um conjunto de quatro sinais de alerta eu podem nos ajudar a reconhecer um autoritário. Nós devemos nos preocupar quando políticos: 1) rejeitam, em palavras ou ações, as regras democráticas do jogo; 2) negam a legitimidade de oponentes; 3) toleram e encorajam a violência; e 4) dão indicações de disposição para restringir liberdades civis de oponentes, inclusive a mídia.

(...)

Um político que se enquadrado mesmo em apenas um desses critério é motivo de preocupação. Que tipo de candidato tende a dar positivo no teste de autoritarismo? Com grande frequência, os outsiders populistas. Populistas são políticos antiestablishment – figuras que, afirmando representar a “voz do povo” entram em guerra contra o que descrevem como uma elite corrupta e conspiradora. Populistas tendem a negar a legitimidade dos partidos estabelecidos, atacando-os como antidemocráticos e mesmo antipatrióticos. Eles dizem aos eleitores que o sistema não é uma democracia de verdade, mas algo que foi sequestrado, corrompido ou fraudulentamente manipulado pela elite. E prometem sepultar essa elite e devolver o poder “ao povo”. Esse discurso deve ser levado a sério. Quando populistas ganham eleições, é frequente investirem contra as instituições democráticas (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, posição 449).

Superado o processo eleitoral, a liturgia do cargo na fórmula republicana exige do dignitário uma postura de apreço aos fundamentos do governo republicano e ao respeito ao Estado de Constitucional de Direito, devendo, sobretudo, orientar e determinar aos seus adjuntos a defesa dos Direitos fundamentais, em um ambiente de governabilidade próprio das democracias estáveis.

Discursos da fase do pleito, expressos no curso da campanha, pesar de serem severamente criticados, não podem e não devem ser tomados como horizonte de sentido no exercício do Poder no qual já investido o Chefe do Poder Executivo.

Discursos marcados por expressões de incitação à violência, à misoginia, ao despreço sócio-cultural de povos ancestrais e do multiculturalismo e que guardam tais características, são incompatíveis com a dignidade e o decoro do cargo e da função máxima de chefia da nação. Assim, manifestações veiculadas nos principais jornais brasileiros: a) quando rejeitou as regras democráticas afirmando que não aceitaria o resultado das eleições caso não vencesse³ e levantou suspeita sobre a lisura do procedimento;⁴ b) quando questiona a legitimidade de seus concorrentes apesar da posição da Justiça Eleitoral;⁵ c) quando tolera a violência de seus apoiadores em agressões que promovem;⁶ d) quando demonstra pretensão de restringir o ativismo⁷ e cortar as verbas

-
3. BOLSONARO diz: “Não aceito resultado das eleições diferente da minha eleição”. **G1**, São Paulo, 28 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/eleicoes/2018/noticia/2018/09/28/bolsonaro-diz-que-nao-aceitara-resultado-diferente-do-que-seja-a-minha-eleicao.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2018.
 4. COLETTA, Ricardo Dela. Bolsonaro martela tese de fraude nas urnas, mesmo sem provas. **El País**. Madrid, 12 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/11/politica/1539286462_109761.html. Acesso em: 30 out. 2018.
 5. UMPIERES, Rodrigo Tolotti. Bolsonaro chama Haddad de “canalha” e “pau mandado de corrupto”, petista rebate. **Infomoney**. Rio de Janeiro, 09 out. 2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7685740/bolsonaro-chama-haddad-de-canalha-e-pau-mandado-de-corrupto-petista-rebate>. Acesso em: 30 out. 2018.
 6. REZENDA, Constança; FAGUNDES, Mateus. Bolsonaro diz que não tem a ver com episódios de violência relacionados a seus eleitores. **Estadão**. São Paulo: 10 out. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-diz-que-nao-tem-a-ver-com-episodios-de-violencia-relacionados-a-seus-eleitores,70002541150>. Acesso em: 30 out. 2018.
 7. ORGANIZAÇÕES repudiam fala de Bolsonaro contra ativismos. **Folha de São Paulo**. São Paulo: 12 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/organizacoes-repudiam-fala-de-bolsonaro-contra-ativismos.shtml>. Acesso em: 30 out. 2018.

publicitárias de uma emissora caso ela produza matérias que o desagrade, a par de serem estrategicamente perniciosas, fragilizam o tecido social de um Estado nação e abrem rupturas que ameaçam a unidade e a identidade nacionais, pondo em grave risco a segurança interna, a defesa e o desenvolvimento.

