

Coordinadoras

Francieli Iung Izolani
Jaqueline Sampaio de Oliveira

Colaboradores

Adilson Silva Ferraz
Adilson S. Santos
Ana Cláudia Moreira Miguel Philippini
Anny Mayra Ferreira Benevides
Brenda Cielaika Vanegas Leon
Camila Ferreira Ramos
Daniele Ferron D'avila
David Chingui Chissevo
Deborah Marques Pereira
Fabíola Aparecida Delben Costa
George Fernandes
Geyson Magno Tórres Monteiro
Iury Peixoto Souza
Jannice Amóras Monteiro
Leidiany Alves Reis Vitor
Linketynei Souza de Freitas
Luis Eduardo Pombo Celles Cordeiro
Marcelo Augusto Travezani
Maria Gabriela de Assis Souza
Michele Cristina Michelin
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso
Renato Augusto de Alcântara Philippini
Walter Gustavo da Silva Lemos



LATINOAMÉRICA Y DERECHO EN EXPOSICIÓN – VOL. VIII

**LATINOAMÉRICA
Y DERECHO EN EXPOSICIÓN
– VOL. VIII**

LATINOAMÉRICA Y DERECHO EN EXPOSICIÓN – VOL. VIII

Coordinadoras

Francieli Iung Izolani
Jaqueline Sampaio de Oliveira

Colaboradores

Adilson Silva Ferraz
Adilson S. Santos
Ana Cláudia Moreira Miguel Philippini
Anny Mayra Ferreira Benevides
Brenda Cielaika Vanegas Leon
Camila Ferreira Ramos
Daniele Ferron D'avila
David Chingui Chissevo
Deborah Marques Pereira
Fabiola Aparecida Delben Costa
George Fernandes
Geyson Magno Tôrres Monteiro
Iury Peixoto Souza
Jannice Amóras Monteiro
Leidiany Alves Reis Vitor
Linketynei Souza de Freitas
Luis Eduardo Pombo Celles Cordeiro
Marcelo Augusto Travezani
Maria Gabriela de Assis Souza
Michele Cristina Michelan
Plauto Cavalcante Lemos Cardoso
Renato Augusto de Alcântara Philippini
Walter Gustavo da Silva Lemos



LivroRápido

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Diagramação

Laysa Souza

Revisão

Da Autora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica

L357	Latinoamérica y derecho en exposición. / Francieli Iung Izolani, Jaqueline Sampaio de Oliveira (Coordinadoras). – Olinda: Livro Rápido, 2017.
	382 p. ; Graf.; Tab. ; v. VIII
	Contiene bibliografía al final de cada capítulo ISBN 978-85-5707-633-4
	1. Derecho. 2. Derecho comparado. 3. Derechos humanos. I. Izolani, Francieli Iung. II. Oliveira, Jaqueline Sampaio de. III. Título .
	340 CDU (1999) Fabiana Belo - CRB-4/1463

Livro Rápido Editora – Elógica
Coordenadora editorial: *Maria Oliveira*

Rua Dr. João Tavares de Moura, 57/99 Peixinhos
Olinda – PE CEP: 53230-290
Fone: (81) 2121.5307/ (81) 2121.5313
livrorapido@weblogica.com
www.livrorapido.com

SUMARIO

OS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DAS MULHERES.....9

Francieli Iung Izolani
Jaqueline Sampaio de Oliveira

DERECHO AL OLVIDO x DERECHO A LA INFORMACIÓN: Bajo un análisis de la perspectiva constitucional de derecho41

Adilson S. Santos
Linketynei Souza de Freitas

A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL E DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Breve análise63

Ana Cláudia Moreira Miguel Philippini
Renato Augusto de Alcântara Philippini
Luis Eduardo Pombo Celles Cordeir

O DANO TEMPORAL E SUAS VERTENTES NA RESPONSABILIDADE CIVIL: A perda do tempo útil do consumidor77

Anny Mayra Ferreira Benevides
Deborah Marques Pereira

ANALISIS HISTORICO-JURIDICO Y ECONÓMICO DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE LA MUJER Y LA FAMILIA (LEY 103 DE ECUADOR).....101

Brenda Cielaiika Vanegas Leon

LA FORMACIÓN DEL PUEBLO BRASILEÑO: Un análisis histórico de la diversidad racial y los derechos humanos123

Camila Ferreira Ramos

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O MÍNIMO EXISTENCIAL PARA UMA SOBREVIVÊNCIA DIGNA145

Daniele Ferron D'avila

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE UNA ACCIÓN DECLARATIVA DE CONDENACIÓN BAJO FORMA DEL PROCESO SUMARIO165

David Chingui Chissevo

A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER GESTANTE IMPOSTA PELA LEI 11.770/2008: Uma violação ao princípio da igualdade181

Fabíola Aparecida Delben Costa

A FORMAÇÃO ÉTICA DO PROFESSOR DE FILOSOFIA: Um estudo sobre a atitude filosófica e as competências pedagógicas207

George Fernandes

Geyson Magno Tôrres Monteiro

Adilson Silva Ferraz

A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO229

Leidiany Alves Reis Vitor

A “PRECARIZAÇÃO” OU “POBRETIZAÇÃO” DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) COMO FORMA DE AFASTAR A PRESTAÇÃO UNIVERSAL CONSTITUCIONAL À SAÚDE243

Marcelo Augusto Travezani

ARTE E DIREITO: Literatura, cinema e a ciência jurídica271

Maria Gabriela de Assis Souza

Jannice Amóras Monteiro

A EDUCAÇÃO DOMICILIAR DEVE SOFRER SANÇÃO PENAL POR ABANDONO INTELLECTUAL?301

Michele Cristina Michelan

LA OPINIÓN PÚBLICA Y EL STF COMO REPRESENTANTE ARGUMENTATIVO325

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso

O LINCHAMENTO PELAS REDES SOCIAIS: Estamos retornando à Revolução Francesa361

Walter Gustavo da Silva Lemos

Iury Peixoto Souza

OS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DAS MULHERES

Francieli Iung Izolani¹
Jaqueline Sampaio de Oliveira²

1 INTRODUÇÃO

A luta pela proteção dos direitos humanos no âmbito internacional teve como cenário dois processos distintos de afirmação política. O primeiro deles deu-se com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, marco da proteção do homem genérico, vale dizer, o homem enquanto homem. O segundo, que se encontra em constante busca, é a proteção do homem específico, pela efetivação da igualdade material na diversidade de seu *status* social. Portanto, há a coexistência de dois processos que se complementam.

Segundo dados de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, as mulheres representam mais da metade da população brasileira, contando com o montante de 97,3 milhões. Sua expectativa de vida é mais alta em relação aos

¹ Advogada graduada na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (BR), Pós-graduada em Direito Previdenciário, Pós-graduada em Direito Constitucional e em Direito Civil pela Faculdade Anhanguera-Uniderp (BR), Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (ARG).

² Licenciada em Administração de Empresas e habilitada em Administração Pública pela Universidade Estadual de Ceará (BR). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Estácio do Ceará (BR) e Pós-graduada em Administração Judiciária pela Universidade Vale do Acaraú (BR). Funcionária pública do Ministério Público do Estado de Ceará (BR) e aluna regular do Doutorado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (ARG).

homens, resultante de uma média de 77 anos para elas contra 69 anos para eles. No começo dos anos 2000, o número de famílias que tinham como referência a mulher representava 27,3%, reflexo de uma luta forte e desafiadora ao longo dos séculos na busca do reconhecimento de sua dignidade humana e igualdade de direitos.

O presente estudo busca estudar os direitos das mulheres, tido como uma das especializações dos direitos humanos e, igualmente, merecedor de proteção por se tratar de grupo humano específico, que não obstante tenha conquistado algum espaço, continua em constante busca da igualdade material nas diversas searas do direito.

2 OS DIREITOS DA MULHER

Um dos primeiros grupos do homem específico na busca por proteção foi o das mulheres, vítimas de diversas formas de violência e discriminações ao longo da história da humanidade.

2.1 A história da proteção internacional das mulheres

Considerada um ser de natureza inferior à do homem, a mulher viveu durante muitos séculos oprimida e inerte na busca de sua igualdade seja por falta de consciência de sua situação ou pela repressão dura àquelas que tentavam lutar por melhores condições.

Os conflitos armados foram, desde sempre, dos principais propiciadores da violação de direitos das mulheres, servindo-se os homens da condição de superioridade física, da vantagem do armamento e do estado caótico criado naquelas situações para, impunemente, infligirem às mulheres humilhações físicas e verbais. O terror e a repressão encontraram, assim, um meio

eficaz para se expandirem, sendo grandes aliados de conflitos étnicos, separatistas e entre nações. Por outro lado, verificou-se um acentuado desrespeito pela integridade da mulher em sociedades que têm a prática de costumes (embora culturalmente enraizados, na maior parte das vezes) como a mutilação sexual e a penalização excessiva – por vezes, a morte – por as mulheres vestirem calças, apresentarem alguma parte do corpo descoberta ou praticarem adultério³.

De acordo com os historiadores, nas antigas sociedades mediterrâneas mais conhecidas, como a da Grécia clássica ou as do período helenístico, a mulher possuía uma condição limitada legalmente e dependia da figura masculina, com casamentos arranjados, restringindo-se a sua contribuição ao âmbito do lar e no caso de viuvez, a mulher e seus bens passavam aos cuidados do parente mais próximo na linha de sucessão, podendo ser submetidas à condição de esposa deste⁴.

Verdade é que a luta pelos direitos da mulher somente tornou-se mais consistente com o Iluminismo e com a Revolução Francesa, datada do século XVIII, mais especificamente, em 1789, cujos ideais foram impulsionadores verossímeis.

Nessa época, surgem as primeiras obras escritas por mulheres e com caráter feminista, como o texto “Uma Declaração

³ **História dos Direitos da Mulher.** Artigos de apoio de Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2017. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$historia-dos-direitos-da-mulher](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$historia-dos-direitos-da-mulher)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴ OLIVIERI, Antonio Carlos. **Mulheres: Uma longa história pela conquista de direitos iguais.** Da Página 3 Pedagogia & Comunicação. 2007. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

dos Direitos da Mulher e da Cidadã”, redigido em 1791 por Olympe de Gouges em referência à Declaração de 1789⁵, e o livro “A vindication of the rights of woman”, escrito em 1792 por Mary Wollstonecraft⁶, mãe de Mary Shelley, a autora de “Frankenstein”.

Vivendo o contexto da Revolução Industrial, ainda no século XIX, cujo aumento de trabalhadoras foi significativo, assim como a amplitude da diferença salarial entre os sexos, serviu como combustível à fortificação do movimento feminista na luta por seus direitos.

Em apertada síntese, surge a origem da instituição do Dia Internacional da Mulher, em homenagem à luta das mulheres, mais especificamente, porque em 08 de março de 1857, em uma fábrica têxtil de Nova Iorque, Estados Unidos da América, um grupo de operárias fizeram greve por melhores condições de trabalho, como a redução da jornada de trabalho, direito à licença-maternidade e igualdade de direitos para as mulheres, movimento que foi reprimido duramente pela ação policial, resultando em várias mortes⁷.

Todavia, os primeiros direitos mais significativos vieram apenas no final do século XIX, na Nova Zelândia, com o esforço de Kate Sheppard, que a partir de 1893⁸,

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁶ _____. **Cronologia do direito feminino**. Wikipédia, A enciclopédia livre. 2016. Disponível em: <<http://Wikipédia.org>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁷ _____. **História do Dia Internacional da Mulher**. Sua Pesquisa.com, Portal de Pesquisas Temáticas e Educacionais. 2004-2017. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/dia_internacional_da_mulher.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁸ _____. **História dos Direitos da Mulher**. Artigos de apoio de Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2017. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$historia-dos-direitos-da-mulher](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$historia-dos-direitos-da-mulher)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

foi a pioneira da luta pelo sufrágio feminino, seguida depois na Inglaterra por Millicent Fawcett e, mais tarde, por Emmeline Pankhurst, alimentando o chamado movimento das “sufragistas”, que ganhou foros de internacionalidade e também de manifestação pública, por vezes, com alguma violência. A luta continuaria até massivamente se ter expandido o voto feminino em quase todo o mundo.

Já no século XX, no ano de 1917 na Rússia, influenciadas pelas ideias socialistas da época, as operárias, a partir de uma manifestação alusiva ao Dia Internacional da Mulher, protagonizaram mobilizações que culminariam na tomada do poder baseada no fim do sistema de propriedade dos grandes meios de produção e da opressão de uma classe pela outra⁹.

A história do movimento feminista mostra que o primeiro momento de luta pelos direitos da mulher teve como base a reivindicação por direitos sociais como o direito ao voto, ao divórcio, à educação e ao trabalho.

A partir da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e com a criação da Organização das Nações Unidas (1945), o empenho das mulheres por seus direitos tornou-se mais intenso¹⁰, galgando importantes conquistas.

Vários foram os documentos legais produzidos ao longo do século XX, dentre os quais se destacam: a “Convenção Interamericana Sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher”

⁹ Boito, Misa. **A luta contra a opressão da mulher**. O trabalho. 2016. Disponível em: <<http://otrabalho.org.br/a-luta-contr-a-opressao-da-mulher/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁰ BEDIN, Gilmar Antonio e BÜRÖN, Luciane Montagner. **Os direitos humanos e a proteção internacional de grupos específicos**. Direito em debate. Ijuí: Unijuí, 2003. Ano XI, n°20, jul./dez.2003. p. 153.

¹¹, assinada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, Colômbia, em 2 de maio de 1948, ratificada pela república Federativa do Brasil em 1951, outorgou às mulheres os mesmos direitos civis de que dispõem os homens; a “Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher” ¹², assinada em 1953 e ratificada pelo Brasil em 1963, determinou o direito ao voto em igualdade de condições para mulheres e homens, bem como a elegibilidade das mulheres para todos os organismos públicos em eleição e a possibilidade, para as mulheres, de ocupar todos os postos públicos e de exercer todas as funções públicas estabelecidas pela legislação nacional; e a “Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas”¹³, assinada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1957.

No fim da década de 1960, ocorreu o segundo momento de luta das mulheres, no qual se buscou a liberdade sexual, impulsionada pelo aumento dos contraceptivos e, no fim da década de 1970, intensificaram-se os esforços pela igualdade laboral, terceiro momento vivenciado hodiernamente¹⁴.

¹¹ BRASIL. **Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1951. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntConcDirCivMul.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹² *Idem*.

¹³ UNITED NATIONS. **Convention on the Nationality of Married Women**. Treaty Collection. Nova Iorque: ONU, 1957. Disponível em: <<https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=16&subid=A&lang=en>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁴ CUNHA, Carolina. **Direitos femininos: uma luta por igualdade e direitos civis**. Novelo Comunicação. 2013. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/direitos-femininos-uma-luta-por-igualdade-e-direitos-civis.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Com os avanços sendo obtidos, especialmente na década de 70, a Assembleia Geral das Nações Unidas declarou o ano de 1975 como o “Ano Internacional das Mulheres” e organizou a “Primeira Conferência Mundial sobre as Mulheres” no México, declarando como a “Década da Mulher” os anos de 1976 a 1985¹⁵.

Entretanto, tido como um dos mais importantes documentos e conhecido como “Carta Internacional dos Direitos da Mulher”, a “Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres”¹⁶ foi promulgada no âmbito das Nações Unidas em 1979 e ratificada pela República Federativa do Brasil em 1984.

Da referida Convenção, cabe destacar alguns trechos muito relevantes no reconhecimento dos direitos da mulher, *in verbis*¹⁷:

CONSIDERANDO que a Declaração Universal dos Direitos Humanos reafirma o **princípio da não-discriminação** e proclama que **todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos** e que toda pessoa pode invocar todos os direitos e liberdades proclamados nessa Declaração, **sem distinção alguma, inclusive de sexo,**

(...)

RELEMBRANDO que a **discriminação contra a mulher viola os princípios da**

¹⁵ BRASIL. Organização das Nações Unidas no Brasil. ONUBR. **A ONU e as mulheres**. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁶ BRASIL. **Decreto Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002**. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

¹⁷ *Idem*

igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a participação da mulher, nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, **constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família** e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade,

(...)

CONVENCIDOS de que **a participação máxima da mulher, em igualdade de condições com o homem, em todos os campos, é indispensável para o desenvolvimento pleno e completo de um país, o bem-estar do mundo e a causa da paz,**

(...)

RECONHECENDO que **para alcançar a plena igualdade entre o homem e a mulher é necessário modificar o papel tradicional tanto do homem como da mulher na sociedade e na família, (...)**

(Grifo nosso)

Desse modo, ressalta-se que a Convenção preceituou a discriminação contra a mulher, estabeleceu um conjunto amplo de direitos e previu a possibilidade de políticas de ações afirmativas como forma de promover a igualdade material entre homens e mulheres.

Em que pese um número significativo de nações a terem ratificado – 188 países – muitos o fizeram com reservas, alegando motivos religiosos e jurídicos¹⁸.

Merecem ênfase, também, os anos de 1980, com a “Segunda Conferência Mundial sobre a Mulher” realizada na Dinamarca, onde o Programa de Ação buscou assegurar melhorias nos direitos das mulheres em relação à herança, à guarda dos filhos, e à perda da nacionalidade; e de 1985, com a “Conferência Mundial para a Revisão e Avaliação das Realizações da Década das Nações Unidas para a Mulher: Igualdade, Desenvolvimento e Paz”, no Quênia, onde o evento foi descrito por muitos como o “nascimento do feminismo global”, além da transformação do Fundo Voluntário para a Década da Mulher no Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para a Mulher, hoje parte da ONU Mulher¹⁹.

Cabe ressaltar o ano de 1993, quando em Viena, é realizada a “Conferência Mundial de Direitos Humanos”, com relevante debate sobre os direitos das mulheres e a questão da violência contra o gênero, originando assim a “Declaração Sobre a Eliminação da Violência Contra a Mulher”²⁰.

Outro importante documento produzido foi em 1995, a “Declaração de Pequim”, resultante da “Quarta Conferência Mundial Sobre a Mulher” que, além de configurar os direitos da

¹⁸ BEDIN, Gilmar Antonio e BÜRÖN, Luciane Montagner. **Os direitos humanos e a proteção internacional de grupos específicos**. Direito em debate. Ijuí: Unijuí, 2003. Ano XI, nº20, jul./dez.2003. p. 155.

¹⁹ BRASIL. Organização das Nações Unidas no Brasil. ONUBR. **A ONU e as mulheres**. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²⁰ MARAFIGO, Gisele. **Conquistas importantes das mulheres no Brasil ao longo da história**. 2013. Disponível em: <https://www.fancesp.edu.br/portal_ext/extensao1363286863.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

mulher como fundamentais, deu grande destaque ao tema da violência contra a mulher, quadro agravado pelo preconceito e pela pressão de grupos dominantes²¹.