O que levou o ponderado PSDB a perder espaço para a pior face de oposição ao petismo que surgiu nos últimos anos, para além do partido encontrar-se envolvido em esquemas de corrupção? Justamente a moderação tucana em tempos onde o ressentimento e o radicalismo afloraram fortemente, o que pode ser sintetizado por Machado e Stalco em entrevistas realizadas com jovens na periferia de Porto Alegre:

Nos debates que temos promovido nas escolas desde dezembro de 2016, os meninos têm se demonstrado mais retraídos em sala de aula, enquanto as meninas, com argumentos articulados e com voz entonada, criticam as manifestações machistas de Jair Bolsonaro, por exemplo. Porém, quando realizamos grupo-focal só com meninos simpatizantes do candidato, eles se sentem à vontade para falar sobre suas razões de adesão ao “mito”. Um dos fatores que nos parece decisivo para a formação de uma juventude bolsonarista é justamente essa perda de protagonismo social e a sensação de desestabilização da masculinidade hegemônica.

(...)

Quando o assunto era segurança pública, os jovens falavam do candidato com afinco e com conhecimento de pautas e propostas. Demonstravam raiva contra um sistema penal e prisional que consideram frouxo e que supostamente ninguém respeita: “as leis são fracas e ninguém respeita” (Anderson, 17), “bandido sabe que nada vai lhe acontecer” (Luís, 19). Na mesma linha temática, o tema mais forte entre os simpatizantes homens de Bolsonaro, sejam eles jovens ou não, era a fé no armamento da população.

A figura militar de Bolsonaro também despertava profunda admiração. Nenhum adolescente defendeu a volta da ditadura, mas achavam importante os valores de “pulso”, “ordem”, “disciplina”, “mão forte” e “autoridade” nesse momento de crise nacional (MACHADO; STALCO, 2018, posições 908 e 921).

O que de liberalismo tem na campanha política de um candidato que despreza minorias, desrespeita mulheres, demonstra excessos de nacionalismo, protecionismo e corporativismo, e menospreza os valores da própria democracia liberal que sempre foi muito útil para sua ascensão como homem público? Analisando o plano de governo apresentado, destacam-se as seguintes premissões: a) o pilar está em um governo decente, distante da crise ética, moral e fiscal, que priorize a liberdade do indivíduo em detrimento dos privilégios; b) ênfase na defesa da propriedade privada, inclusive com críticas às limitações que o instituto sofre na Constituição da República de 1988; c) a concepção de que o Estado não pode interferir na estrutura familiar, seja ela como for – liberdade de afeto para concretização do direito à felicidade; d) destaque à liberdade de expressão; e) responsabilidade fiscal sugerida pelo controle das contas públicas (redução do déficit primário), especialmente com a redução de ministérios; f) descentralização tributária, com foco nas municipalidades em virtude da proximidade com os indivíduos e não mais na União; g) redução da carga tributária e criação de uma renda mínima universal; h) privatização de empresas estatais deficitárias e fim do monopólio nas respectivas áreas de atuação; i) a possibilidade de que o trabalhador escolha um vínculo empregatício em que prevaleça a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT ou o contrato individual de trabalho; j) simplificação do procedimento de abertura e fechamento de empresas, com o estabelecimento de prazo para que os entes federativos manifestem-se sobre a documentação apresentada; k) distanciamento diplomático de países que mantêm ditaduras.

Por sua vez, suas declarações no programa Roda Viva foram no sentido de redirecionar o país para o liberalismo econômico, fortalecimento da segurança pública, valorização do agronegócio e proteção da infância e da instituição familiar tradicional.