Por fim, cabe abordar a Cúpula do Milênio, a Declaração do Milênio em 2000 promoveu à integração de assuntos de gênero e o Conselho de Segurança adotou a Resolução 1325, inovadora sobre mulheres, paz e segurança, especialmente visando a garantir a participação mais efetiva da mulher na vida política, o que após quase 10 anos, culminou na nomeação pelo Secretário-Geral da ONU da ex-Presidente do Chile, Michelle Bachelet, como a Subsecretária-Geral para a ONU Mulheres, e no funcionamento desta em 1º de janeiro de 2011²².

No mundo Oriental, culturalmente muito diferente do Ocidental, principalmente no que tange à seara feminina, em 2006, em termos de direitos humanos, uma conquista foi alcançada quando a Câmara Baixa do Parlamento Paquistanês aprovou a mudança na lei islâmica sobre o estupro, retirando-o da esfera religiosa e incluindo-o como crime no Código Penal²³. Trata-se de um importante êxito quando a interferência da proteção internacional dos direitos humanos é controversada em face de questões culturais e religiosas.

²¹ BEDIN, Gilmar Antonio e BÜRÖN, Luciane Montagner. **Os direitos humanos e a proteção internacional de grupos específicos**. Direito em debate. Ijuí: Unijuí, 2003. Ano XI, nº20, jul./dez.2003. p. 155-156.

²² BRASIL. Organização das Nações Unidas no Brasil. ONUBR. **A ONU e as mulheres**. 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²³ HAIDER, Zeeshan. **Paquistão aprova projeto que tira estupro da alçada religiosa**. 2006. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1351283-5602,00-PAQUISTAO+APROVA+PROJETO+QUE+TIRA+ESTUPRO+DA+ALCADA+RELIGIOSA.html>>. Acesso em: 17 jun. 017.

A despeito, afortunadamente, o Brasil esteve presente no cenário de evolução dos direitos das mulheres, seguindo a evolução internacional, principalmente, a partir do século XX, como será estudado a seguir.

2.2 A gradual evolução dos direitos da mulher brasileira

A luta por igualdade de gênero passa por uma evolução gradual, com o acompanhamento do constitucionalismo brasileiro²⁴.

Desde o século XVIII, as mulheres iniciavam suas mobilizações na luta pelos seus direitos civis, políticos e sociais e, no Brasil, esse movimento teve mais significância a partir do século XIX, quando passaram a exigir espaço na área da educação e do trabalho.

No Brasil Colônia, a educação ficava a cargo da Igreja, que pregava obediência da mulher ao pai, marido e religião, não a incluía nas instruções educacionais ministradas pela Entidade, mas apenas em técnicas manuais e domésticas, além de português de Portugal em nível do antigo primário²⁵.

Com a Constituição do Império vigente em 1824, a instrução da mulher mantivera-se ainda voltada aos trabalhos manuais, domésticos, cânticos, além do ensino brasileiro de instrução primária.

²⁴ MARINELA, Fernanda. **A evolução dos direitos das mulheres**. 2016. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²⁵ _____. **Evolução histórica da mulher na legislação civil**. Redação Mundo Vestibular. 2008. Disponível em: <<http://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Ainda era vedado que mulheres frequentassem escolas masculinas. A vedação da mulher ao conhecimento escolar tinha dois motivos básicos, quais sejam, em primeiro lugar o convívio entre homens e mulheres, segundo a igreja, poderia provocar relacionamentos espúrios, e, em segundo lugar porque sendo a instrução dada aos homens em nível mais elevado, não poderiam mulheres frequentar as mesmas escolas. Somente no início do século XX foi permitido que homens e mulheres estudassem juntos²⁶.

A Constituição de 1824 apenas previa em seu art. 178, XII, que “*A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um*”²⁷.

Em 1827, surge a primeira lei sobre educação das mulheres, permitindo a frequência em escolas elementares, até então proibida e, alguns anos mais tarde, em 1879, o governo concede autorização para que elas possam frequentar instituições de ensino superior²⁸. Em 1887, formou-se a primeira médica no Brasil e a segunda na América Latina, Rita Lobato Velho Lopes²⁹ e,

²⁶ *Idem*

²⁷ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²⁸ PIRES, Fátima. **Primeira lei brasileira sobre o direito das mulheres**. 2012. Disponível em: <http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/06tC/Primeira_Lei_Brasileira_Sobre_O_Direito_Das_Mulheres>. Acesso em: 15 jun. 2017.

²⁹ CUNHA, Carolina. **Direitos femininos: uma luta por igualdade e direitos civis**. Novelo Comunicação. 2013. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/direitos-femininos-uma-luta-por-igualdade-e-direitos-civis.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

em 1898, Myrtes de Campos torna-se a primeira advogada do país³⁰.

Proclamada a República, foi promulgada a Constituição de 1891. Todavia, não previu citação expressa aos direitos da mulher, apenas a igualdade perante a lei, em seu art. 72, § 2º, *“Todos são iguais perante a lei. A República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliárquicos e de conselho”*³¹.

Na participação democrática, com a referida Constituição vigente, os primeiros passos foram dados em 1917, pela professora Deolinda Daltro, fundadora do Partido Republicano Feminino em 1910, em plena República Oligárquica, lidera uma passeata exigindo a extensão do voto às mulheres. Em 1928, o Governador do Rio Grande do Norte, Juvenal Lamartine, consegue uma alteração da lei eleitoral dando o direito de voto às mulheres, todavia, posteriormente, seus votos foram anulados. Finalmente, em 1932, o então Presidente do Brasil, Getúlio Vargas, promulgou o novo Código Eleitoral, garantindo o voto feminino em todo Brasil³². Em decorrência disso, nas eleições de 1933 para a

³⁰ MARINELA, Fernanda. **A evolução dos direitos das mulheres**. 2016. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³¹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³² PIRES, Fátima. **Primeira lei brasileira sobre o direito das mulheres**. 2012. Disponível em: <http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/06tC/Primeira_Lei_Brasileira_Sobre_O_Direito_Das_Mulheres>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Assembleia Constituinte, é eleita uma única mulher para o cargo de deputada, a paulista Carlota Pereira de Queiroz³³.

Por seu turno, a Constituição de 1934, em seu art. 113, §1º, passa a prever expressamente a proibição da discriminação em razão de sexo como integrante do princípio da igualdade, prescrevendo que *“Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou do país, classe social, riqueza, crenças religiosas ou ideias políticas”*³⁴.

Em 1934, pela primeira vez, o constituinte se ocupa da situação jurídica da mulher de forma a proibir distinções ou privilégios em razão do sexo e prevê a possibilidade de desquite da mulher, conquista inédita:

Art. 144 - A família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado.

Parágrafo único - A lei civil determinará os casos de desquite e de anulação de casamento, havendo sempre recurso *ex officio*, com efeito suspensivo.

Infelizmente, com a instituição do Estado Novo, a Constituição de 1937, conhecida como “Polaca”, é outorgada por Getúlio Vargas e passa a retomar as prescrições sobre igualdade das Cartas Magnas anteriores à de 1934, em um flagrante retrocesso,

³³ MARAFIGO, Gisele. **Conquistas importantes das mulheres no Brasil ao longo da história**. 2013. Disponível em: <https://www.faneesp.edu.br/portal_ext/extensao1363286863.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

prevendo em seu art. 122, § 1º, apenas que *“Todos são iguais perante a lei”*³⁵.

Não bastasse o ocorrido, o Estado Novo também editou o Decreto-Lei nº 3.199/1941, que proibia às mulheres a prática de esportes considerados incompatíveis com as condições femininas, em seu art. 54, prescrevendo que *“Às mulheres não se permitirá a prática de desportos incompatíveis com as condições de sua natureza, devendo, para este efeito, o Conselho Nacional de Desportos baixar as necessárias instruções às entidades desportivas do país”*³⁶.

Com a queda do Estado Novo em 1945, a Carta de 1946 trouxe um caráter redemocratizante, porém, no que tange aos direitos da mulher, em seu art. 141, §1º, o constituinte apenas reproduziu o texto da Constituição anterior, prevendo que *“Todos são iguais perante a lei”*³⁷.

Na seara civil, o casamento voltou a ser indissolúvel, de acordo com o art. 163 da supramencionada Carta, materializando um verdadeiro regresso em que pese o período de restabelecimento democrático brasileiro.

Entrando na década de 1960, tido como o segundo momento de luta pelos direitos da mulher, qual seja o da busca

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³⁶ BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.199**. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Rio de Janeiro, 14 de abril de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De13199.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

pela liberdade sexual, o Brasil teve um importante marco em 1962, com a sanção da Lei nº 4.121, o Estatuto da Mulher Casada³⁸, revogando diversas normas discriminadoras e garantindo, dentre outros temas, que a mulher não precisaria mais de autorização do marido para trabalhar e, em caso de separação, ela poderia requerer a guarda de seus filhos.

Avançando um pouco mais na história, novos avanços foram obtidos com a Constituição de 1967, em que pese tenha sido ela outorgada. Seu art. 153 previa que *“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela Lei”*³⁹.

Segundo Fernanda Marinela⁴⁰,

a Constituição de 1967 estabeleceu uma nova desequiparação, diminuindo o tempo de serviço para a aposentadoria feminina. Nos anos 60, surge a pílula anticoncepcional, um marco e uma libertação para as mulheres. Grupos feministas que pregavam um tratamento masculinizado às mulheres surgem na década de 70 protestando por direitos e pendurando sutiãs.

³⁸ BRASIL. **Lei Nº 4.121. Estatuto da Mulher Casada.** Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 27 de agosto de 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

³⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967.** Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁴⁰ MARINELA, Fernanda. **A evolução dos direitos das mulheres.** 2016. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, trouxe a previsão expressa quanto à discriminação de sexo em seu art. 153, §1º, prescrevendo que “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. Será punido pela lei o preconceito de raça*”⁴¹.

Em 1977, na seara civil, ocorreu a promulgação da Lei Nº 6.515⁴², a chamada Lei do Divórcio, constituindo um grande feito na história da conquista dos direitos da mulher, por privilegiá-la de optar pelo fim do casamento e pelo uso do patronímico do marido, além de tornar a comunhão parcial de bens o novo regime legal e de ampliar a equiparação dos filhos.

No campo político, em 1979, o país vivenciou a ocupação do cargo de Senador pela primeira mulher, Eunice Michilles⁴³, assim como adotou pela Assembleia Geral a “Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher”. Com relação aos esportes, foi também o ano em que a equipe feminina de judô inscreveu-se com nomes de homens no Campeonato Sul-americano ocorrido na Argentina.

A década de 1980 também foi igualmente de evolução, com acontecimentos relevantes. Em 1980, foram instituídos centros de autodefesa para o combate da violência doméstica,

⁴¹ BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 1**. Brasília, 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁴² BRASIL. **Lei Nº 6.515. Lei do Divórcio**. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências Brasília, 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁴³ PIRES, Fátima. **Primeira lei brasileira sobre o direito das mulheres**. 2012. Disponível em: <http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/06tC/Primeira_Lei_Brasileira_Sobre_O_Direito_Das_Mulheres>. Acesso em: 15 jun. 2017.

surgindo o lema “Quem ama não mata”⁴⁴. Em 1983, a forte mobilização de movimentos feministas tem como consequência a criação do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher pelo Ministério da Saúde, mais que isso, surgem os primeiros Conselhos Estaduais da Condição Feminina em Minas Gerais e em São Paulo visando a traçar políticas públicas destinadas às mulheres⁴⁵. Dois anos depois, é criada a Primeira Delegacia de Atendimento Especializado à Mulher em São Paulo e, na política, a Câmara dos Deputados aprova o Projeto de Lei destinado à criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, dando suporte à criação do Conselho Estadual dos Direitos da Mulher do Rio de Janeiro em 1987⁴⁶.

Não obstante os inúmeros avanços, a promulgação da Carta Magna de 1988, intitulada Constituição Cidadã foi o grande marco do século XX, garantindo igualdade a direitos e obrigações entre os sexos perante a lei, fruto do êxito do Lobby do Batom⁴⁷, referência ao movimento liderado por feministas e pelas 26 deputadas federais constituintes.

A Constituição Cidadã, que ainda vigora no Brasil, merece destaque no presente estudo por propiciar em decorrência de sua vigência grandes avanços na luta pelos direitos da mulher.

⁴⁴ MARAFIGO, Gisele. **Conquistas importantes das mulheres no Brasil ao longo da história**. 2013. Disponível em: <https://www.faneesp.edu.br/portal_ext/extensao1363286863.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

⁴⁵ PIRES, Fátima. **Primeira lei brasileira sobre o direito das mulheres**. 2012. Disponível em: <http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/06tC/Primeira_Lei_Brasileira_Sobre_O_Direito_Das_Mulheres>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*.

3 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E AS CONQUISTAS LEGALIZADAS DAS MULHERES

A Carta Magna de 1988 culminou por destacar o princípio da igualdade entre os sexos definitivamente em seu texto legal, equiparando homens e mulheres em direitos e obrigações, devendo ser declarada a inconstitucionalidade lei que o contrarie.

O inciso I de seu art. 5º prescreve que “*homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição*”⁴⁸.

Ademais, tamanho foi o feito legal em relação aos direitos da mulher que o constituinte de 1988 expressamente buscou a igualdade entre os sexos em vários dispositivos da Carta.

A Carta Magna de 1988 menciona a igualdade perante a lei e reafirma a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. Licenças maternidade e paternidade, proibição de diferenças salariais, proteção no trabalho, estabilidade à gestante, desequiparação na aposentadoria são constitucionalizados como garantias fundamentais. Na família, união estável, isonomia conjugal, divórcio, princípio da paternidade responsável e proteções no ambiente familiar de toda e qualquer forma de violência. Nota-se que a “História das mulheres” não é apenas delas é a história da família, da criança, e está diretamente ligada

⁴⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

à história dos homens e das relações de poder estabelecidas ao longo dos tempos⁴⁹.

Alguns dispositivos de destaque são:

CF/88, art. 7, XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

CF/88, art. 183 - Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
§ 1 - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

CF/88, art. 189 - Os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos.
Parágrafo único. O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil, nos termos e condições previstos em lei.

⁴⁹ MARINELA, Fernanda. **A evolução dos direitos das mulheres**. 2016. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CF/88, art. 201, V - pensão por morte de segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, obedecido o disposto no § 5 e no art. 202.

CF/88, art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Não obstante todas as prescrições constitucionais, também puderam ser observadas outras conquistas nas legislações infraconstitucionais.

Apenas, dois anos após a promulgação da Constituição Cidadã, é editado o Estatuto da Criança e do Adolescente, que *“consagrou, definitivamente, o princípio constitucional da igualdade estabelecendo que o pátrio poder será exercido ‘em igualdade de condições pelo pai e pela mãe’ e que o dever de sustento, guarda e educação dos filhos cabe a ambos”*⁵⁰.

Na seara política, a luta pela igualdade de direitos angariou importante vitória em 1996, quando o Congresso Nacional incluiu o sistema de cotas na Legislação Eleitoral, obrigando os partidos a inscreverem mulheres nas chapas proporcionais em, no mínimo, vinte por cento⁵¹.

Na esfera criminal, cabe mencionar a Lei N° 11.340, conhecida como Lei Maria da Penha, editada em 07 de agosto de 2006, ocasionando várias mudanças no Código Penal Brasileiro,

⁵⁰ _____. **Evolução histórica da mulher na legislação civil.** Redação Mundo Vestibular. 2008. Disponível em: <<http://www.mundovestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

⁵¹ PIRES, Fátima. **Primeira lei brasileira sobre o direito das mulheres.** 2012. Disponível em: <http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/06tC/Primeira_Lei_Brasileira_Sobre_O_Direito_Das_Mulheres>. Acesso em: 15 jun. 2017.

como o aumento do rigor nas punições às agressões contra a mulher no âmbito doméstico ou familiar.

Por fim, cabe destacar a Lei do Femicídio, a Lei Nº 13.104⁵², sancionada no Brasil em 09 de março de 2015, que alterou o Código Penal prevendo-o como um tipo de homicídio qualificado e, por conseguinte, o incluindo no rol dos crimes hediondos. O feminicídio ocorre quando, em razão do sexo feminino, com duas situações legais previstas: pela violência doméstica e familiar ou pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Importante passo no combate à violência que atinge mulheres *“de todas as idades, independentemente da classe econômica, do país onde vivem e até mesmo da cultura ou crença”*⁵³.

4 A QUESTÃO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade apresenta duas acepções: uma formal e uma material. A formal refere-se à igualdade perante a lei, ao passo que a material é a igualdade na lei vedando a discriminação na própria lei e abarcando mais que *“tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual”*⁵⁴, tradicional conceito de Aristóteles.

⁵² BRASIL. **Lei Nº 13.104. Lei do Femicídio**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 9 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm >. Acesso em: 17 jun. 2017.

⁵³ BEVILÁQUA, Leire e CAMPOS, Viviane. **Direitos das mulheres**. São Paulo: Melhoramentos, 2011. P. 31.

⁵⁴ MACIEL, Alvaro dos Santos. **A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras**. 2017. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/site/>

Embora as conquistas legais alcançadas a respeito dos direitos da mulher, esta ainda permanece em condição de desigualdade.

Paulo Luiz Netto Lôbo⁵⁵ leciona que

Nesta dupla dimensão, o princípio da igualdade não apenas se revela como diretiva essencial da aplicação do direito, mas igualmente da produção do direito. O aplicador não pode interpretar a lei de modo a gerar desigualdades entre os potenciais titulares, segundo distinções que a Constituição (artigos 3º, IV e 5º, caput) veda, a saber, em virtude do sexo, da crença, da origem, da raça, da cor.

As leis destinadas às mulheres foram criadas para atender às necessidades específicas como legítimas extensões dos direitos humanos, que vão desde o direito à inserção no mercado de trabalho em condições igualitárias às dos homens, à realização de exames gratuitos pelo Sistema Único de Saúde até a proteção contra violência doméstica.

Verdade é que apesar dos avanços na lei e nas políticas públicas, a materialização da igualdade entre homens e mulheres em muitos campos ainda está cingida à norma legal.

A título de exemplo pode-se mencionar que as mulheres que cursam faculdade constituem número superior aos homens. O percentual médio de ingresso de alunas até 2013 foi de 55% do

index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343>. Acesso em: 18 jun. 2017.