João Amoedo: “Mais oportunidades, menos privilégios”

A novidade nas eleições de 2018 foi o empresário João Amoedo, cuja candidatura à presidência se deu pelo Partido NOVO, uma das mais recentes siglas da política brasileira. Escapando da associação à política profissional, porque, de fato, nunca ocupara um cargo político anteriormente, Amoedo apresentou uma plataforma bastante desestatizante: a) destaque ao conceito de meritocracia; b) diminuição do papel do Estado e seu fortalecimento nos setores escolhidos como essenciais e mais importantes (saúde, educação básica e segurança, por exemplo); c) diminuição e simplificação de impostos; d) fortalecimento municipal; e) parcerias e concessões com empresas privadas,

incluindo a privatização de todas as estatais; f) reforma das leis penais e processuais penais para revogação de benefícios aos condenados; g) manutenção do Programa Bolsa Família, com o objetivo de que essa proteção social possa impulsionar o desenvolvimento das famílias pobres para que em algum momento possam abandonar o assistencialismo.

No programa de governo apresentado por João Amoedo, chama atenção a afirmação de que a pobreza se combate com geração de renda e não com a sua distribuição - por isso enfatiza tanto que o assistencialismo é uma solução emergencial e que deve ser progressivamente erradicado para que não gere dependência das pessoas com o Estado. Em sua entrevista para o Programa Roda Viva, foi enfático ao afirmar não acreditar no verniz de liberalismo que Jair Bolsonaro pincelou sobre si. Considerando-se um “liberal na economia e conservador nos costumes”, defende o preceito randiano⁸ de que o indivíduo deve ser considerado em si mesmo e não por estar incluído em categorias de classe, gênero ou raça (não tem proposições específicas para LGBTs, negros e mulheres – para estes últimos, ainda, afirma que a política de cotas raciais não é aceitável, embora não a revogasse por acreditar que aos poucos entrará em desuso pela falta de necessidade à medida que o Estado deve ser atuante na educação básica para corrigir as deficiências que geram a disparidade educacional entre brancos e negros, e a questão da discrepância salarial entre homens e mulheres é algo a ser corrigido pelo Poder Judiciário, caso alguma parte se sintá lesada), é contra o descriminalização ampla do aborto (aceita apenas os casos já previstos em lei) e das drogas, ao passo que favorável ao armamento civil. Quanto às políticas para redução dos problemas relacionados à renda dos mais pobres, limita-se a afirmar que um país que não gera riqueza não pode combater a desigualdade econômica.

Henrique Meirelles: “Pacto pela confiança!”

Tanto o programa de governo quanto a entrevista de Henrique Meirelles orbitaram, basicamente, em torno de questões econômicas - nenhuma surpresa até então, visto ter sido presidente do Banco Central do Brasil entre 2003 e 2010 e ministro da Fazenda durante o governo de Michel Temer. Assim, considera essenciais as reformas tributária para criação do Imposto

8. Que diz respeito às ideias da filósofa Ayn Rand, para quem “a menor minoria da Terra é o indivíduo. Aqueles que negam os direitos individuais não podem se dizer defensores de minorias”.

sobre Valor Agregado – IVA e não majoração das alíquotas dos impostos, e previdenciária (um ponto que se destaca é a convergência do sistema de aposentadoria dos funcionários públicos ao sistema dos trabalhadores do setor privado); pretendia privilegiar o livre-mercado para o fortalecimento do comércio exterior, dotar as agências reguladoras de efetiva autonomia para diminuição da insegurança que macula suas atividades e privatizar as empresas públicas deficitárias; com exceção da saúde (fortalecer o Sistema Único de Saúde - SUS), educação (alocação da maior parte dos recursos destinados à educação para o ensino básica e criação de um programa espelhado no Prouni onde os responsáveis pelas crianças poderão optar por colocá-las em creches particulares) e segurança pública, nenhum outro tema de cunho social recebeu destaque, mesmo que o banqueiro tenha reconhecido que há muitas mortes de negros no país e as dificuldades enfrentadas pelas as mulheres no mercado de trabalho (limitou-se a sugerir a criação de ministérios para cuidar desses temas). Ainda, merecem destaque as proposições relativas a controle dos gastos com funcionalismo público e a possibilidade de cobrança de mensalidade nas Universidades Públicas direcionada àqueles que tiverem condição financeira para tanto.