⁵⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Igualdade conjugal – direitos e deveres**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. V. 31. 1999. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1868/1563>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

total em cursos de graduação presenciais e o de conclusão é de 60%⁵⁶. O grande problema é o reconhecimento, pois as mulheres ainda ganham em média menos do que os homens, mesmo tendo mais tempo de estudo e qualificação. Segundo dados de 2015 do Portal Brasil⁵⁷, a diferença de remuneração entre homens e mulheres é de 16% e com relação à participação em cargos de chefia e gerência nas empresas e organizações, o número cai para entre 5% e 10%. Quando ambos estudam cerca de 12 anos, a mulher ganha um pouco mais da metade do salário do homem, correspondendo a somente 58% do salário deste⁵⁸.

Cabe ressaltar ainda que, embora intelectualmente mais avançada segundo os dados acima mencionados, somado às garantias normativas contra a violência e com as conquistas sobre a liberdade sexual, no Brasil, entre os tipos mais comuns de agressão contra a mulher está a violência física - cerca de 2,1 milhões de mulheres são espancadas, sendo uma a cada 15 segundos -, seguida da psicológica e do sexo forçado⁵⁹. No trabalho ainda pode vivenciar o criminalizado assédio sexual, incluído no art. 216-A do Código Penal brasileiro e, ademais, o assédio moral, forma frequente e prolongada de humilhações e constrangimentos durante sua jornada de trabalho.

⁵⁶ SALOMÃO, Ana. **Maioria é feminina em ingresso e conclusão nas universidades**. Ministério da Educação, 2015. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/21140-maioria-e-feminina-em-ingresso-e-conclusao-nas-universidades>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁵⁷ ____ Portal Brasil. **Mulheres ganham espaço no mercado de trabalho**. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/03/mulheres-ganham-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

⁵⁸ BEVILÁQUA, Leire e CAMPOS, Viviane. **Direitos das mulheres**. São Paulo: Melhoramentos, 2011. p.11.

⁵⁹ *Idem*.

Na política, o Brasil é o país com o menor número de mulheres participantes do Congresso Nacional, ficando na 116ª posição em um ranking com 190 países. Na Câmara dos Deputados, de um total de 513, apenas se conta com 51 deputadas na atual legislatura, o correspondente a 9,9%, mesmo percentual do Senado Federal, onde das 81 cadeiras, 12 são representadas por mulheres. Como consequência, as taxas brasileiras ficam abaixo da média mundial de 22,1% e também da média do Oriente Médio, onde a taxa de participação feminina corresponde a 16%⁶⁰.

Portanto, ainda há muito que se buscar na materialização da igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, nas diversas esferas, em que pese as várias vitórias já alcançadas na tentativa de se acompanhar a evolução do princípio da igualdade enquanto direito fundamental e princípio maior estritamente atrelado à dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário internacional, ao longo de muitos séculos, a mulher lutou grandemente por direitos e no Brasil, a Constituição Cidadã foi um grande marco transformador para a sociedade em que foi promulgada, reconhecendo direitos e deveres entre homens e mulheres, impulsionando movimentos feministas, lideranças políticas e sociais no intuito de se colocar a mulher no espaço merecido, ao lado dos homens.

Todavia, ainda são muitos os resquícios dos comportamentos retrógrados e conservadores galgados em uma sociedade patriarcal e no próprio preconceito arraigado no íntimo

⁶⁰ CHADE, Jamil. **Brasil tem menos mulheres no Legislativo que Oriente Médio**. O Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-menos-mulheres-no-legislativo-que-oriente-medio,1645699>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

de muitas mulheres, obstacularizando maior sucesso na efetividade dessas normas garantidoras da igualdade buscadas por tanto tempo.

Trata-se então da necessidade de mudança cultural para que os reflexos sejam direcionados ao campo socioeconômico. Embora, hodiernamente, repletas de direitos formalizados estejam as mulheres, na prática, enfrentam jornada dupla de trabalho, discriminação e violência.

Somos preteridas na política geral e de classe, embora constituindo a maioria do eleitorado. Somos menos remuneradas, apesar de sermos mais escolarizadas. Somos preteridas nos esportes, mesmo sendo maioria nas participações esportivas internacionais. Embora ainda estejamos num mundo masculinizado, podemos e queremos “ser mulher”, não melhores do que ninguém, mas simplesmente mulher. Para isso precisamos de uma discussão honesta sobre as barreiras reais e falhas que ainda existem no sistema, apesar das oportunidades que herdamos⁶¹. (LFG)

Ainda há muito a se desmitificar, para que a igualdade material entre homens e mulheres em sua verdadeira acepção e efetividade seja enraizado. Que as mulheres não desistam de buscar o seu lugar, que não é acima nem abaixo dos homens, mas ao lado, em uma sociedade menos preconceituosa, mais justa e mais humana.

⁶¹ MARINELA, Fernanda. **A evolução dos direitos das mulheres**. 2016. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEDIN, Gilmar Antonio e BÜRON, Luciane Montagner. **Os direitos humanos e a proteção internacional de grupos específicos**. Direito em debate. Ijuí: Unijuí, 2003. Ano XI, nº20, jul./dez.2003. p. 153.

BEVILÁQUA, Leire e CAMPOS, Viviane. **Direitos das mulheres**. São Paulo: Melhoramentos, 2011. p. 31.

BOITO, Misa. **A luta contra a opressão da mulher**. O trabalho. 2016. Disponível em: <<http://otrabalho.org.br/a-luta-contra-a-opressao-da-mulher/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Rio de Janeiro, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher. Brasília: Câmara dos Deputados, 1951. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntConcDirCivMul.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Decreto Nº 4.377, DE 13 DE SETEMBRO DE 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.199. Estabelece as bases de organização dos desportos em todo o país. Rio de Janeiro, 14 de abril de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del3199.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

BRASIL. Emenda Constitucional Nº 1. Brasília, 17 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. Lei Nº 4.121. Estatuto da Mulher Casada. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Brasília, 27 de agosto de 1962. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm>. Acesso em: 16 jun. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 6.515. Lei do Divórcio.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências Brasília, 26 de dezembro de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 13.104. Lei do Feminicídio.** Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 9 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

BRASIL. Organização das Nações Unidas no Brasil. ONUBR. **A ONU e as mulheres.** 2017. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CHADE, Jamil. **Brasil tem menos mulheres no Legislativo que Oriente Médio.** O Estado de São Paulo. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-tem-menos-mulheres-no-legislativo-que-oriente-medio,1645699>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Cronologia do direito feminino.** Wikipédia, A enciclopédia livre. 2016. Disponível em: <<http://Wikipédia.org>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

CUNHA, Carolina. **Direitos femininos: uma luta por igualdade e direitos civis.** Novo Comunicação. 2013. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/direitos-femininos-uma-luta-por-igualdade-e-direitos-civis.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

____. **Evolução histórica da mulher na legislação civil.** Redação Mundo Vestibular. 2008. Disponível em: <<http://www.mundo-vestibular.com.br/articles/2772/1/EVOLUCAO-HISTORICA-DA-MULHER-NA-LEGISLACAO-CIVIL/Paacutegina1.html>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

HAIDER, Zeeshan. **Paquistão aprova projeto que tira estupro da alçada religiosa.** 2006. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Mundo/0,,AA1351283-5602,00-PAQUISTAO+APROVA+PROJETO+QUE+TIRA+ESTUPRO+DA+ALCADA+RELIGIOSA.html>>. Acesso em: 17 jun. 017.

____. **História do Dia Internacional da Mulher.** Sua Pesquisa.com, Portal de Pesquisas Temáticas e Educacionais. 2004-2017. Disponível em: <http://www.suapesquisa.com/dia_internacional_da_mulher.htm>. Acesso em: 15 jun. 2017.

____. **História dos Direitos da Mulher.** Artigos de apoio de Infopédia. Porto: Porto Editora, 2003-2017. Disponível em: <[https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/\\$historia-dos-direitos-da-mulher](https://www.infopedia.pt/apoio/artigos/$historia-dos-direitos-da-mulher)>. Acesso em: 15 jun. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Igualdade conjugal – direitos e deveres.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR. V. 31. 1999. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/1868/1563>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

MACIEL, Alvaro dos Santos. **A evolução histórica do princípio da igualdade jurídica e o desenvolvimento nas constituições brasileiras.** 2017. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8343>. Acesso em: 18 jun. 2017.

MARAFIGO, Gisele. **Conquistas importantes das mulheres no Brasil ao longo da história.** 2013. Disponível em: <https://www.faneesp.edu.br/portal_ext/extensao1363286863.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2017.

MARINELA, Fernanda. **A evolução dos direitos das mulheres**. 2016. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/geral/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

OLIVIERI, Antonio Carlos. **Mulheres: Uma longa história pela conquista de direitos iguais**. Da Página 3 Pedagogia & Comunicação. 2007. Disponível em: <<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/mulheres-uma-longa-historia-pela-conquista-de-direitos-iguais.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

PIRES, Fátima. **Primeira lei brasileira sobre o direito das mulheres**. 2012. Disponível em: <http://www.rankbrasil.com.br/Recordes/Materias/06tC/Primeira_Lei_Brasileira_Sobre_O_Direito_Das_Mulheres>. Acesso em: 15 jun. 2017.

____ Portal Brasil. **Mulheres ganham espaço no mercado de trabalho**. 2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/03/mulheres-ganham-espaco-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

SALOMÃO, Ana. **Maioria é feminina em ingresso e conclusão nas universidades**. Ministério da Educação, 2015. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/212-educacao-superior-1690610854/21140-maioria-e-feminina-em-ingresso-e-conclusao-nas-universidades>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

UNITED NATIONS. **Convention on the Nationality of Married Women**. Treaty Collection. Nova Iorque: ONU, 1957. Disponível em: <<https://treaties.un.org/pages/Treaties.aspx?id=16&subid=A&lang=en>>. Acesso em: 15 jun. 2017.

DERECHO AL OLVIDO X DERECHO A LA INFORMACIÓN: Bajo un análisis de la perspectiva constitucional de derecho

Adilson S. Santos¹
Linketynei Souza de Freitas²

1 INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como objetivo general analizar la medida en que el derecho al olvido hace daño al derecho a la información. Los objetivos específicos del presente estudio son aclarar en el contexto cibernético, la aparición de una nueva ley todavía no específicamente prevista en la Constitución de 1988, el llamado "derecho al olvido."; Identificar los límites del derecho al olvido y el derecho a la información con respecto a la pérdida de los sujetos que tengan su derecho a la intimidad violado; verificar que el derecho a la privacidad ha sido suficientemente protegido y se ha asegurado a la persona el poder de elegir lo que puede o no puede ser puesto en libertad y hasta cuándo.

Así el estudio es analizar el equilibrio en las soluciones para estos conflictos y percibir cual derecho prevalecerá sobre el otro. En los casos objeto de la pesquisa, los resultados fueron en la conclusión de que, cuando no hay ninguna infracción de la

¹ Alumno regular del Curso Intensivo Posgrado de Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires, Master en Ciencia Política – énfasis en Derechos Humanos, Ciudadanía y la Violencia; Especialista en Derecho Público, Especialista en Derecho Penal y Especialista en Gestión de la clase Nivel Superior, Bacharel en Derecho e Análisis de Sistemas. Profesor de Derecho Constitucional del UNIDESC.

² Bacharelanda del curso de Derecho del Centro Universitario del Desarrollo del Centro-Oeste – UNIDESC.

dignidad humana tal información puede ser revelada y el derecho a la información prevalecerá sobre el derecho al olvido.

Cuanto a los aspectos metodológicos, este estudio es bibliográfico, con la noción de buscar informaciones en libros, artículos y demás trabajos científicos, basados en las clases de Severino (2007, p. 70) y también en la pesquisa explicativa que según Lúcia da Silva y Estera Muszkat Menezes (2005, pg.21): *“se propone a identificar los factores que determinan o contribuyen para la ocurrencia de los fenómenos, profundiza el conocimiento de la realidad porque explica la razón, el ‘porqué’ de las cosas.”*. Sobre el enfoque planteado, se emplea la investigación cualitativa que, según Lakatos y Marconi (2008, p. 269), *“se preocupa con analizar e interpretar aspectos más profundos, describiendo la complejidad del comportamiento humano”*. Con respecto a los objetivos, el estudio es descriptivo, y pretende describir características de determinado fenómeno (Silva y Menezes, 2005, p.21), mejorar las ideas a partir del estudio de caso. Según Yin (2001), el estudio de caso es un método de investigación que consiste en abarcar todos los enfoques específicos de recolección y análisis de datos.

Cuando la divulgación de cierta información causa una lesión al honor, la intimidad y la paz del individuo tal información no debe ser revelada. Busca con esta investigación analizar el equilibrio en soluciones para estos conflictos y analizar en el estudio de caso, partiendo de la siguiente problemática: ¿hasta qué punto el Derecho al Olvido hiera el Derecho a la Información, que prevalecerán estos derechos sobre el otro?

2 BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO AL OLVIDO

Antes que nada, es importante conceptualizar el Derecho al Olvido, que se caracteriza por la posibilidad de detener la difusión de informaciones que, incluso si verdaderas, sean perjudiciales a determinada persona. Un derecho aun no estipulado expresamente en la Constitución Federal de 1988 de Brasil, pero que viene siendo reconocido en algunos casos cuando probado que tal difusión puede acarrear perjuicios a determinada persona.

También cabe destacar, en lo que consiste el Derecho a la Información, que es un derecho estipulado en la Constitución Federal de 1988, en su artículo 5, un derecho fundamental que puede considerarse principio básico de control social, a través del cual el pueblo ejerce sobre la administración pública, monitoreando actos de gestión pública.

Para respaldar dicho estudio, se busca apoyo en artículos y estudios de expertos en el área del Derecho, así como en dos fallos recientes de tribunales superiores con respecto al tema. Se busca una discusión de ideas a partir de la edición del Enunciado 531 de la VI Jornada de Derecho Civil del Centro de Estudios Judiciarios del Consejo de la Justicia Federal.

Por lo tanto, a partir de la edición del Enunciado 531, el entendimiento con respecto al tema fue abordado como orientación doctrinal, a la cual doctrinadores convocados, al interpretar el Código Civil, en ese caso, incluyeron el Derecho al Olvido como un atributo de la personalidad (BRASIL, 2002).

Ya hay autores que tratan del tema, el cual está relacionado con el derecho a la libertad de expresión, el Derecho a la Información y a los atributos de la personalidad.

Con el advenimiento de la Constitución Federal de 1988, hubo una nueva orden constitucional, pautada en el estado constitucional de Derecho, pautado en principios fundamentales, como el principio de la dignidad de la persona humana.

Sobre esta base, el Derecho a la Información constituye un valor fundamental por conectarse directamente a la libertad de expresión, como se afirma en el artículo 5, inciso XIV, de la Constitución Federal de 1988, de esta forma, el derecho de transmitir y obtener información no puede ser limitado, sino con respecto a asuntos confidenciales. Son contrapuntos, sin embargo, los derechos fundamentales a la privacidad, al honor y a la intimidad, garantizados expresamente en el artículo 5º, inciso X, de la Constitución Federal de 1988, donde las personas poseen el derecho subjetivo público de evitar que se exponga su vida privada, asegurándose a cada persona derecho al honor, a la privacidad y a la intimidad, prohibiendo cualquiera forma de violación de estos derechos, incluso la divulgación de informaciones.

En el sistema jurídico brasileño, el Derecho al Olvido dispone de protección en el ámbito del atributo de la personalidad. Aun cuando no expresado en la Constitución Federal, tuvo notoriedad en el juicio, por el Tribunal Constitucional Alemán, del “caso Lebach” que, durante la salida de uno de los responsables por el crimen, sería exhibido un documental sobre el caso en una emisora de televisión alemana, mientras que en el análisis del pedido para impedir que se transmitiera dicho documental, el Tribunal Constitucional alemán prohibió su transmisión, teniendo en cuenta que el hecho ya no era de interés social y provocaría diversos perjuicios al agente de la acción, en este caso el principio de protección de la personalidad preponderó ante la libertad de información.

No hubo la misma comprensión en el caso del Recurso Especial N° 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0), en la Corte del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, que trataba de la vinculación de la historia de Aída Curi, exhibida en un programa transmitido por una estación de televisión brasileña. Los hermanos de la fallecida pleitearon indemnización por daños inmateriales como consecuencia de la transmisión y vinculación de la imagen de Aída Curi, alegando que el programa los hizo revivir un dolor pasado, por entender que la exploración del caso por la estación, luego de tantos años del caso, fue ilícita, en este caso el Derecho a la Información preponderó ante el Derecho al Olvido, puesto que el ministro argumentó que la vinculación de imagen única no constituye un señuelo de audiencia, ni dañó la dignidad de la fallecida o la de los familiares.

En el caso del Recurso Especial N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7), del mismo Tribunal, el caso de la Masacre de la Candelaria, el autor pleiteó indemnización por tener su nombre vinculado en la noticia, y alegó que el programa televisivo difundió malas reputaciones a su persona. Lo buscó antes de que se transmitiera el programa con intención de entrevistarlo, pero que no aceptó dicha entrevista por tratarse de un caso ya pasado, estando ya absuelto de manera unánime por negativa de autoría mediante el Consejo de Sentencia. El episodio causó perjuicios al autor del recurso pues trajo al público un hecho ya superado, reavivando el odio y la ira de la comunidad donde reside, acentuando la imagen de asesino.

En este último caso, el daño causado al autor fue extremo, violando su derecho a la paz y a la privacidad, dañando su vida profesional impidiéndolo de conseguir empleo, llevándolo a disponer de sus bienes y abandonar la comunidad donde vivía por miedo de “vigilantes” que lo amenazaban con segar su vida y la de

su familia. La vinculación del nombre y de la imagen del autor fue ilícita, según entendido por el Superior Tribunal de Justicia de Brasil.

Asimismo, el autor requirió indemnización por daños inmateriales y pleiteó su Derecho al Olvido. El entendido del Superior Tribunal de Justicia se basó en la tesis de que la vinculación del caso en red nacional trajo diversos daños al derecho al honor y la privacidad del autor y que el mismo tiene derecho a no tener más nombre e imagen vinculados al hecho, si la persona dejó de tener notoriedad, desapareciendo el interés público por ella, merece ser dejado de lado según lo desee.

Erving Goffman (2006. p.15), bajo una perspectiva sociológica, trata esta situación llamando de estigma, cuya señalización se pone una connotación negativa, despreciativa de lo ser humano. Así, el sujeto involucrado en lo caso de masacre de la Candelária restó dañado por la difusión de la noticia de los crímenes practicados.

Por lo tanto, cuando queda visible un conflicto entre el Derecho a la Información y el derecho de privacidad y hay interés de parte del pueblo en dar a conocer, el hecho será divulgado desde que se preserven los datos íntimos de las personas involucradas.