Marina Silva: “Brasil justo, ético, próspero e sustentável”

A candidata Marina Silva, que tem uma filiação ao Partido dos Trabalhadores em seu histórico, apresentou um programa de governo mais rico e concedeu uma entrevista mais ampla se comparados aos dos demais presidencialistas, de onde se extrai que, para a ex-senadora, os investimentos na educação (incluindo aqui os esportes) devem priorizar a primeira infância (crianças de 0 a 6 anos) e ampliar o acesso ao ensino superior (mantendo a política de cotas), fala em informatização do Sistema Único de Saúde e adequação às necessidades da população LGBTI e feminina, põe o combate à desigualdade como primordial para que qualquer outro aspecto de desenvolvimento do país possa prosperar (reconhece o papel do Bolsa Família na vida das pessoas carentes, bem como se compromete a instituir uma renda mínima universal e a construção de moradias populares), enfatiza a defesa dos direitos humanos na promoção de políticas específicas direcionadas às mulheres (combate a violência de gênero, o tráfico de pessoas para fins sexuais, enfrentamento à discriminação no mercado de trabalho, etc.), negros (acesso ao ensino superior, às terras tradicionais e enfrentamento do racismo) e LGBTIs (criação de mecanismos de prevenção à violência e o reconhecimento da união e da adoção homoafetivas), propõe a realização de um plebiscito para discussão da descriminalização das drogas, enfatiza que o papel do Estado é no planejamento e regulação enquanto o setor

privado (que é grande aliado) não pode ser atrapalhado durante a execução e financiamento de projetos e a privatização de algumas empresas estatais deve ser realizada para otimização dos serviços e desoneração do erário, pretendia desburocratizar o processo de abertura e fechamento de empresas para melhorar o ambiente de negócios, bem como dotar de uma autonomia ainda maior as agências reguladoras para que a insegurança jurídica e as incertezas não fossem um empecilho ao crescimento econômico, prevê a retomada dos processos de reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas por quilombolas e indígenas para garantir-lhes a propriedade e, como último tópico, considera a reforma tributária (que simplifique os tributos, atenuar a regressividade dos impostos e descentralize a arrecadação, mas considera demagogia falar em redução da carga tributária com a quantidade de problemas sociais que o Brasil possui, comprometendo-se apenas em não majorá-la) e a reforma da previdência urgentes e incontornáveis.

Aproximação ao conservadorismo?

A maneira como se apresenta este pretensão liberalismo brasileiro se distancia da forma como se manifesta nos países em que a ideologia liberal é uma referência e de onde se extraem os conceitos doutrinários. Nesse sentido, pode-se afirmar que há um flerte com o conservadorismo – e que também se apresenta de maneira estranha por essas terras. Para Castello-Branco (2014), o conservadorismo é uma ideologia peculiar, vez que, distintamente das demais ideias políticas, não pretende guiar a ação política para alcançar algum resultado vislumbrado antecipadamente e comporta-se como uma anti-ideologia, ao passo que para Roger Scruton:

O conservadorismo advém de um sentimento que toda pessoa madura compartilha com facilidade: a consciência de que as coisas admiráveis são facilmente destruídas, mas não são facilmente criadas. Isso é verdade, sobretudo, em relação às boas coisas que nos chegam como bens coletivos: paz, liberdade, lei, civilidade, espírito público, a segurança da propriedade e da vida familiar, tudo o que depende de cooperação com os demais, visto não termos meios de obtê-las isoladamente. Em relação a tais coisas, o trabalho de destruição é rápido, fácil e recreativo; o labor da criação é lento, árduo e maçante. Esta é uma das lições do século XX. Também é uma razão pela qual os conservadores sofrem desvantagem quando

se trata da opinião pública. Sua posição é verdadeira, mas enfadonha; a de seus oponentes é excitante, mas falsa (SCRUTON, 2015, p. 09).