El Derecho al Olvido fue discutido en dos recursos especiales juzgados por la 4ª Turma del Superior Tribunal de Justicia, con decisiones unánimes, marcando la primera vez que se discute el asunto en Brasil.

Fueron dos apelaciones juzgadas en contra noticias de una estación de televisión brasileña, uno promovido por uno de los acusados que fue absuelto por el episodio conocido como Masacre de la Candelaria y otro por la familia de Aída Curi. Los casos se llevaron a juicio porque los personajes de la noticia, como en el

caso de esta, su familia, creyeron que no había necesidad de rescatar una noticia sucedida en el pasado y que ya no formaba parte del conocimiento del pueblo.

La gran dificultad de discutir este derecho radica en el hecho de que no se puede hablar de reglas o principios, dependiendo mucho del caso concreto, pero hay que decir que nadie está obligado a vivir para siempre cargando su pasado.

Uno de los mayores argumentos contra la aplicación del Derecho al Olvido en ciertos casos concretos es que si un hecho es lícito al suceder, el pasar del tiempo no puede hacerlo ilícito.

El Ministro Luiz Felipe Salomão explicó que, a la larga, el Derecho permite “estabilización del pasado”, siendo ilícito eso sí, traer a la superficie, hechos ya sepulta-dos.

En el caso Aída Curi, el Ministro reconoció también el Derecho al Olvido de la familia que, sin duda, tuvo sentimientos de dolor, angustia y revuelta delante de un crimen sucedido hace más de 60 años reavivados por la noticia de la televisión que transmitió.

3 BREVE HISTORICIDAD DEL DERECHO AL OLVIDO Y DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

El Derecho al Olvido tiene su origen probable alrededor del año 1931, cuando un juicio del Tribunal de Justicia de California, en los Estados Unidos, determinó que una ex-prostituta que había fundado una familia y abandonado sus viejas ocupaciones tenía Derecho al Olvido con relación a los actos de su pasado, una vez que cuando prostituta se vio involucrada en un homicidio, hecho posteriormente esclarecido y del cual fue inocentada. (Tribunal Estadounidense del Estado de la California, Caso Melvin vs. Reid, 1931). (DOTTI, 1980).

El tiempo pasó, la ex-prostituta había fundado una familia y llevaba una vida decorosa y ejemplar y, justamente a causa de ello, su marido ingresó en la corte pleiteando el derecho de su esposa a ser olvidada de aquellos hechos, para que la comunidad no quedase sabiendo sobre tal sucedido, aún más porque todo ya se había aclarado, y su pedido fue fundamentado puesto que una película sobre tal hecho estaba por ser publicada, citando incluso nombre, profesión e involucramiento en el crimen de la misma. Por más que la película resguardara su inocencia, causó gran dolor y malestar a ella y a su familia con la posibilidad de la publicación de esta película.

Por consiguiente, la corte le concedió el derecho a ser olvidada, a la vez que declaró el olvido de los hechos y, de esta forma, la película fue impedida de ser divulgada.

Existen varias discusiones a respecto de hasta qué punto el Derecho al Olvido dañaría la efectividad de ejercer el Derecho a la Información. Toda sociedad tiene su historia y toda persona tiene asegurado el acceso a la información. Por lo tanto, al privar la posibilidad de publicación de alguna película, libro o etc., se puede estar violando o privando el derecho al acceso a la información.

Pedro Lenza (2013, p.1065) afirma que *“es asegurado a todos el acceso a la información y se resguarda el secreto de la fuente cuando sea necesario para el ejercicio de la profesión. Se trata del derecho de informar y ser informado”*.

La Constitución Federal de 1988 de Brasil, en su Artículo 5, inciso XXXIII dispone acerca del tema:

Art. 5: Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier tipo, asegurando a brasileños y extranjeros radicados en el País el derecho inviolable a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad bajo las siguientes condiciones: (...)

XXXIII - todos tienen derecho de recibir de los organismos gubernamentales informaciones de interés privado, de interés colectivo o general, que se prestarán dentro de la ley, bajo pena de responsabilidad, salvo aquellas cuyo sigilo sea imprescindible para la seguridad de la sociedad y del Estado. (BRASIL, 1988)

El Derecho a la Información surge en el mundo juntamente con el Estado Democrático de Derecho.

Es visible que bajo este análisis, el constitucionalismo se dio como medida de limitar el poder estatal, ya que para la construcción de los valores vinculados al Derecho a la Información que se presentan hoy fueron necesarias discusión y maduración teórica asociadas al modelo democrático de derecho.

Hay varias corrientes que difieren en cuándo apareció por primera vez un mecanismo que tuviera por objetivo limitar el poder del Estado. “[...] *el constitucionalismo tiene como origen formal las Constituciones Estadounidense de 1787 y Francesa de 1791*” que tuvieron como preámbulo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Ciudadano de 1789, movimiento deflagrado durante el Iluminismo en contraposición al Iluminismo reinante. (Pedro Lenza, p. 60, 2013)

Por otro lado, según Pedro Lenza (2013, p. 59), parafraseando Karl Loewenstein (1979, p. 154), este considera que la primera Constitución debe haber surgido ya en los tiempos de la sociedad hebraica, con la institución de la “Ley de Dios” (Torá). El autor alemán señala que, en aquel Estado Teocrático, la “Ley de Dios” limitaba de cierta forma el poder de los gobernantes (llamados, en aquel entonces, de “Jueces”).

Lenza (2013, p. 59) explica que en la antigüedad clásica, Karl Loewenstein identificó, entre los hebreos, tímidamente el

surgimiento del constitucionalismo, estableciéndose en el Estado teocrático limitaciones al poder político al garantizar la legitimidad de los profetas para supervisar los actos gubernamentales que extrapolaran los límites bíblicos.

La doctrina tradicional, compuesta por la mayoría de los autores, defiende que las primeras vertientes del Constitucionalismo surgieron con el advenimiento de la Carta Magna de 1215, firmada por el rey Juan Sin Tierra (Inglaterra, 1215). Documento este, impuesto al Rey por los barones feudales ingleses, que establecía una gran protección a los derechos individuales importantes, convirtiéndose en un hito para el Constitucionalismo. (LENZA, 2013, p. 59)

De este modo, la primera Carta Magna Constitucionalista, marcando así el Constitucionalismo durante la Edad Moderna, sería el *Bill of Rights* (Inglaterra, 1688/1689), que preveía derechos para todos los ciudadanos y no se destinaba solamente a una clase. (LENZA, 2013, p. 59)

Por fin, para el Constitucionalismo moderno, son dos los marcos históricos y formales del constitucionalismo: la Constitución Estadounidense de 1787 y la Francesa de 1791. (LENZA, 2013, p. 60)

Por lo tanto, puede verse que hay desacuerdos en cuanto al origen de los primeros derechos y garantías individuales constitucionales, concluyendo así que desde las primeras civilizaciones ya existían mecanismos de control del poder Estatal.

4 ESTUDIO DE CASO: Aída Curi y masacre de la Candelaria

El Derecho al Olvido, aunque todavía no positivado por la legislación brasileña, tuvo la discusión sobre su aplicación, posibilidad de discusión y empleo garantizada mediante la VI

Jornada de Derecho Civil en su Enunciado 531, una discusión vinculada a hechos pasados sobre la forma y finalidad por los cuales son tratados:

ENUNCIADO 531 – La tutela de la dignidad humana en la sociedad de la información incluye el Derecho al Olvido. Artículo 11 de Código Civil justifica: Los daños causados por las nuevas tecnologías de la información vienen acumulándose en la actualidad. El Derecho al Olvido tiene su origen histórico en el campo de las condenas penales. Surge como parte importante del derecho del ex-interno a la resocialización. No atribuye a nadie el derecho de suprimir hechos o reescribir la historia en sí, nada más asegura la posibilidad de discutir el uso que reciben los hechos pasados, más específicamente el modo y el propósito con los que se recuerdan.

El Derecho al Olvido viene reconociéndose en algunos casos cuando se demuestra que dicha divulgación puede acarrear prejuicios a alguien en particular. En este tema, la investigación discute a respecto de dos casos recientemente juzgados por la Cuarta Turma del Superior Tribunal de Justicia de Brasil, donde las decisiones fueron unánimes.

Con eso, en el caso del Recurso Especial N° 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0), que se trató de la vinculación de la historia de Aída Curi, exhibida en un programa transmitido por una estación de televisión brasileña. Los hermanos de la fallecida, presentaron acción de daños inmateriales, materiales y a de la imagen frente a la estación de televisión resultante de la exhibición y vinculación de la imagen de Aída Curi, víctima de homicidio en

el año 1958, un crimen conocido nacionalmente por la forma que fue noticiado en la época, alegando que el programa lo hizo revisitarse un dolor pasado, ya que el crimen se había olvidado con el paso de los años. Los autores entendieron que la exploración del caso por la estación, pasados tantos años, fue ilícita.

En primera instancia, el Juez de la 47ª Vara Civil de la Comarca de la Capital del Rio de Janeiro desestimó los pedidos de los autores, manteniendo el veredicto en la apelación.

Es innegable que el aparente conflicto entre la libertad de expresión/información, por veces materializada en la libertad de prensa y atributos individuales de la persona humana — como intimidad, privacidad y honor —, posee estatuto constitucional (art. 5, incisos IV, V, IX, X e XIV, arts. 220 y 221 de la Constitución Federal), no siendo raras decisiones basadas predominantemente en cotejo hermenéutico entre los valores constitucionales enfrentados. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0))

En este caso el Derecho a la Información triunfó sobre el Derecho al Olvido, puesto que el argumento del ministro Luis Felipe Salomão fue que la vinculación de una única imagen no constituyó señuelo de audiencia, siendo usada a título meramente informativo y que no causó daño a la dignidad de la fallecida ni a la familia. Vea aquí un fragmento de su voto:

De hecho, los demandantes afirman ellos mismos que, durante todo el reportaje, el caso Aída Curi se retrató mediante dramatizaciones llevadas a cabo por actores contratados, con una única exposición de la imagen real de la fallecida. Tal circunstancia

refuerza la conclusión de que — a diferencia de una biografía no autorizada, en la cual se persigue la vida privada del retratado — la esencia del programa fue verdaderamente el crimen en sí, y no la víctima o su imagen. En el caso, la imagen de la víctima no constituyó un señuelo de audiencia, mostrándose poco probable que una única fotografía ocasionara incremento o disminución de la receptividad a la reconstrucción por parte de los telespectadores.

En el caso del Recurso Especial N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7), conocido “Masacre de la Candelaria”, el autor presentó una acción de reparación por daños morales en vista de una estación privada de televisión brasileña que difundió la información. Mencionó que fue acusado como coautor/partícipe de la secuencia de homicidios que se produjo en 23 de junio de 1993, en la ciudad de Rio de Janeiro, conocida como “Masacre de la Candelaria”, pero que, al final, fue sometido a juicio y absuelto por negativa de autoría por el voto unánime de la Junta de Juicio.

El autor pleiteó indemnización porque vincularon su nombre en el reportaje, alegó que el equipo de reporteros lo buscó antes de que se transmitiera el programa para entrevistarlo, pero que no aceptó la entrevista porque no le interesaba tener su imagen retransmitida en red nacional. Sin embargo, en junio de 2006, se transmitió el programa con el autor señalado como uno de los involucrados en la masacre, pero que fue absuelto. El episodio causó perjuicios al autor del recurso, pues trajo al público un hecho ya superado, reavivando el odio y la ira de la comunidad donde residía, acentuando la imagen de asesino.

En este último caso, el daño causado al autor fue extremo, ya que violó su derecho a la paz, al anonimato y a la privacidad,

dañando su vida profesional impidiéndolo de conseguir empleo, aparte de verse forzado a disponer de sus bienes y abandonar la comunidad donde vivía por miedo de “vigilantes” que lo amenazaban con segar su vida y de su familia. Por otro lado el evento dañoso causó un trauma a la historia nacional con reflejo al conocimiento dos hechos al mundo, como se dice en el texto de la apelación arriba mencionado:

El Juízo de Direito da 47ª Vara Cível da Comarca da Capital/RJ comprendiendo, de un lado, el interés público de la noticia acerca del ‘evento traumático de la historia nacional’ que se reflejó ‘de manera desastrosa para la imagen del país junto a la comunidad internacional’ y, del otro, el ‘derecho al anonimato y al olvido’ del autor, tomó como oportuno mitigar el segundo, desestimando el pedido indemnizatorio.

No obstante, se reformó la sentencia en la apelación, pero contrapuestos embargos, también por la mayoría, fueron desestimados, y contrapuestos embargos de declaración, que por su consiguiente fueron desestimados. Quedaron de este modo los recursos Especial y Extraordinario, cuya análisis basada en el argumento:

Se aduce, por otro lado, que no se invadió la privacidad/intimidad del autor porque los hechos noticiados ya eran públicos y ampliamente discutidos en la sociedad, haciendo parte del acervo histórico. Argumentan que se trató de un programa periodístico en formato de documental sobre hecho del interés público, donde la estación se limitó a narrar los hechos tal y cual sucedieron, sin direccionar ofensas a la

persona del autor, todo lo contrario, dejando claro que había sido inocentado. Así se considera inadmisibile la aceptación de un “derecho al olvido o un derecho a ser dejado en paz”, que sobrepuja el derecho de informar por parte del demandante. (RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)

La vinculación del nombre e imagen del autor fue ilícita, por lo que argumentó el Superior Tribunal de Justicia que la historia sería igualmente bien contada sin la necesidad de exhibir la imagen y nombre del autor en rede nacional.

A pesar de La Masacre de la Candelaria haberse convertido — con mucha razón — en un hecho histórico, que reveló al mundo las lacras del país, y símbolo de la precaria protección estatal conferida a los derechos humanos del niño y del adolescente en situación de riesgo, lo cierto es que la historia fatídica se hubiera contado bien y de manera fidedigna sin que para eso fuera necesario exponer la imagen y el nombre del autor en red nacional (RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7, p. 39)

Asimismo, el autor requirió indemnización por daños inmateriales y pleiteó su Derecho al Olvido. El entendido del Superior Tribunal de Justicia se basó en la tesis de que la vinculación del caso en rede nacional trajo diversos daños al derecho al honor y la privacidad del autor y que el mismo está garantizado el derecho a no haber más su nombre e imagen vinculados al hecho, si la persona dejo de tener notoriedad, desapareciendo el interés público por ella, merece ser dejado de lado según lo desea.

En el caso, permitir una nueva difusión del hecho con la indicación precisa del nombre e imagen del autor significaría permitir una segunda ofensa a su dignidad, solo porque la primera ya se produjo, ya que, como reconoció adecuadamente la sentencia recurrida, además del crimen en sí, la investigación policial moldeó una renombrada ‘vergüenza nacional’ (RECURSO ESPECIAL N° 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7, pg. 39).

En consecuencia, delante de un conflicto aparente entre el Derecho a la Información y el Derecho al Olvido, se debe primar valores específicos según cada caso.

Esto fue de encuentro con la análisis de Robert Alexis (2008. p. 167) cuando se atribui peso na conjugación de principios: *“Quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância de satisfação do outro”*.

De acuerdo con los casos discutidos más arriba, cuando la difusión de tal información traiga perjuicios al honor, a la moral, al derecho a la paz, al derecho al anonimato y al derecho a la privacidad de una persona, tal información no debe más ser difundida.

En el caso Aída Curi, el Superior Tribunal de Justicia entendió que no se violó el derecho a la dignidad de la fallecida, puesto que su imagen fue exhibida una única vez y la transmisión en red nacional tuvo un carácter meramente informativo, no existiendo lesión de derecho.

Sin embargo, en el caso “Masacre de la Candelaria”, el autor del Recurso Especial tuvo la garantía del derecho a ser olvidado, un hito para el Derecho Brasileño, debido que en este caso, tuvo grandes pérdidas decurrentes de la difusión de tales informaciones, tuvo su derecho a la paz, la moral, honor y

privacidad violados, aparte de tener que abandonar su residencia en la comunidad y tener su imagen desfigurada para la de un “asesino”.

5 CONSIDERACIONES FINALES

Como resultado de la investigación se comprobó el surgimiento de un nuevo derecho aun no previsto expresamente en la Constitución Federal de 1988 de Brasil, pero que tuvo su aplicación, posibilidad de discusión y empleo garantizados mediante la VI Jornada de Derecho Civil en su Enunciado 531, del Centro de Estudios Judiciarios do Consejo de la Justicia Federal.

En lo que atañe a los límites y pérdidas por parte de los sujetos que tienen su derecho a la privacidad violado, se encuentra el hecho de que el Derecho a la Información triunfará sobre el Derecho al Olvido siempre y cuando la difusión de tal información no dañe algunos derechos fundamentales de la persona como la protección del honor, moral y privacidad.

En lo que atañe a la problemática de la investigación, como respuesta se comprobó que, cuando la difusión de algunas informaciones acarree daños al honor, privacidad y paz de la persona, tales informaciones no deben difundirse, por esta razón, cada caso debe de ser analizado bien y en detalles, para que un derecho no suprima al otro.

Cuanto al derecho a la privacidad, en el mundo que vivimos hoy en día, es difícil decir que uno tiene su derecho a la privacidad garantizado plenamente, una vez que la propagación de datos e informaciones a través de internet es muy rápida.

Cuanto a la protección de la privacidad, con respecto aquellas situaciones que son vitales, y que por formar parte solamente de su vida particular, uno tiene la facultad de mantener

tal información solamente para sí. Sin embargo, cuando la difusión de algunas informaciones pueda acarrear daños a determinada persona, el difusor podrá sufrir algunos perjuicios y pagar algún tipo de indemnización por el abuso que cometió, una vez que el objetivo principal del derecho a la privacidad es proteger el honor y la intimidad de esa persona.

Es decir, existen algunos límites respecto a la protección de la privacidad que deben observarse, en este caso, la transmisión/difusión debe limitarse a hechos vinculados al mismo. La difusión de imagen debe limitarse rigurosamente al intento de difundir información y no crear una divulgación difamatoria, que pueda herir la integridad moral de alguien.

En el estudio de caso, los resultados obtenidos concluyeron que mientras no se viole el derecho a la dignidad humana, la información podrá ser difundida, desde que haya armonía de manera que no se incurran abusos como en el caso del juicio dictado por el Superior Tribunal de Justicia, relacionado con el caso Aída Curi, una vez que la imagen de la fallecida se transmitió una única vez en programa de televisión brasileña, sin dañar ni a la familia ni a su memoria. En este caso, el Derecho a la Información triunfó sobre el Derecho al Olvido.

Ya en el caso del Recurso Especial juzgado como el “masacre de la Candelaria”, la interpretación del Superior Tribunal de Justicia fue diferente, puesto que la difusión del nombre del autor trajo varios perjuicios a su privacidad y honor, cuyo Derecho al Olvido se le fue reconocido. Así siendo, el Derecho al Olvido triunfó sobre el Derecho a la Información.

De esta suerte, se atingieron los objetivos de la investigación, que aquí estaban desde una perspectiva constitucional del Derecho, a partir de los estudios de caso se observó que el Derecho al Olvido triunfará sobre el Derecho a la

Información cuando la difusión de la información traiga perjuicios a la persona que tenga sus derechos a la privacidad, honor e imagen violados.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert; Trad. Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRASIL. **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico] / Supremo Tribunal Federal**. – 4. ed. – Brasília : Secretaria de Documentação, 2011. Modo de acesso: World Wide Web. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. ISBN: 978-85-61435-29-5. 1. Direito constitucional, Brasil. 2. Tribunal Supremo, Brasil. 3. Constituição, Brasil. I. Título. Accedido el: 2 feb. 2017.

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

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de Abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, publicada no Diário Oficial da União em 24 de Abril de 2014; Brasília, DF. 2014.

BRASIL. **Ministério da Educação**. Secretaria de Educação Básica. Informática básica / João Kerginaldo Firmino do Nascimento. – Brasília: Universidade de Brasília, Centro de Educação a Distância, 2006.

BRASIL. **Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/821>>. Accedido el: 3 mar. 2017.

BRASIL. **ADPF 130** (ADPF 130, Rel. Min. Ayres Britto, juzgamiento en 30-4-2009, Plenário, DJE de 6-11-2009). Brasília, DF. 2009. Disponible en:

<<http://redir.stj.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Accedido el: 28 feb. 2017.

BRASIL. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 - RJ (2011/0057428-0)**. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, juzgamiento en 28/5/2013. Disponible en: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0527.rtf>. Accedido el: 2 feb. 2017.

BRASIL. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 - RJ (2012/0144910-7)**. REsp 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, juzgamiento en 28/5/2013. Disponible en: <www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0527.rtf>. Accedido el: 2 feb. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Volume 1. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponible en: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Accedido el: 3 ene. 2017.

GOFFMAN, Erving; Trad. Leonor Guinsberg. **Estigma: La identidad deteriorada**. 1ª ed. Buenos Aires: Amorrortu, 2006.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade; Técnicas de Pesquisa. 7ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LORA, Laura Noemí. **Derechos humanos: una perspectiva crítica de la sociología del derecho**. Disponible en: <<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicacion>>

es/lora-derechos-humanos-una-perspectiva-critica-de-la-sociologia-del-derecho>. Accedido el: 1 mar. 2017.

LORA, Laura Noemí. **El derecho como lenguaje. Reflexiones sobre las transformaciones del lenguaje y de las funciones del derecho.** Disponible en:

<<http://www.derecho.uba.ar/investigacion/investigadores/publicaciones/lora-el-derecho-como-lenguaje-reflexiones-sobre-las-transformaciones-del-lenguaje-y-de-las-funciones-del-derecho.pdf>>. Accedido el: 1 mar. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIDÓN, Mario A. R. **Manual de Derecho Constitucional Argentino.** 3ª ed. – Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional** – 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Direito Constitucional.** 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional.** 5 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

A LEI ANTITERRORISMO BRASILEIRA SOB A ÓTICA DO DIREITO INTERNACIONAL E DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS: Breve análise

Ana Cláudia Moreira Miguel Philippini¹

Renato Augusto de Alcântara Philippini²

Luis Eduardo Pombo Celles Cordeiro³

1 INTRODUÇÃO

O dia 11 de setembro de 2001 foi o dia mais efetivo da história do terrorismo no que tange ao número de vítimas e aos danos econômicos⁴. De acordo com Hoffman (2006), o ataque da al-Qaeda às torres gêmeas e ao Pentágono redefiniram o terrorismo tanto em escala quanto na forma de ser combatido.

¹ Advogada e professora. Mestre em Ciências Aeroespaciais (Ciência Política e Relações Internacionais) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena.

² Advogado e professor. Mestre em Ciências Aeroespaciais (Ciência Política e Relações Internacionais) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco, especialista em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Salesiano de Lorena. Membro da Association Internationale de Droit Pénal.

³ Oficial da Força Aérea Brasileira. Mestre em Ciências Aeroespaciais (Ciência Política e Relações Internacionais) pela Universidade da Força Aérea, especialista em Logística Empresarial pela Sociedade Educacional de Santa Catarina. Graduado oficial aviador pela Academia da Força Aérea.

⁴ Mais de 3 mil pessoas, de oitenta diferentes nacionalidades, morreram vítimas dos ataques; 343 bombeiros e paramédicos e 60 policiais também perderam suas vidas no World Trade Center (UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, 2009).

Após os ataques terroristas, o governo dos Estados Unidos passou a liderar uma coalização internacional na denominada guerra global ao terror, envolvendo, entre outras medidas, operações militares, leis de segurança mais rígidas e esforços para bloquear o financiamento de organizações terroristas (UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE, 2009).

As organizações do Sistema das Nações Unidas também responderam rapidamente em suas respectivas esferas. No dia 28 de setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adotou a Resolução 1373, estabelecendo ações para evitar o financiamento do terrorismo, criminalizar a coleta de fundos para tal fim e para congelar bens de pessoas ligadas ao terrorismo (UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL, 2001).

Por sua vez, em 8 de setembro 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas adotou, por unanimidade, a Estratégia Antiterrorismo Global, Resolução 688 da Assembleia Geral, visando incentivar o incremento dos esforços nacionais, regionais e internacionais para conter o terrorismo. O diploma baseia-se em alguns pontos: dissuadir grupos de recorrer ao terrorismo; negar aos terroristas os meios para realizar um ataque; dissuadir os Estados de apoiar grupos terroristas; desenvolver a capacidade do Estado para prevenir o terrorismo e aumentar a defesa dos direitos humanos no contexto do terrorismo e contraterrorismo (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2006).

Entre as medidas a serem implementadas pelos Estados-Membros, a Estratégia, em seu item IV(4), afirma que:

To make every effort to develop and maintain an effective and rule of law-based national criminal justice system that can ensure, in accordance with our obligations

under international law, that any person who participates in the financing, planning, preparation or perpetration of terrorist acts or in support of terrorist acts is brought to justice, on the basis of the principle to extradite or prosecute, with due respect for human rights and fundamental freedoms, and that such terrorist acts are established as serious criminal offences in domestic laws and regulations (...) (UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY, 2006, p. 9).⁵

Sendo o terrorismo o fenômeno de maior impacto na paz e na segurança globais no século XXI, o Brasil não poderia furtar-se ao enfrentamento do tema, sobretudo tendo o país sediando, nos últimos anos, grandes eventos internacionais tais como os Jogos Pan-Americanos de 2007, os Jogos Mundiais Militares de 2011, a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (RIO+20) em 2012, a Jornada mundial da Juventude em 2013, a Copa das Confederações em 2013, a Copa do Mundo de Futebol em 2014, e os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de Verão em 2016.

Muito embora contraterrorismo estivesse na agenda do governo brasileiro há décadas, o país carecia, até 2016, de uma lei específica que regulasse o tema, não obstante o mandamento

⁵ Em português: Fazer todos os esforços para desenvolver e manter um sistema de justiça penal nacional eficaz e baseado no Estado de Direito que possa assegurar, de acordo com as obrigações nos termos do direito internacional, que qualquer pessoa que participe no financiamento, planejamento, preparação ou perpetração de atos terroristas, ou que apoio atos terroristas seja levado à justiça, com base no princípio de extradição ou perseguição, no respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, e que tais atos terroristas sejam estabelecidos como infrações penais graves nas leis e regulamentos nacionais (Tradução nossa).

previsto no art. 5º, inc. XLIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Apenas com o advento da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, tal lacuna foi preenchida.

A chamada Lei Antiterrorismo listou os atos de terrorismo, tipificando-os, bem como tratou de conceituar organizações terroristas e de disciplinar a investigação e o processo contra tais criminosos.

Por outro lado, afastou de sua abrangência a ocorrência de condutas análogas, individuais ou coletivas, praticadas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional (BRASIL, 2016).

Já no ano seguinte à entrada em vigor do diploma, a Justiça brasileira utilizou pela primeira vez a Lei Antiterrorismo para fundamentar uma condenação. Em 4 de maio de 2017, a 14ª Vara Federal de Curitiba condenou oito dos quinze presos na Operação *Hashtag*, da Polícia Federal que, em julho de 2016, há apenas algumas semanas do início dos Jogos Olímpicos no Rio de Janeiro, foram presos por promover via redes sociais a organização terrorista denominada Estado Islâmico⁶ (JFPR, 2017).

Destarte, a presente investigação visa realizar uma análise, ainda que breve, da Lei Antiterrorismo sob a ótica do Direito Internacional e das Relações Internacionais.

Por conseguinte, tem-se o seguinte problema de investigação: o Brasil conseguiu adequar-se as regras internacionais antiterroristas com a Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.

⁶ O Estado Islâmico do Iraque e do Levante (ISIL), ou Estado Islâmico do Iraque e da Síria (ISIS) é também conhecido pelo acrônimo Daesh. Em 2014, o grupo passou a se auto intitular simplesmente "Estado Islâmico" (IS).

Para tanto, este trabalho de investigação compreende a técnica qualitativa, pois abarca a observação de ações e análise do discurso. Para a reconstrução teórica foi preciso utilizar uma hermenêutica, realizada desde formatos de análise crítica do corpo discursivo que constitui a fonte da indagação, em especial, da Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, bem como do teor da sentença prolatada pela Justiça Federal do Paraná (JFPR), mais especificamente pela 14ª Vara Federal de Curitiba, nos autos da Ação Penal nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR (JFPR, 2017).

2 DEFININDO TERRORISMO

O estudo do terrorismo tem atraído cada vez mais a atenção de acadêmicos que buscam entender e explicar o tema. No entanto, não obstante a profusão de estudos sobre o fenômeno, não há consenso em relação ao ponto mais fundamental, ou seja, à sua definição.

Conforme aponta Sinai (2006) a definição de terrorismo constitui-se no mais incerto componente dos estudos sobre o tema. Não há, segundo o autor, um consenso no sentido de uma definição universal que faça, por exemplo, a distinção entre ações contra civis não combatentes e à Forças Armadas, ou ainda, que acompanhe as últimas tendências e táticas utilizadas como, por exemplo, o uso de veículos comuns nos ataques realizados no ano de 2017 na França, Alemanha, Noruega e Inglaterra.

Parte do problema se deve ao fato do termo terrorismo estar relacionado com a história, a cultura e as políticas das nações e organismos internacionais, tornando improvável um consenso.

Concomitantemente, o próprio fenômeno do terrorismo está em constante mudança o que significa dizer que é necessária a constante atualização das teorias e premissas relativas ao tema.

Sinai (2008) aponta que o Departamento de Estado dos Estados Unidos (DOS), em 1983, formulou uma das definições de terrorismo mais amplamente utilizadas. Conforme tal definição, terrorismo é toda violência premeditada, politicamente motivada e perpetrada contra o alvos não-combatentes, efetivada por grupos subnacionais ou agentes clandestinos, visando influenciar uma coletividade.

Ainda como parte da definição de terrorismo do Departamento de Estado dos Estados Unidos, o termo “não-combatente” engloba civis e militares que estão desarmados ou que não estão em serviço e, por sua vez, a expressão "terrorismo internacional" refere-se a terrorismo envolvendo cidadãos ou território de mais de um país. Por fim, o termo "grupo terrorista" refere-se a qualquer grupo que pratica, ou que tem subgrupos significativos que praticam terrorismo internacional (SINAI, 2008).

A falta de conformidade ocorre mesmo entre organismos nacionais.

Nesse sentido, diferentemente do Departamento de Estado, o *Federal Bureau of Investigation* (FBI), define o que é terrorismo fazendo distinção entre doméstico e internacional. Para o FBI, terrorismo doméstico, pois, constitui o uso ilegal, ou a ameaça de uso, de força ou violência por um grupo ou indivíduo com base e operação inteiramente nos Estados Unidos ou Porto Rico, sem direção estrangeira, cometida contra pessoas ou bens para intimidar ou coagir um governo, a população civil ou qualquer segmento com fins políticos ou sociais (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2005).

Por sua vez, terrorismo internacional na visão do FBI, envolve atos violentos ou atos perigosos para a vida humana, que constituam uma violação das leis criminais dos Estados Unidos ou

de qualquer Estado, ou que seria uma violação criminal se cometido na jurisdição dos Estados Unidos ou de qualquer Estado. Esses atos devem ser destinados a intimidar ou coagir uma população civil, a influenciar a política de um governo por intimidação ou coerção, ou ainda afetar a conduta de um governo por assassinato ou sequestro. Tais atos, para serem definidos como terrorismo internacional devem ocorrer fora dos Estados Unidos ou transcenderem fronteiras nacionais em termos dos meios pelos quais são realizados, das pessoas que os praticam, ou a localidade em que seus perpetradores operam ou solicitam asilo (U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, 2005).

Walter (2003) alega que, muito embora tanto na esfera internacional quanto no âmbito nacional seja possível evitar o uso jurídico do termo “terrorismo”, utilizando-se como opção a definição legal de atos que constituam parte de atividades terroristas, tal aproximação tem seus limites, principalmente após o 11 de setembro.

Nesse sentido, aponta Modi (2015), a ONU firmou entendimento que sem o acordo entre os Estados-Membros do que constitua terrorismo, não é possível a união para combater e eliminar o terrorismo internacional. Assim, a Organização tem trabalhado na direção de esboçar o projeto de um tratado internacional que preencha as lacunas dos catorze tratados até então firmados e se constitua em um regime jurídico internacional sobre o tema. No entanto, até o presente momento não houve avanços significativos no sentido de um consenso que permita a criação de tal diploma.

Grande parte da problemática de se alcançar uma definição única sobre o conceito de terrorismo origina-se na dificuldade da distinção entre atos terroristas de outras formas de

luta, tais como as lutas de resistência, direito inalienável dos povos, conforme a ONU.

Nesse sentido Schmid (2011) assinala que:

Todos os três - soldados, guerrilheiros e terroristas - usam violência, mas os dois primeiros grupos alvejam apenas forças de segurança armadas, embora possam acertar civis por engano ou, sob necessidade militar, estão dispostos a arriscar consideráveis “danos colaterais” entre instalações civis e populações. Os terroristas, por outro lado, alvejam civis desarmados e não-combatentes deliberadamente para produzir choque e pavor. Na guerra, muito do seu comportamento constituiria crimes de guerra. Em tempos de paz, constitui graves violações de direitos humanos e crimes graves (SCHMID, 2011, p. 23).

Em outras palavras, é grande a relatividade do termo terrorismo e resistência e/ou insurgência quando em comparação.

Segundo Philippini (2016, p. 16):

Embora o terrorismo seja considerado um desafio estratégico que requer o estabelecimento de políticas, convertidas em ações por parte dos governos, todas as limitações de direitos devem, além de ser previstas em lei, limitar-se as situações absolutamente necessárias, além de serem aplicadas, exclusivamente, em conformidade com o interesse geral da coletividade, tarefa difícil tendo em vista as próprias características do terrorismo.

Diante de toda a dificuldade de se definir legalmente o termo terrorismo, o Estado brasileiro vinha relutando em adotar leis que criminalizassem atos terroristas (WELSH, 2013).

Tal ausência de definição não obstava os esforços de contraterrorismo do país. A Justiça brasileira, costumeiramente extraditava acusados de terrorismo, bem como utilizava leis relativas a crime organizado e a lavagem de dinheiro para lidar com terroristas mesmo antes da edição da Lei Antiterrorismo⁷.

No entanto, a pressão internacional para que se regulamentasse um regime de contraterrorismo aumentou significativamente quando o país foi escolhido para sediar a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016 (ROACH, 2015).

Finalmente, em maio de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.260/16 criminalizando o terrorismo.

3 O REGIME ANTITERRORISTA BRASILEIRO: A LEI Nº 13.260/16

Ao editar a Lei Antiterrorismo, Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016, o legislador nacional acatou, com certo atraso, ao comando de criminalização previsto no inciso XLIII do no artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece o terrorismo como crime equiparado a hediondo. Concomitantemente acompanhou a tendência internacional de tomar medidas para prevenir, punir e eliminar o terrorismo, obrigação assumida pelo país ao aderir a instrumentos internacionais como, por exemplo, a Convenção

⁷ Vários dispositivos anteriores à Lei Antiterrorista fazem menção ao terrorismo, como a Constituição Federal, em seu art. 5º, XLIII); a Lei de Segurança Nacional (art. 20 da Lei nº 7.170/83); o Estatuto do Estrangeiro (art. 77, §3º, da Lei nº 6.815/80); a Lei de Crimes Hediondos (art. 2º, da Lei nº 7.082/90); e a Lei de Combate ao Crime Organizado (art. 1º, §2º, inc. II, da Lei nº 12.850/13).

Interamericana contra o terrorismo, ratificada pelo Brasil em outubro de 2005 e promulgada em 26 de dezembro de 2005, por meio do Decreto nº 5.639 (BRASIL, 2005).

A definição legal de terrorismo no Brasil está expressa no art. 2º da Lei nº 13.260/16:

Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública (BRASIL, 2016).

Ao adotar tal aceção, o legislador não seguiu nenhuma definição internacional, não obstante seja signatário de vários instrumentos relativos ao tema.

Surge, então, uma celeuma interessante, pois mesmos nos casos de distúrbios internos, compete aos órgãos de supervisão internacional atuar para a proteção dos direitos humanos quando em situações de emergência, como nos casos de terrorismo, de modo que ao relativizar ainda mais o conceito de terrorismo torna-se difícil a atuação internacional para o seu combate.

Observa-se, no entanto, que não se trata de interferir na soberania interna brasileira, mas de poder atuar em um tema de legítimo interesse internacional, visto que a proteção dos direitos humanos não está restrita ao domínio de um Estado específico e, portanto, a sua jurisdição interna.

Neste sentido afirma Piovesan (2013), visto que o repúdio ao terrorismo é um princípio de direito internacional e como tal deve ser combatido pelos Estados. No entanto, é preciso ter em mente que os Estados que incluem uma legislação antiterrorista

não podem somente conceitua-lo, mas discutir o seu sentido e significado com o objetivo de evitar que determinados atos de violência sejam enquadrados como terroristas apenas por questões políticas.