No Brasil, o conservadorismo não se impõe em pautas econômicas, mas sim nas morais, alicerçado em uma narrativa de “mal-estar ocidental”, combate progressos sociais como a concessão de direitos a LGBTIs e mulheres, distanciando-se do modelo de Estado proposto por liberais a medida valem-se do ente para promover as virtudes que consideram estar sob ataque. E que virtudes são essas no cenário pós-eleição presidencial de 2018? O militarismo, a formação tradicional familiar – e aqui se insere a rejeição aos métodos contraceptivos, educação sexual e aborto - e o combate ao comunismo substanciado no marxismo cultural. É verdade que não existe só uma forma de conservadorismo, havendo o de tradição anglo-saxã e o ibérico, citando como exemplos os mais importantes, mas a forma como o pensamento conservador se manifesta em âmbito nacional é bastante distinta.

Pode-se compreender, desse modo, um conservadorismo sofisticado (que tem boas referências em literatura política, de formação intelectual sólida) e um conservadorismo vulgar (que se expõe de forma bastante caricata, cria inimigos imaginários e transforma pautas irrelevantes e mirabolantes em grandes discussões). Coutinho (2014), explica que o conservadorismo é, em essência, antirrevolucionário e antiutópico, expressões que dão uma ideia de futuro, mas também rejeita ao passado utópico, que é o comportamento reacionário – e esse é mais um aspecto distintivo do conservadorismo brasileiro, uma vez que comunga da ideia de que os tempos de outrora (especialmente a Ditadura Militar e o Império) é que foram benéficos ao país – e o conservadorismo pode ser entendido como uma ideologia reativa, pois sempre que os valores que lhe são caros estão ameaçados, ele se expressa como um comportamento de permanência – e, por isso, depois de anos em que o progressismo esteve em pauta, essa força política manifestou-se com tamanho ímpeto. Há, dessa forma, uma miríade de elementos distanciadores e aproximativos das experiências conservadoras (ou reacionárias) em outros locais e à brasileira.

Conclusão

São diversas as formas como o liberalismo se manifesta, podendo-se dizer que não existe um único liberalismo, mas vários. De tudo que foi escrito por Ludwig von Mises, Milton Friedman, John Rawls e Amartya Sen, muito se

discutiu e se evoluiu em termos doutrinários, sendo possível afirmar que, embora não exista unidade ideológica, há compreensões melhores e mais adequadas de sociedade de mercado e desenvolvimento socioeconômico.

E qual visão seria essa? A que concilia liberdade econômica com a liberdade política. Ou seja: não se trata de acreditar que o mercado e seu sistema capitalista são capazes de, por si sós, dirimirem todos os problemas que existem na sociedade sem a intervenção pontual do Estado para corrigir especificidades que, por inadequações não podem ser deixadas sob a responsabilidade de uma ordem espontânea, como sugere o plano de governo e as declarações de João Amoedo – que não repousam na retórica; sendo o liberalismo “a generosidade extrema, o direito que a maioria concede à minoria” (Ortega y Gasset), não pode fechar os olhos para os sofrimentos de mulheres, negros e LGBTQs, tampouco menosprezá-los como se não fossem dignos de reconhecimento.

No que se refere a Henrique Meirelles, embora reconheça problemas sociais enraizados no país, há pouca disposição em solucioná-los. O liberalismo econômico substanciado em propostas privatizantes, de redução do papel do Estado na sociedade, remetendo-se ao absentéismo próximo à perspectiva clássica da ideologia é insuficiente para a realidade vivida no Brasil.

Marina Silva, por sua vez, não deixou de mencionar nenhum setor importante ao desenvolvimento do país. Dos direitos das minorias até o reconhecimento do capitalismo como sistema econômico mais adequado a persecução dos fins visados por suas propostas, apresentou um plano de governo completo e que foi premiado com uma porcentagem de votos incompatível com sua trajetória e ideias.