No Brasil, especificamente, houve apenas um caso de enquadramento a figura típica. Tratam-se dos fatos narrados na Ação Penal, autos nº 5046863-67.2016.4.04.7000 (JFPR, 2017), que tramitou na 14ª Vara Federal de Curitiba. Segundo consta da sentença, no período de 17 de março a 21 de julho de 2016, oito brasileiros promoveram publicações em perfis de redes sociais com o objetivo de promover a organização terrorista denominada Estado Islâmico. De acordo com a investigação realizada, todo o conteúdo obtido exalta os atos terroristas realizados em todo mundo pela organização, com postagem de vídeos e fotos de execuções públicas de pessoas, bem como orientando os seguidores de como realizar o juramento à organização e cogitando a possibilidade de o Brasil ser alvo de ataque. Como consequência, os acusados foram condenados a prática de promoção de organização terrorista, neste caso prevista no artigo 3º da Lei nº 13.260/16 que assim estabelece: “*Promover, constituir, integrar ou prestar auxílio, pessoalmente ou por interposta pessoa, a organização terrorista: Pena - reclusão, de cinco a oito anos, e multa*”.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no que foi discutido na presente investigação, é possível vislumbrar que, na atualidade, o terrorismo constitui a maior ameaça a paz e a segurança internacionais, sendo seu combate uma obrigação de todos os Estados.

Pressionado dentro do sistema internacional, finalmente em 2016 o Brasil preencheu a lacuna até então existente e editou

um diploma antiterrorismo, incluindo a tipificação do terrorismo no ordenamento pátrio.

Assim sendo, verifica-se que, muito embora não tenha adotado uma definição de terrorismo constante em diploma da qual seja signatário, o Brasil acompanhou a tendência internacional de tomar medidas para prevenir, punir e eliminar o terrorismo, obrigação assumida pelo país junto à comunidade internacional.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 jun 2015.

_____. **Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005**. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5639.htm>. Acesso em: 5 jun 2015.

_____. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016**. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em: 5 jun 2017.

HOFFMAN, Bruce. **Inside terrorism**. New York: Columbia University Press, 2006.

JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. Ação penal nº 5046863-67.2016.4.04.7000/PR. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/Evento-613-SENT1.pdf>>. Acesso em: 6 jun 2017.

MODI, Narendra. **Why it is not easy for the United Nations to define terrorism**. 2015. Disponível em: <<https://www.thequint.com/opinion/2015/09/30/why-it-is-not-easy->

for-the-united-nations-to-define-terrorism>. Acesso em: 16 jun. 2017.

PHILIPPINI, Ana C. M. M. Direitos humanos e terrorismo: uma análise do projeto de reforma constitucional francês. **Revista da faculdade de direito de São Bernardo do Campo**. v.22, n.2, 2016. Disponível em: <<http://www.ojs.fdsbc.servicos.ws/ojs/index.php/fdsbc/article/view/867/728>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

ROACH, Kent. **Comparative counter-terrorism law**. New York: Cambridge University Press, 2015.

SCHIMID, Alex P. **The routledge handbook of terrorism research**. Abingdon: Routledge, 2011.

SINAI, Joshua. How to define terrorism. **Perspectives on terrorism**, v. 2, n. 4, p.9-12, 2008 Disponível em: <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/articles/issues/PTv2i4.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. **Terrorism 2002-2005**. 2005. Disponível em: <<https://www.fbi.gov/stats-services/publications/terrorism-2002-2005>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

UNITED STATES DEPARTMENT OF STATE. **The global war on terrorism: the first 100 days**. 2009. Disponível em: <<https://2001-2009.state.gov/s/ct/rls/wh/6947.html>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

UNITED NATIONS GENERAL ASSEMBLY. **Resolution 688: the United Nations global counter-terrorism strategy**. 2006. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288>. Acesso em: 6 jun. 2017.

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. **Resolution 1373 (2001)**. 2001. Disponível em: <<http://www.un.org/en/sc/ctc/special>>

meetings/2012/docs/United%20Nations%20Security%20Council%20Resolution%201373%20(2001).pdf>. Acesso em: 7 jun. 2017.

WALTER, Christian. **Defining Terrorism in National and International Law**. 2003. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/60/288>. Acesso em: 6 jun. 2017.

WELSH, Rebeca. Understood but undefined: why do Argentina and Brazil resist criminalizing terrorism?. **ICL Journal**, v. 2, n. 327, p.9-12, 2008 Disponível em: <<http://www.terrorismanalysts.com/pt/articles/issues/PTv2i4.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2017.

O DANO TEMPORAL E SUAS VERTENTES NA RESPONSABILIDADE CIVIL: A perda do tempo útil do consumidor

Anny Mayra Ferreira Benevides¹
Deborah Marques Pereira²

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como temática a análise do dano temporal, sua ingerência como possível modalidade de danos e consequente inserção no âmbito da Responsabilidade Civil pautado precipuamente, nos estudos acerca do aspecto temporal e sua significância na vida humana, mormente seus impactos nas relações consumeristas.

Vê-se que as relações de consumo tem sido objeto da proteção jurídica; prova disso é a consagração do Código de Defesa do Consumidor, caracterizando o consumidor como parte vulnerável (BRASIL, 1990). Diante disso, o aludido trabalho preocupa-se com a relação consumerista atrelando-a ao dano temporal ocasionado ao comprador.

Nesse diapasão, consoante ensina Maia (2014), o dano temporal pode ser conceituado como fator violador do bem jurídico tempo ocasionado por terceiro, que por sua vez oferece perda indevida à pessoa alheia promovendo grave e considerável dano cronológico, geralmente relacionado ao vínculo entre

¹ Graduanda do Curso de Direito da Faculdade Guanambi – CESC.

² Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (UNIMONTES). Aluna regular do Programa de Doutorado em Direito pela Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente do Curso de Direito na Faculdade Guanambi- CESC.

fornecedor e consumidor motivando por parte desse tido como vulnerável, intensas queixas.

Sendo assim, tem-se como dano temporal uma nova modalidade do pressuposto dano; portanto passível de indenização, caracterizado principalmente, pelo desvio de tempo útil do consumidor inserindo-se no ramo da Responsabilidade Civil, que de acordo com o pensamento de Pedro (2011) tem como axioma o restabelecimento de uma situação de equilíbrio, prejudicada em virtude da ocorrência de um dano, tanto na esfera patrimonial como na esfera extrapatrimonial da vítima.

Logo, parte-se do pressuposto que a caracterização do dano temporal se mostra passível de indenização, por se tratar o tempo de bem significativo para a sociedade contemporânea, devendo o Direito se atentar para essas relações adequando ao caso concreto o *quantum* indenizatório para perda do lapso temporal. Sendo assim, busca-se analisar a ocorrência e a caracterização do dano temporal nas relações de consumo, precipuamente no tocante aos fatores que pairam para a Responsabilização Civil.

Assim, é relevante o presente estudo pois busca demonstrar a conceituação do dano temporal, a análise necessária da sua caracterização ou não, bem como os seus elementos basilares, além disso, esta caracterização de dano pode ser utilizada para restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo, ressaltando a necessidade do Direito para tutelá-las.

2 AS NUANCES DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO DIREITO CIVILISTA

A Responsabilidade Civil sendo fonte sucessiva é no entendimento de Gonçalves (2012), ramo do Direito das Obrigações que se propõe a respaldar as situações de ocorrência de

danos em busca da punição de um agente violador de um dever jurídico.

Desse modo, a Responsabilidade Civil é marcada pelo descumprimento de um dever originário, que nas palavras de Cavalieri Filho (2016, p. 02) “em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário”. Nesses termos, é responsável civilmente aquele que tem a obrigação de ressarcir outrem por ter-lhe causado algum dano, em inobservância a um dever jurídico originário. Dessa forma, a Responsabilidade Civil é instrumento jurídico essencial para que a vítima possa ser amparada e o seu ofensor punido.

Diante da exposição conceitual da Responsabilidade Civil, convém elencar que há em seu alicerce, conforme leciona Gonçalves (2013), espécies que devem ser mencionadas, quais sejam: a Responsabilidade Objetiva e a Responsabilidade Subjetiva, tendo em vista a importância de suas definições no tocante a aferição dos aspectos atinentes à conduta danosa.

Nessa linha, a Responsabilidade Subjetiva, uma das espécies da Responsabilidade Civil, caracteriza-se, consoante preleciona Nader (2010) pela presença dos pressupostos da culpa e do dolo. Assim, impende a transcrição do artigo 186, do Código Civil: *“aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”* (BRASIL, 2002, s.p).

Nessa perspectiva é pertinente a definição de ato ilícito, que, em conformidade com o pensamento de Tartuce (2014) é a prática que vai de encontro aos preceitos jurídicos, desrespeitando prerrogativas e, conseqüentemente, acarretando danos a outrem, criando assim, o dever de reparação amparado pela ordem jurídica. Por conseguinte, a obrigação de indenizar é fruto da prática de um

ato ilícito, imbuído pela culpa, podendo, nas palavras de Tartuce (2014), se apresentar na esfera cível, penal ou administrativa.

Gonçalves (2012) reconhece a presença da culpa em sentido *lato sensu* – que compreende tanto o dolo, como a culpa em sentido estrito – no que se refere aos atos ilícitos, visto que estes não se concretizam sem aquela, pois é também característica principal no que diz respeito à reparação ao dano causado. Ensina Cavalieri Filho (2016) ao mencionar ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que o dispositivo supracitado está elencando os caracteres próprios da culpa; da análise do verbo “causar” se extrai o que é chamado de nexo causal, a ligação entre a conduta e o resultado danoso e, por fim, do uso da expressão “dano”, pode-se abduzir que houve um prejuízo causado a outrem.

Com a inserção da Responsabilidade Objetiva pelo Código Civil de 2002, consoante revela Cavalieri Filho (2016), a Responsabilidade Subjetiva tornou-se cada vez menos usual, posto que abriu caminho para a introdução de uma cláusula geral, que passou a ter uma aplicabilidade mais extensa abrangendo de forma indeterminada diversas circunstâncias. Nader (2010) esclarece que a responsabilidade subjetiva correlacionada com a culpa, agiria de forma ineficaz quanto à punição do agente. Nas palavras do referido autor “[...] *não satisfaz plenamente ao anseio de justiça nas relações sociais. Com base na culpa, tais danos ficariam sem qualquer reparação; daí o pensamento jurídico haver concebido a teoria do risco ou responsabilidade objetiva, para salvaguardar as vítimas*” (NADER, 2010, p. 32).

Assim, a responsabilidade objetiva alcançou de forma mais ampla as diferentes hipóteses de causas de reparação, adaptando-se à evolução social e, conseqüentemente, à amplitude dos problemas advindos da vivência em comunidade.

Dada essa breve exposição, torna-se necessário apreciar no próximo tópico os elementos que compõem a Responsabilidade Civil, quais sejam: a conduta, o nexu causal, dano, culpa e a *causa-fin*.

3 OS ELEMENTOS TRADICIONAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUAS NOVAS TENDÊNCIAS: Conduta, nexu causal, dano, culpa e *causa-fin*

A Responsabilidade Civil diz respeito à obrigatoriedade de indenização ou reparação nos casos em que o agente violador acarreta um dano à vítima e, para que ocorra a sua caracterização estabeleceu-se a presença de pressupostos pautados na conduta, nexu causal, dano e culpa. Ademais, tem-se ainda a incidência de novo elemento contratual, a *causa-fin*, que está em voga e tem sido aplicada em ordenamento jurídico alienígena.

3.1 A conduta como elemento da Responsabilização Civil

Assim como a ação é fator determinante para uma reação, a conduta é o primeiro estágio para configuração da Responsabilidade Civil e mostra-se, numa escala sequencial, como elemento propulsor desta cadeia que se compõe com os atos humanos.

Portanto, o comportamento ou conduta que eiva o indivíduo é marcada por atos representados por uma ação, caracterizada por ser positiva ou uma omissão, que enseja a inércia, o não fazer. Destarte, no tocante à caracterização da conduta, Tartuce (2014, p. 395) elenca aspectos imprescindíveis “[...] a conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência

ou imperícia modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente”.

Ainda nessa vertente, cabe quanto à conduta, o fato próprio, de outrem ou de terceiro e da coisa. O fato próprio, como ensina Cavalieri Filho (2016) é derivado da pessoa que lhe causou, já o fato de outrem ou de terceiro é aquele que tem ligação com um dever, seja esse de guarda, vigilância ou cuidado tem-se como exemplo o dever de cuidado dos pais para com seus filhos, como dispõe o artigo 932 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Entrementes, da singela análise conceitual inerente à conduta, passar-se-á para a exposição dos demais elementos que se apresentam como conectores da Responsabilidade.

3.2 O nexó de causalidade e as Teorias Causais

Dentre um dos pressupostos da Responsabilidade Civil encontra-se o nexó causal que vislumbra a associação entre a conduta e o conseqüente dano. Explica Gonçalves (2012) que o nexó de causalidade é o liame entre a conduta do agente violador de um dever jurídico e o conseqüente prejuízo causado por tal ato, qual seja, o evento danoso.

Tepedino (2002, p. 07) esclarece que o dever de reparar depende da presença do nexó causal “entre o ato culposo ou a atividade objetivamente considerada, e o dano, a ser demonstrado, em princípio, por quem o alega (*onus probandi incumbit ei qui dicit, non qui negat*), salvo nas hipóteses de inversão do ônus da prova previstas expressamente na lei [...]”. Desse modo, o nexó de causalidade é ônus da parte autora da demanda judicial, ressalvadas as possibilidades de inversão do *onus probandi* nas legislações específicas.

Em face de tais ponderações ressalta-se a incidência de teorias que explicam o nexó causal, sendo essas: a teoria do dano

direto ou imediato; a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada. Inicialmente, é mister expor que há divergências quanto à adoção das teorias explicativas do nexo causal no ordenamento jurídico brasileiro, Cavalieri Filho (2016) defende a aplicabilidade da teoria da causalidade adequada, também elenca a existência da teoria da equivalência das condições, tendo como criador o jurista alemão Maximilian Von Buri. Entretanto, Gonçalves (2012) alega que o Código Civil adota como teoria do nexo causal a teoria da causalidade direta ou imediata proposta por Agostinho Alvim.

Nesta vertente, Schreiber (2009) relata que a teoria da causalidade adequada criada por Von Bar e aperfeiçoada pelo filósofo Von Kries é chamada de condição e as demais que foram descartadas tornam-se circunstâncias não causais. Dessa forma, tal teoria foi amplamente criticada, haja vista se pautar em situações de normalidade em que se busca extrair no caso concreto, possíveis circunstâncias causadoras do evento danoso.

Ademais, ainda se encontra em debate no tocante ao nexo causal, a teoria da equivalência das condições. De acordo com Gonçalves (2012) tal teoria tem como parâmetro que toda e qualquer circunstância que concorreu para a produção de um dano é uma causa e a escusa de uma delas por si só já prejudicaria a verificação do dano.

Todavia, no que pese à adoção de uma das teorias expostas, é majoritário o entendimento de que o Código Civil Brasileiro adotara quanto ao nexo causal, a teoria do dano direto ou imediato à luz do que determina decisão em Recurso Extraordinário nº 130.764-1-PR da 1ª Turma do STF, proferida pelo Ministro Moreira Alves. Conforme exposto por Tepedino (2002) a teoria da causalidade direta ou imediata fora proposta por Agostinho Alvim e defende que a causa é um fato jurídico que

aliada a um elo de indispensabilidade do efeito danoso, determina um resultado direto e imediato. Desse modo, de acordo com a referida teoria, cabe indenização quanto ao dano sofrido pela vítima, desde que tal dano apresente uma causa necessária.

Contudo, poderá Schreiber (2009) que no cenário jurídico a aplicabilidade das teorias do nexo de causalidade não vem sendo adotadas nas decisões judiciais de modo congruente e uniforme. O que se observa realmente é que os tribunais brasileiros têm se distanciado do posicionamento da Corte Suprema adotando posicionamentos distintos e flexibilizando o entendimento sobre a causalidade (SCHREIBER, 2009).

Não obstante, ao evidenciar o nexo causal, tem-se ainda admitido possibilidades de excludentes, tais como o caso fortuito ou força maior, fato exclusivo da vítima e fato de terceiro, que apesar de não ser objeto específico do presente estudo, influenciam na determinação da responsabilização do agente.

Feitas tais ponderações, faz-se necessária a análise de outro elemento caracterizador da Responsabilidade Civil, o dano, que é fonte da conduta do agente violador e principal pressuposto da presente pesquisa, tendo em vista a importância de suas espécies.

3.3 O dano e o dever de reparação e/ou indenização

O ciclo no qual se desencadeia a Responsabilidade Civil debruça-se na incidência de um elemento fulminante pautado na consequência de produção de um ato ilícito, qual seja, o dano e na sua magnitude, gerando assim uma obrigação de reparar ou indenizar a vítima do sinistro ocasionado pelo transgressor. Esclarece Cavalieri Filho (2016) que quanto aos elementos interligados não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano, pois pode haver

responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano.

Na exposição de Gonçalves (2012) o dano é a violação a um bem jurídico que poderá ser patrimonial, portanto, material, ou um dano extrapatrimonial, imaterial, consubstanciado em aspectos subjetivos da vítima, sendo atingida sua honra, imagem, vida, dentre outros.

Nesse diapasão, não obstante, o presente escrito está pautado nos estudos de uma possível modalidade nova de danos – o dano temporal, conforme se verá adiante –, é inegável que já houve grandes avanços diante do reconhecimento de alguns danos que abrigam situações cada dia mais frequentes ante o ápice da era tecnológica. Dessarte, a título de exemplificação, destacam-se algumas inovadoras espécies de danos, tais como: dano moral coletivo, dano social e dano por perda de uma chance.

3.4 A culpa *stricto sensu*

Condiz nesta conjuntura, a apreciação da culpa que não é tratada de forma unânime na Doutrina como pressuposto autônomo da Responsabilidade Civil, mas que tem barganhado posição importante quando da aplicabilidade punitiva do agente violador. O elemento culpa carece de definição legal no nosso ordenamento jurídico. Assim, da análise do artigo 186, do Código Civil revela Nader (2010) a expansão da culpa em seu sentido *latu sensu* abrangendo o dolo e a culpa *stricto sensu*, que, sendo determinante do ato ilícito, também se configura como elemento da Responsabilidade Civil.

É importante destacar que a culpa, nas palavras de Schreiber é (2009, p. 12) “*a categoria nuclear da responsabilidade civil concebida pelos juristas da Modernidade*”. Tal definição mostrou-se bastante precisa, haja vista a intensa implicação moral aliada à

culpa que predominava nesta época. Ademais, após as os avanços tecnológicos impulsionados pelo capitalismo, Schreiber (2009, p. 17) revela que a culpa se tornou a “prova diabólica”, visto que houve maior dificuldade em identificar, no caso concreto, se o agente realmente agiu de forma culposa, o que trouxe maiores complicações para o Judiciário e para a Doutrina.

Atualmente, ainda é árdua a tarefa da doutrina e da jurisprudência em intentar conceituar a culpa, já que ainda se encontra arraigada nas definições de imprudência, negligência e imperícia que, com o passar do tempo, tem sofrido intensa vinculação. Cabe salientar que o Código Civil brasileiro traz em seu texto a adoção da Responsabilidade Objetiva deixa de analisar a culpa e passa a reconhecer a aplicação da responsabilização do agente em face ao dano causado de modo a não considerar as circunstâncias inerentes à vontade.

Assim, reiterado na legislação civilista, o Código de Defesa do Consumidor de 1990 já havia consagrado a temática aliando-a às ações do fornecedor e ensejando um sistema aberto que possibilitaria maior proteção ao consumidor, parte vulnerável da relação consumerista.

3.5 A *causa-fin*

Diante da efêmera exposição dos pressupostos clássicos da Responsabilidade Civil vê-se que, ao longo dos anos, sua roupagem sofrera mudanças significativas ante os debates perquiridos pela Doutrina e Jurisprudência determinando algumas nuances quanto aos elementos que configuram a responsabilização civil e tudo isso tem ocorrido graças a um movimento de socialização do Direito Civil, que tem acarretado uma ruptura aos paradigmas arcaicos possibilitando uma nova visão no âmbito civilista contemporâneo.

Assim, leciona Souza & Lopes (2013) acerca de tais mutações salientando que os elementos tradicionais da Responsabilidade Civil estão passando por uma crise, visto que não estão alcançando determinadas situações do cotidiano moderno, na qual tem emergido, por exemplo, a incidência de novos danos. Em vista disso, e tendo em vista a intensa transformação social, é oportuna a apreciação de pressuposto inovador adotado em diversos ordenamentos jurídicos alienígenas: a *causa-fin* (causa e feito) elemento integra os atos contratuais.

Preceitua o artigo 281, do Código Civil e Comercial da Nação Argentina “*la causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esenciales para ambas partes*” (ARGENTINA, 2016, s.p). Diante do exposto, entende-se como *causa-fin* o ato determinante da vontade que tem caráter imediato, são, pois, as razões exteriorizadas explicitamente ou implicitamente por ambas as partes que firmaram um pacto.

A introdução da causa como elemento trouxe demasiada modificação na esfera jurídica Argentina, pois acarretou acentuada alteração na relação contratual, conforme Vergara (2014, p. 03) “*la incorporación explícita de la causa-fin en el Código Civil y Comercial instala un nuevo orden contractual. Este nuevo orden a su vez estructura una teoría general positiva del contrato que antes no existía*”. O autor ainda revela que a incorporação da causa no Código Civil e Comercial Argentino estabelece uma nova ordem contratual, pois a *causa-fin* era tratada de forma imprecisa pela doutrina (VERGARA, 2014).

Empreende-se, que a *causa-fin* é instituto jurídico que traz em sua gênese os traços da boa-fé, consubstanciada na exteriorização de elementos volitivos que caracterizam a conduta

das partes contratantes agindo como pressuposto inovador no âmago das relações contratuais.

Diante do que fora abordado é salutar o tratamento de uma nova tendência no âmbito da Responsabilidade Civil, mais precisamente quanto a um de seus elementos, o dano, e que se apresenta como propulsora deste estudo partindo da análise dano temporal.

4 A RELEVÂNCIA JURÍDICA DO LAPSO TEMPORAL E O DESVIO DO TEMPO ÚTIL DO CONSUMIDOR

Na antiguidade, o tempo fora definido por filósofos como Platão e seu discípulo Aristóteles, como o vetor principal da ordem universal, agindo como o dominador e regedor de tudo que há, desse modo, quanto ao tempo aduz Abbagnano (2007, p. 945):

[...] Ao definir o tempo como ‘a imagem móvel da eternidade’, Platão pretende dizer que na forma dos períodos planetários, do ciclo constante das estações ou das gerações vivas e de qualquer espécie de mudança, ele reproduz no movimento a imutabilidade do ser eterno. A definição de Aristóteles, ‘o tempo é o número do movimento segundo o antes e o depois’.

Conquanto, revela Abbagnano (2007) que numa acepção moderna, Immanuel Kant e Martin Heidegger trouxeram uma definição de tempo inovadora. Para Kant, o tempo apresenta-se como ordem causal que, de acordo com Abbagnano (2007), tem íntima ligação com aquilo que antecede e o que vem depois, é o que se precede e o que ocorre em consequência. Não obstante, no intelecto de Abbagnano (2007) o filósofo alemão Heidegger,

pautado em sua filosofia existencialista, visualizava o tempo como uma projeção de possibilidades, haja vista se tratar de algo futuro, do que se foi e o que já passou; é a expectativa para o que há de vir.

Nesta linha, a importância do tempo tem sido cada vez mais constatada também no mundo pós-moderno, repleto de situações cotidianas inerentes ao trabalho, à família e ao lazer que não podem ser desperdiçadas de maneira pueril. Desse modo, o aspecto temporal tem se destacado como mola propulsora da laboração humana, conforme Lima (2007, p. 345-346):

A vida moderna, no sentido lato do termo, se organiza sob o corolário da velocidade, da aceleração contínua, o que revela uma nova relação com o tempo e com os valores cuja validação depende, justamente, da experiência de duração desse tempo. Se os valores funcionam como dispositivos que orientam o “indivíduo” em sociedade, eles dependem de uma dinâmica do homem em relação ao tempo.

Assim, empreende-se que a construção de tais valores e suas constantes transformações estão intimamente ligados ao espaço de tempo a que se dão e logo são substituídas, já que se trata de um ciclo incessante de renovações.

O tempo nos dias atuais conquistou o *status* de ditador de ordens, regedor da vida humana, sendo auferida à figura do homem uma dependência intensiva e extensiva em prol da busca por conhecimentos científicos. Prova disso, é a incessante corrida contra o tempo na qual as pessoas se veem absorvidas pelas atividades diárias. Conforme Guglinski (2015) no Direito não é diferente a extrema interferência do tempo consubstanciada em

atos que respeitam prazos estabelecidos a fim de haver uma maior adequação e organização do sistema jurisdicional.

Neste sentido, Maia (2014, p. 163-164) discute acerca do valor jurídico do tempo, expondo que o tempo possui quatro características elementares e valiosas para o ser humano, *“quais sejam: escassez, intangibilidade, ininterrompibilidade e irreversibilidade. Dessa forma, o tempo é pouco, não pode ser tocado, parado e nem mesmo voltar atrás. Com efeito, é esse tempo escasso que permite ao ser humano buscar a tão sonhada qualidade de vida, daí por que a relação tempo-dignidade é íntima [...]”*.

Desse modo, observa-se que o tempo está correlato com os ditames da liberdade, dignidade e qualidade de vida, assegurando o direito de ir e vir das pessoas, corporificado na liberdade, sendo o ser humano sujeito de direitos, vivendo dignamente, e, por fim, gozando de qualidade de vida, tão ansiada hodiernamente (MAIA, 2014).

Tendo a liberdade um caráter temporal percebe-se que há grandes obstáculos em torno de sua conceituação. Alexy (2015, p. 218) delibera acerca da liberdade como bem anelado pela maioria, afirmando que quase tudo *“que é considerado como bom ou desejável é associado ao conceito de liberdade”*. Por conseguinte, a liberdade remate ao exercício da autonomia, pois *“quem diz que uma pessoa é livre pressupõe que, para essa pessoa, não existem embaraços, restrições ou resistências de qualquer espécie”* (ALEXY, 2015, p. 219).

Destarte, partindo do ideal de que é livre todo indivíduo que tem um controle sobre si mesmo desprovido de empecilhos e oposições é que se depreende que o fator temporal está atrelado à liberdade, de modo que esta se torna consequência daquele.

O conceito de liberdade se estende, em categorias, entendida por Alexy (2015) como norma que goza de *status* constitucional, mas que não se encontra amplamente protegida.

Assim, verifica-se no contexto jurídico brasileiro, a carência de norma que disponha acerca da tutela do tempo de modo mais explícito. Entretanto, é válido salientar que a liberdade mostra-se essencial na obtenção do tempo livre, em que o ser humano tem o direito de dispor de seu tempo da maneira que lhe convém, praticando aquilo que considera ser importante e garantindo algo primordial que, numa lei da causalidade, liga à ideia de dignidade humana.

Cita-se aqui as proposições de Barroso (2010) ao declarar que a dignidade foi incorporada na filosofia e ganhou concepção moral ao ser inserida no viés jurídico com destaque principiológico. “*Somente nas décadas finais do século XX é que a dignidade se aproxima do Direito, tornando-se um conceito jurídico, deontológico [...]. Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico*” (BARROSO, 2010, p. 10).

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana passa da esfera abstrata para um direito pleiteável, sendo reconhecida como princípio e barganhando posição constitucional calcada em direito fundamental. Acresce Barroso (2010) que a dignidade humana tem suas raízes modernas no pensamento kantiano, que se debruçava na análise do imperativo categórico pautado na ideia de que dignidade está atrelada a autonomia, de modo que o indivíduo que viva dignamente é livre para fazer suas próprias escolhas.

É nessa ideia que o Homem não poderá atribuir ao tempo um preço ou mesmo poderá substituí-lo por outra coisa, tendo em conta o seu caráter irreversível e escasso, sendo-lhe imprópria a atribuição de restituível, ou seja, inexistente um *status quo ante* que poderá ser reparado em sua integralidade, não podendo se falar em reparação, mas sim, em indenização.

Ressalta-se ainda que a qualidade de vida tem tido como verdadeira apoteose o tempo, conforme Moreira (2000) o termo qualidade de vida é de difícil conceituação, pois, ainda que se atrele a palavra a algo bom e constantemente perseguido pelo ser humano tal expressão é de fácil percepção, mas, persiste a difícil tarefa de definição. Contudo, a qualidade de vida passou por diferentes graus de aspiração e nos dias atuais está intimamente ligada ao consumismo, que, por trazer cada vez mais inovações, desperta no consumidor o anseio de adquirir objetos de sua necessidade ou mesmo aqueles que se mostram supérfluos (MOREIRA, 2000).

Nesta perspectiva, observa-se que a qualidade de vida mantém conexão direta com o “ter”, com o poder de aquisição que proporciona o bem-estar e felicidade tão ambicionados. Assevera Moreira (2000, p. 33) “*as pessoas sequer podem ser, para não falar em ter bem-estar ou uma boa vida, se não dispõem de certos bens*”. Assim, o indivíduo busca o bem-estar através do acesso a bens que podem sanar de suas necessidades, pautadas nos objetos materiais a seus desejos mais frívolos.

Contudo, salienta-se que a qualidade de vida, o bem-estar e a felicidade não estão atrelados somente aos bens materiais, pois se assim se afirmasse, estaria desprezando valores e fins humanos ligados à sua vida extrapatrimonial. A ideia de felicidade remete aos ensinamentos de Dworkin (2014, p. 352), sobretudo aos deveres utilitaristas nas práticas mercantis.

Admitidos que às vezes não devemos favorecer a nós mesmos e aos que nos são mais próximos dessa maneira, e, em particular, admitimos que não devemos fazê-lo mediante negligência ou ilícitos civis, mas que devemos, pelo contrário, atribuir a um dano causado a outra pessoa a

mesma importância que atribuímos a um dano causado por nós mesmos.

Diante do exposto, pode-se dizer que a teoria utilitarista cria um elo entre as práticas abusivas provenientes do vínculo entre consumidor e fornecedor reforçando princípios como da solidariedade, como se verá adiante. Por isso, por se tratar de algo inconstante, a qualidade de vida encontra respaldo no fator temporal (DWORKIN, 2014).

Diante da repercussão acerca do prejuízo temporal é que os estudiosos do Direito e o legislador começaram a propor o reconhecimento do dano cronológico em virtude das situações de desníveis ante a perda de tempo. Neste viés é que na VII Jornada de Direito Civil foram criadas proposições pautadas na interpretação dos artigos 187 e 927 do Código Civil, que relata que o dano temporal *“é configurado enquanto categoria lesiva extrapatrimonial autônoma e distinta do dano moral-psicológico, tutelando a compensação de agressões indevidas ao tempo [...] com fundamento no princípio da reparação integral dos danos à pessoa e na abertura semântica do sistema de responsabilidade civil”* (BRASIL, 2015, p. 05).

De tal enunciado extrai-se que o dano temporal diz respeito a ocasiões em que o indivíduo tem o seu tempo usurpado e precisa receber amparo da Responsabilidade Civil, que obrigará o agente violador a restabelecer o equilíbrio da relação frente ao evento danoso. Em complementariedade ao Proposição 1.4 proferiu-se a Proposição 1.5 da VII Jornada de Direito Civil que trata da possibilidade de cumulação do dano temporal a outros danos autônomos: *“a indenização compensatória por dano temporal ou cronológico [...], pode ser cumulada com o pleito indenizatório de dano patrimonial e/ou compensatórios de outros danos de natureza extrapatrimonial”* (BRASIL, 2015, p. 06).

O dano temporal também alçou discussões no Legislativo com a apresentação de projeto de lei n. 7356/2014 de iniciativa do deputado Carlos Souza que compreende no reconhecimento da perda do tempo útil do consumidor ou perda do tempo livre a título de indenização por danos morais (BRASIL, 2014a). A aludida proposta ressalta que o consumidor tem prejuízos cronológicos quando busca por resoluções de problemas frente ao fornecedor, portanto, o referido projeto de lei objetivava a introdução de um parágrafo único no artigo 6º no CDC, no entanto, o remetido projeto de lei foi arquivado em 31 de janeiro de 2016 (BRASIL, 2014b).

É cediço que há previsão normativa no Código de Defesa do Consumidor quanto a obtenção de indenização por danos morais, todavia, o que se propõe no referido projeto de lei é que o tempo do consumidor seja tutelado de forma explícita, de modo a salvaguardá-lo de quaisquer situações que importem na violação do seu tempo. Dessaune (s/a) salienta que o tempo é um recurso produtivo e bem vultoso na vida do consumidor, já reconhecido como figura vulnerável compelida a deixar seus afazeres diários para tentar solucionar problemas advindos da relação consumerista abdicando até mesmo de seus próprios direitos.

Diante dos apontamentos realizados no que tange ao tempo produtivo do consumidor, é mister ressaltar que há prejuízos, em razão da perda do tempo útil do consumidor, tempo este que fora gastado de modo degradante, podendo ensejar indenização.

[...] a indenização pela perda do tempo livre trata de situações intoleráveis, em que há desídia e desrespeito aos consumidores, que muitas vezes se veem compelidos a sair de sua rotina e perder o tempo livre para solucionar problemas causados por atos

ilícitos ou condutas abusivas dos fornecedores. Tais situações fogem do que usualmente se aceita como 'normal', em se tratando de espera por parte do consumidor (GUGLINSKI, 2015, p. 129).

Em consonância com a explanação feita acima é que se deduz que para zelo de sua saúde física, anseios profissionais, relações familiares e de amizade a pessoa tem que desfrutar de tempo, porém, para que isso ocorra características externas que denigrem o lapso temporal do consumidor devem estar ausentes para que dê espaço para a realização de tais exercícios diários.

Entretanto, em meio as discussões sobre o tema há autores que não se filiaram à vertente do dano temporal como nova categoria de danos, tais como o advogado Ulisses Sousa e o magistrado Gustavo Corrêa de Andrade. Consoante aduz Andrade (2008, s.p) há *“predisposição ao alargamento do conceito de dano moral, acompanhada do redimensionamento do papel da respectiva indenização”*. Assim, a perda do tempo deve ser considerada, contudo, deve estar embutida no dano moral, não alcançando o *status* de dano autônomo, pois já se justifica no âmbito extrapatrimonial que já é categoria reconhecida e autônoma.

Sousa (2015) declara que a indenização pela perda do tempo útil configura enriquecimento sem causa, visto que o dano moral deve estar amparado na dor psicológica da vítima e não no prejuízo cronológico, pois este não passa de um mero dissabor. Para Sousa (2015) aceitar o dano temporal como nova categoria de danos daria abertura para a crescente propositura de ações judiciais não apenas contra as empresas, mas também contra a Administração Pública quando da morosidade na resolução dos litígios propostos.

Destarte, diante das definições ora colhidas e com base nos estudos fundados na temática, faz-se necessária análise acerca do tratamento dado por alguns Tribunais brasileiros no que se refere à aplicação do dano temporal levando-se em consideração o exame de decisões judiciais de maior vulto que comportam discussões sobre o aludido assunto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tempo é um fator social relevante e que tem merecido respaldo, galgando ainda que de maneira implícita a proteção no âmbito jurídico. Ao analisar a conduta, nexos de causalidade, dano e a causa-fim observou-se que o reconhecimento do dano temporal é uma tarefa árdua que pouco a pouco está sendo construído, ainda que não se reconheça de plano a sua autonomia é possível dizer que tornou-se um dos componentes para fixação da Responsabilidade Civil, tendo em vista sua aplicação em determinados tribunais brasileiros.

Contudo, o reconhecimento do dano temporal deve fazer parte do labor dos estudiosos do Direito, que necessitam refletir e enfatizar as novas formas de danos, sobretudo, a respeito da perda do tempo útil do consumidor, para que haja, num futuro não tão distante, decisões congruentes acerca do tema, reconhecendo-se o prejuízo cronológico como um evento danoso autônomo, diverso dos demais danos.

Assim sendo, levando em consideração a importância do tempo na vida do homem, igualmente o desrespeito aos seus direitos como consumidor atrelada às demais garantias conquistadas, se faz necessária uma maior reflexão sobre o assunto, sendo salutar a preocupação por parte do legislador brasileiro de uma proteção ao lapso temporal como instituto jurídico.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de filosofia**. Traduzido por Ivone Castilho Benedetti. 5 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, A. G. C. Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 29, 2005. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/c/documentlibrary/get_file?uuid=a2768f6d-cc2b-4bc6-bc84-d02365e35763>. Acesso em: 08 jan. 2017.

ARGENTINA. **Lei nº 26.994**. Institui o Código Civil e Comercial da Nação Argentina. In: Supremo Tribunal da Província de Buenos Aires - Coordenação de Bibliotecas. Argentina, Buenos Aires, 01 ago. 2015. Disponível em: <http://www.scba.gov.ar/leyorganica/CCyc30/CODIGO30.html#__RefHeading__31216_628858921>. Acesso em: 21 out. 2016.