Estranhamente, os pretensos liberais do cenário político nacional negligenciam o aspecto social da ideologia e privilegiam unicamente o econômico, tornando o liberalismo nacional manco, inadequado, incapaz de atender aos anseios populares e, por isso, a perspectiva de sucesso das ideias sobre a liberdade é reduzida. É provável que isso aconteça por uma interpretação de que a partir da prosperidade da livre iniciativa, todas as demais mudanças irão ocorrer como consequência. Isso não é de um todo um equívoco, mas o liberalismo não escapou das deformações sofridas por todas as ideologias importadas para o Brasil e é por isso que se exige uma maior sensibilidade dos que comungam desses ideais na compreensão de que a experiência das pessoas pobres, dos negros, das mulheres e das demais minorias políticas – e que são maiorias de fato –, não podem ser desconsideradas ou deixadas à sorte de uma mão invisível que nem sempre promoverá um bem comum. Por tudo isso, são urgentes a institucionalização de um Plano Nacional de

Desenvolvimento, com uma estratégia nacional consensualizada com todos os setores sociais, priorizando um redesenho governo, indústria e educação, em prol da segurança e defesa com transferência de tecnologia, regulação mais favorável do investimento direto estrangeiro e adoção de métricas do desempenho, não só de servidores públicos, mas para manutenção de investimentos públicos nas iniciativas privadas com distribuição dos riscos. Isso sim, um liberalismo no contexto de uma revolução 4.0.

Referências

- BOBBIO, Norberto. **Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 3. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2011.
- BRASIL justo, ético, próspero e sustentável. **Plano de governo de Marina Silva e Eduardo Jorge**. 2018. Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000622171/proposta_1535040841979.pdf. Acesso em: 15 out. 2018.
- BOLSONARO diz “Não aceito resultado das eleições diferente da minha eleição”**. G1, São Paulo, 28 set. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/eleicoes/2018/noticia/2018/09/28/bolsonaro-diz-que-nao-aceitara-resultado-diferente-do-que-seja-a-minha-eleicao.ghtml>. Acesso em: 30 out. 2018.
- BOLSONARO diz que, se eleito, vai cortar verba publicitária da Globo**. Folha de São Paulo. São Paulo, 02 dez. 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/12/1940129-bolsonaro-diz-que-se-eleito-ira-cortar-verba-publicitaria-da-globo.shtml>. Acesso em: 30 out. 2018.
- COLETTA, Ricardo Dela. **Bolsonaro martela tese de fraude nas urnas, mesmo sem provas**. El País. Madrid, 12 out. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/11/politica/1539286462_109761.html. Acesso em: 30 out. 2018.
- COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários**. São Paulo: Três Estrelas, 2014.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. São Paulo: Grupo Editorial Nacional - GEN, 2014.
- GALLEGO, Esther Solano (org). **O ódio como política: a reinvenção das direitas no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.
- MAIS oportunidade, menos privilégios. **Plano de governo de João Amoedo e Professor Christian**. 2018. Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000607640/proposta_1534522080782.pdf. Acesso em: 16 out. 2018.
- O CAMINHO da prosperidade. **Plano de governo de Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão**. 2018. Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf. Acesso em: 18 out. 2018.

- ORGANIZAÇÕES repudiam fala de Bolsonaro contra ativismos.** Folha de São Paulo. São Paulo, 12 out. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/organizacoes-repudiam-fala-de-bolsonaro-contra-ativismos.shtml>. Acesso em: 30 out. 2018.
- PACTO pela confiança. **Plano de governo de Henrique Meirelles e Germano Rigotto.** 2018. Disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/20-22802018/280000622281//proposta_1534354939646.pdf. Acesso em: 17 out. 2018.
- PAIM, Antônio. **História do liberalismo brasileiro.** São Paulo: LVM, 2018.
- RAWLS, John. **O liberalismo político.** Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1993.
- REGO, Walquiria Domingues Leão; PINZANI, Alessandro. Liberdade, dinheiro e autonomia: o caso do Bolsa Família. **Revista de Ciências Sociais** (ISSN 0104-8015), 38, abril de 2013, pp. 21-42.
- RODA Viva. **Henrique Meirelles.** 2018. (1h19m47s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SckzEXl7cB8>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- RODA Viva. **Jair Bolsonaro.** 2018. (1h21m31s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=IDL59dkeTi0&t=772s>. Acesso em: 01 nov. 2018.
- RODA Viva. **João Amoedo.** 2018. (1h22m04s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=46sW-31yyQA>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- RODA Viva. **Marina Silva.** 2018. (1h20m45s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Yj9iwghRNKU>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- REZENDA, Constança; FAGUNDES, Mateus. **Bolsonaro diz que não tem a ver com episódios de violência relacionados a seus eleitores.** Estadão. São Paulo, 10 out. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-diz-que-nao-tem-a-ver-com-episodios-de-violencia-relacionados-a-seus-eleitores,70002541150>. Acesso em: 30 out. 2018.
- ROSAS, João Cardoso; FERREIRA, Ana Rita (Org.). **Ideologias políticas contemporâneas: mudanças e permanências.** Coimbra: Edições Almedina, 2014.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. **Décadas de espanto e uma apologia democrática.** Rio de Janeiro: Rocco, 1998.
- SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador;** tradução de Bruno Garschagen. Rio de Janeiro: Record, 2015.
- SOUSA, Mônica Teresa Costa. **Direito e desenvolvimento: uma abordagem a partir das perspectivas de liberdade e capacitação.** Curitiba: Juruá, 2011.
- SOWELL, Thomas. **Conflito de visões: origens e significados das lutas políticas.** Tradução de Margarita Maria Garcia Lamelo. São Paulo: É Realizações, 2012.
- UMPIERES, Rodrigo Tolotti. **Bolsonaro chama Haddad de “canalha” e “pau mandado de corrupto”; petista rebate.** Infomoney. Rio de Janeiro, 09 out. 2018. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/mercados/politica/noticia/7685740/bolsonaro-chama-haddad-de-canalha-e-pau-mandado-de-corrupto-petista-rebate>. Acesso em: 30 out. 2018.
- VON MISES, Ludwig. **Liberalismo;** tradução de Haydn Coutinho Pimenta. São Paulo: Instituto Ludwig Von Mises, 2015.



Siga-nos nas redes sociais

 @brasilmulticultural

 ibramep

contato@brasilmulticultural.com.br

<http://brasilmulticultural.org/>

Esta obra foi composta nas tipologias Minion Pro/Myriad Pro e foi impressa em papel Pólen-soft® 80 grs./m², na primavera de 2021.

Este livro remete a questões coletivas do cotidiano, da proteção às mulheres à saúde pública, sem descurar dos espaços onde pessoas livres e iguais estimam cultivar liberdades no tempo em que reclamam isonomia. É imperioso superar o dogma de que o Poder Judiciário não deve realizar política, pois ele é fração das funções de soberania. O risco sempre é a colonização pelos partidarismos e pela não realização dos fins do Estado.

A segunda edição emerge antes da violenta e grave crise sanitária da COVID-19, cujo impacto nas vidas de todos foi e é sentido. Foram transcorridos mais de dezoito meses de inúmeras perdas no constrangimento de uma anomia socioinstitucional e na ausência sentida de políticas e estratégias de saúde. Vidas que poderiam ter sido preservadas com a adoção de medidas sanitárias uniformes entre as instâncias tripartites do Sistema Único de Saúde.

Ainda há tempo de vencer o ódio, a desinformação e a virulenta cultura da mentira, oficializados no senso comum irrefletido e contrário à proteção dos direitos humanos.

Cássius Guimarães Chai

Professor Associado DEDIR/CCSO/PPGDIRUFMA

Professor Permanente PPGD/FDV



brasilmulticultural.org
facebook.com/ibrampem
contato@brasilmulticultural.com.br



GRUPO DE ENSINO,
PESQUISA E EXTENSÃO
CULTURA, DIREITO E SOCIEDADE



Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo
Contemporâneo - UFPA