BARROSO, L. R.A **Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Câmara Notícias. **Tempo de espera poderá contar para danos morais a consumidor**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CONSUMIDOR/475676-TEMPO-DE-ESPERA-PODERA-CONTAR-PARA-DANOS-MORAIS-A-CONSUMIDOR.html>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 7.356/2014**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611194>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal do Superior Tribunal de Justiça**. Proposição 1.4 e Proposição 1.5 da VII Jornada de Direito

Civil – Comissão Responsabilidade Civil. Min. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Brasília, DF, 282 p, 28 e 29 de setembro de 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 ago. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DESSAUNE, M. **Desvio produtivo do consumidor**: O prejuízo do tempo desperdiçado e da vida alterada. Livreto demonstrativo, p. 01-21, s/a.

DWORK, R. **O império do direito**. Traduzido por Jeferson Luiz Camargo. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUGLINSKI, V. V. O dano temporal e sua reparabilidade: aspectos doutrinários e visão dos tribunais. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, v. 99, ano 24, p. 125-156, maio/jun. 2015.

LIMA, C. S. S. Tempo, ciência, modernidade e direito: aspectos destacados no âmbito dos princípios e garantias processuais e constitucionais. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.2, n.3, 3º quadrimestre de 2007. Disponível em:

<www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791>. Acesso em: 15 mar. 2017.

MAIA, M. C. O dano temporal indenizável e o mero dissabor cronológico no mercado de consumo: quando o tempo é mais que dinheiro – é dignidade e liberdade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, SP, n. 92, p. 161-176, mar./abr. 2014.

MOREIRA, M. M. S. **Trabalho, qualidade de vida e envelhecimento**. 2000. 91 f. Dissertação (Mestrado em Ciências na área da Saúde Pública) – Escola Nacional de Saúde Pública, Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://portalteses.icict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/2000/moreirammsm/capa.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

NADER, P. **Curso de direito civil: responsabilidade civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEDRO, F. A. F. A socialização da responsabilidade civil: a evolução do subjetivo-liberal ao objetivo-social. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, RJ, v. 18, n. 32, p. 65-77, dez. 2011. Disponível em: <http://www4.jfjfj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/277>. Acesso em: 14 ago. 2016.

SCHREIBER, A. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SOUSA, U. Perda de tempo não pode ser fonte de renda. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, ano XIX, n. 439, p. 59, maio 2015.

SOUZA, M. D. M.S.; LOPES, A. Crise dos pressupostos tradicionais da responsabilidade civil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, RS, v. 40, n. 129, p. 107-152, mar. 2013. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/File/310/245>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

TARTUCE, F. **Manual de direito civil: volume único**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

TEPEDINO, G. Notas sobre o nexo de causalidade. **Revista Jurídica**, Rio de Janeiro, RJ, ano 50, n. 296, p. 07-18, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/pub/biblioteca/NotasNexoCausalidade.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

VERGARA, L. Nuevo orden contractual em el Código Civil y Comercial. **La Ley**. Buenos Aires, ano LXXVIII, n. 237, p. 01-08, dez. 2014.

ANÁLISIS HISTÓRICO-JURÍDICO Y ECONÓMICO DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE LA MUJER Y LA FAMILIA (LEY 103 DE ECUADOR)

Brenda Cielaika Vanegas Leon¹

1 INTRODUCCIÓN

Los aniversarios son momentos idóneos para evaluar el camino recorrido, es decir: analizar los logros y medir los aciertos y desaciertos, para sobre la base de estos resultados proyectar el futuro; esto se torna necesario en lo que a la aplicación de las leyes se refiere, aunque esta evaluación específica no es un ejercicio frecuente en Ecuador.

La Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, conocida también como la Ley 103, aprobada el 29 de noviembre de 1995, cumplió 21 años de vigencia el 11 de diciembre de 2016, considerada un símbolo de reivindicación del movimiento de mujeres en Ecuador; tiene como objetivo:

proteger la integridad física, psíquica y libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia, mediante la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los

¹ Doctora en Jurisprudencia, (Universidad Católica de Cuenca). Magister en Gerencia Educativa y Docencia Universitaria. Especialista en Derecho Procesal Penal (UMET). Especialista en Entornos Virtuales (OEA - Virtual Educa). Diplomado Internacional, El Defensor de los Derechos Humanos (UNESCO) .Profesora titular de la Universidad Central del Ecuador, Profesora invitada de algunas universidades del país.

de su familia. Sus normas deben orientar las políticas del Estado y la comunidad sobre la materia. (Art. 1 Ley 103)

A los 21 años de la Cuarta Conferencia de la Mujer celebrada en Beijing en 1995 y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para". En Ecuador los derechos de las mujeres han tenido avances significativos en materia de legislación y políticas públicas tanto para su promoción como para su protección.

Sin duda, las diversas expresiones de cada mujer ecuatoriana han sido el motor de las transformaciones; puesto que, al estar en su mayoría organizadas han llevado adelante las luchas por la inclusión plena de las mujeres en el desarrollo práctico de la vida misma, entre sus importantes conquistas tenemos la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia (1995); y su Reglamento que fue expedido en agosto de 2004; nueve años después de la vigencia de la misma.

El XXI aniversario es motivo suficiente para analizar los resultados, valorar los aciertos y desaciertos de esta importante norma específica, que tantas esperanzas y también resistencias originó no solo en el contexto familiar, sino también en el espacio jurídico. Las ultimas verdades señalan que la violencia hacia la mujer no se reduce sino que, al contrario, parece aumentar, al menos en su indicador más preocupante: *“En Ecuador, 6 de cada 10 mujeres han vivido algún tipo de violencia de género, es decir el 60%”* (INEC 2015).

Las cifras de la Policía señalan que entre 2010 y 2012, se produjeron 728 casos de homicidios a mujeres a nivel nacional...El experto en seguridad, Daniel Pontón, también señaló que el porcentaje de homicidio a mujeres todavía se

mantiene alto y atribuyó estas cifras a que en el país no existe una política diferenciada para el tratamiento del problema de género y a la agudización de conflictos relacionados al ejercicio de la violencia machista que deviene de patrones culturales, conflictos de poder y que finalmente derivan en la muerte. (En el diario la Hora en: <http://www.lahora.com.ec/index.php/movil/noticia/1101489577>).

Estos datos observados en los últimos años, han motivado para que la Asamblea Nacional sancione en el Código Orgánico Integral Penal, COIP ciertos actos de violencia intrafamiliar y el femicidio; es lógico que, dichas sanciones no se basen en una valoración de los efectos producidos por la Ley 103; puesto que, no se ha realizado ninguna evaluación ni investigación cualitativa y/o sistemática de la aludida norma.

2 ANTECEDENTES DE LA LEY 103

Al reflexionar sobre la Ley 103, las conductas ilícitas y frente a ellas la punición proporcional en ella expuestas; el colectivo social representado por el Consejo Nacional de Mujeres, CONAMU y demás organizaciones de mujeres a través del legislador NO hacen la declaración de principios sobre lo que considera valioso, el bien que protege, lo que garantiza, lo que ordena, lo punible. La ley 103 carece de una de las partes importantes como el preámbulo, exposición de motivos y/o considerandos que en síntesis es la pieza esencial y vinculante de toda Ley. En esencia, la Ley 103 no muestra el imaginario de los ecuatorianos; es decir, no permiten sentir y ver como la mujer y la familia ecuatoriana concebía sus aspiraciones, sus miedos y recelos, y cómo no, el estándar de lo que significaba para la sociedad varón y mujer. En este sentido, los estereotipos y patrones culturales, la concepción de la imagen de la mujer en el

ideario de la cultura ecuatoriana, mantenida hasta 1995, tiempo en que nace la Ley 103:

En el seno de la familia patriarcal de estructura vertical; en la cual el hombre era el jefe, el proveedor y dueño de la familia, la mujer era tratada como una permanente menor de edad, no es sino, 20 años más tarde, en el año 2015; que con la reforma del Código Civil la esposa puede administrar los bienes de la sociedad conyugal de la misma forma que el esposo.

No poseía dominio sobre su cuerpo, se utilizaba reglas severas en la concepción de comportamiento honesto o deshonesto: La maternidad era su principal objetivo, pues, de acuerdo a los mandatos religiosos estaba prohibido el uso de anticonceptivos. En la conducta sexual de la mujer se consignaba la honra de toda la familia; tanto nuclear como la distendida.

Por ejemplo el Art. 453.- *del Código Penal*: “*la madre que por ocultar su deshonra matare hijo recién nacido,... igual pena se impondrá a los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito*”. Generalmente esta deshonra era fruto de una violación y ésta violación era perpetrada por un varón de la misma familia. En el estupro y en el rapto la figura de la “Mujer honesta”, cuya sanción se descartaba si el estuprador o el raptor se casaban con la mujer, independientemente de la voluntad de ella.

La libertad sexual no existía y se reflejaba en figuras como la tipicidad penal para el homosexualismo, así como la creencia de que era pecadora, o poseedora de alguna clase de degeneración. Asimismo, no se penaban, es más, se consideraban justificadas, las lesiones que el hombre originaba a la mujer en el ejercicio de su derecho a “corregir a la mujer de su familia”, (ya sea esta, madre, esposa, hermana, hija o simplemente un miembro de la familia)

cuando era inquieta o desobediente. La mujer que estudiaba en la universidad era una “machona que estaba pescando marido”. “La felicidad del hogar dependía en un 99% de la mujer”. En fin, la lista del ideario es enorme y coinciden con lo señalado por Gobierno de la República del Ecuador, Comisión de Transición Hacia el Consejo Nacional de las Mujeres y la Igualdad de Género (2009)

Patrones socioculturales generan violencia.- Persiste la discriminación y violencia contra las mujeres a causa de patrones socio-culturales basados en imaginarios sociales y estereotipos que es necesario transformar. La evaluación de la Ley 103 de combate a la violencia, realizada en el 2007 mediante un proceso nacional participativo, concluyó que “el Estado Ecuatoriano ha cumplido parcialmente y con poca diligencia su obligación de adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer... se limita a responder a la violencia contra la mujer una vez que se ha producido, y en este contexto ha concentrado sus esfuerzos en impulsar reformas legislativas, el acceso a la justicia y la provisión de servicios. No ha atendido lo referente a prevención, *“en particular la obligación de transformar las estructuras y los valores patriarcales que perpetúan y consolidan la violencia sexista”*”.

3 AVANCES DE LA LEY 103

La vigencia y el reconocimiento de la Ley 103 en Ecuador desde 1995, marca sin duda; un hito en la redefinición de los derechos humanos y su impacto en los diversos aspectos sociales, en especial el de las concepciones o idearios de la cultura ecuatoriana. Asume la ley, que la violencia constituye un problema complejo, con variados espacios y expresiones, cuyas causas son

diversas. Sin embargo, no plantea una respuesta integral, diversificada y con actuaciones en diferentes ámbitos, políticos y sociales.

Con la aplicación de la Ley 103, la mujer ecuatoriana cuenta con una valiosa herramienta y fundamental para proteger la integridad física y psíquica producida por la violencia intrafamiliar; al ejecutar esta protección se está visibilizando este problema del ámbito familiar para transformarlo en una responsabilidad social. Al resguardar la libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia se está ejerciendo el reconocimiento de ciertos derechos sexuales y reproductivos tales como el ejercicio de la sexualidad como un derecho humano y el respeto por la diversidad sexual y aquellos derechos que buscan proteger la libertad y autonomía de todas las personas para decidir con responsabilidad si tener hijos o no, cuántos, en qué momento y con quién.

Con las diligencias de la Ley 103 a través de las Comisarías de la Mujer y la Familia, a más de la transformación de los derechos humanos y del ideario o concepción cultural; se consigue una cierta igualdad sustantiva y adjetiva entre los sexos y las personas del contorno familiar. De este modo mejora las condiciones de la mayoría de estas mujeres, incrementando su papel protagónico para el reconocimiento de sus derechos. Aunque, la Ley 103 no profundiza sobre la violencia como la manifestación extrema de la discriminación y al mismo tiempo, una grave vulneración de los derechos humanos de las mujeres.

La Ley 103 garantiza el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el ámbito familiar, incluye la integridad física, psíquica y sexual. Por lo tanto, los avances se han visto orientados a practicar esta disposición para proteger a las mujeres, impulsando todas las instancias de garantía y protección de derechos. De esta forma, la Ley 103 es una legislación de cierta

forma adecuada y básica para combatir la violencia y orientar los mecanismos de protección de derechos.

Las comisarías de la Mujer y la Familia, en la aplicación de la Ley 103 se convirtieron en plataformas que visibilizarían las demandas de contravenciones y medidas de amparo. Así:

Las denuncias receptadas en las Comisarías de la Mujer y la Familia

AÑO	MUJERES	HOMBRES	TOTAL
2005	51.034	6.351	57.385
2006	56.803	8.272	65.075
2007	58.911	8.267	67.178
2008	56.961	7.840	64.801
2009	63.837	9.011	72.848
2010	68.603	10.487	79.090
2011	71.436	11.679	83.115

Fuente: Dirección Nacional de Género – DINAGE

Lo dispuesto en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para" está presente en la Ley 103. En virtud de que "los tratados deben ser cumplidos " la supremacía del "pacta sunt servanda",

Es una valoración de los instrumentos internacionales que contienen normas relativas a la prevención y sanción de la violencia en contra de la mujer y la familia. Ese punto de vista doctrinal, está cimentado en la costumbre internacional implantada durante siglos. En efecto, si se celebra un tratado internacional, es un valor entendido que debe ser acatado.

Además, ese principio está aceptado doctrinalmente e incluido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que inició su vigencia desde el 27 de enero de 1980. En concordancia con el artículo 424 de la constitución ecuatoriana. *“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”*

Principios procesales de gratuidad, celeridad y reserva. El acceso a la administración de justicia es gratuito, con un proceso rápido y oportuno, tanto en el procedimiento como en la resolución de la causa, y en la ejecución de lo decidido; en especial en el cumplimiento de las medidas de auxilio. El principio de reserva legal no sólo garantiza las libertades fundamentales en el seno familiar, sino frente al resto de los ciudadanos, ya que constituye una garantía de control frente al poder público, que en el caso de la violencia intrafamiliar, exige que su regulación, autorización, limitación y control, provenga del Estado, que es a quien le corresponde proteger o intervenir en el cumplimiento de los derechos fundamentales del ciudadano.

Una lástima que la fortaleza y un avance de la Ley 103 como: la ejecución de todas las medidas de amparo previstas en el Art.13, incluso con allanamiento si fuere necesario de acuerdo al Art. 14 y con la colaboración de la fuerza policial, haya sido abolida por la derogatoria vigésima tercera del Código Orgánico Integral Penal, COIP; es decir, existía un procedimiento expedito, medidas de protección inmediatas y apoyo de equipo técnico a la víctima. ¡Una lástima! Que lastima a las mujeres. Así el avance de la Ley 103 se convierte en debilidad e impotencia para la mujer y la familia ecuatoriana.

Según el examen de los informes presentado por el Ecuador, el CEDAW/C/ECU/8-9. Durante el período 2007 –

2011, La ley refuerza también la tutela institucional con la creación de dos órganos

Las Comisarías de la Mujer y la Familia han tenido conocimiento de un total de 319.748 casos por denuncias y demandas de violencia. Por su parte, la Policía Nacional, a través del DEVIF, ejecuta las decisiones emanadas de las Comisarías de la Mujer y otras dependencias policiales. pág. 18

En el año 2009, surgió la propuesta de creación e implementación del proyecto piloto denominado “Salas de primera acogida para víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar”. Estas salas consisten en espacios diseñados en hospitales públicos para dar atención integral y especializada de carácter médico, psicológico, social y jurídico, con calidad y calidez, a víctimas de violencia sexual e intrafamiliar. Al 2011, existen 15 salas a nivel nacional y 11 a nivel provincial. pág. 18

...Por otro lado, el Departamento de Violencia Intrafamiliar (DEVIF) de la Policía Judicial, denominado hasta 2007 Oficina de Defensa de los Derechos de la Mujer y la Familia (ODMU), implementa una serie de actividades, entre las cuales se encuentran brindar asesoría legal y psicosocial, realizar charlas de prevención de la violencia intrafamiliar y llevar a cabo operaciones policiales de intervención e investigación en los casos de Violencia Intrafamiliar, establecidos en la Ley 103 “Contra la violencia a la Mujer y la Familia”.pág.13

4 DEBILIDADES DE LA LEY 103

1) Una de las principales debilidades de la Ley 103 es su ámbito de aplicación que consta en el Art. 3, el mismo que converge tan solo al espacio y núcleo de la familia. Dado que, la violencia contra las mujeres ocurre en variados escenarios tanto públicos como privados; puede decirse que el familiar es el más

común y habitual. Además, en la “Convención de Belem Do Para” en sus artículos 1 y 2 señala tanto la violencia que se genera en el ámbito público como en el privado, así como los escenarios en donde se da la violencia contra la mujer. Es decir el Estado Ecuatoriano hace caso omiso a los ámbitos social y estatal que la Convención describe en los literales b y c del Art. 2. Lo que sin duda, admite el reconocimiento del derecho de la mujer a una vida libre de violencia como derecho humano y el rompimiento del esquema tradicional que vincula a la violencia con áreas privadas y, por ende, ajena a la intervención del Estado. La violencia contra la mujer trasciende las fronteras del hogar y la familia se presenta en espacios públicos como el transporte, plazas, parques, callejones, lugares de trabajo y estudio, entre otros, bajo múltiples formas como la violencia sexual, física, económica, laboral, estudiantil, psicológica y otras.

2) “En la Ley 103 la violencia contra las mujeres es considerada solo como contravención” esta debilidad de “violencia intrafamiliar = contravención”, significa que sanciona la violencia solo física cuya incapacidad a la víctima no exceda de tres días. La violencia sexual y la física con más de 3 días de incapacidad para la víctima pasa al juez o tribunal penal y la violencia psicológica ni siquiera se toma en cuenta.

3) Incorpora tres formas de violencia: la física, psicológica y sexual; deja suelta e invisibiliza la violencia económica que es la violencia doméstica que más atañe a la familia, ésta va limitando a las mujeres en el ejercicio de su ciudadanía y sus derechos, donde el abusador controla todo lo que ingresa sin importarle quién lo haya ganado, manipula el dinero, dirige, conduce y es el dueño de los bienes. Es un delito que afecta a casi a la mayoría de mujeres y a sus hijos, y es el segundo tipo de agresión que padecen las

mujeres, después de la violencia emocional, ya visibilizados en el Art 5 de la misma Convención:

Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos.

Así como las concepciones y definiciones expuestas en otros documentos normativos internacionales, tal como lo que consta en los numerales 14, 15 y 16 de la Declaración de Beijing. La pobreza sentida mayoritariamente por las familias, la inequidad social, resultado de la acumulación de riqueza en pocas manos y la combinación perversa con otras condiciones económicas, políticas y sociales, explican las mayores expresiones de violencia en las familias de Ecuador. Las cifras de la Policía señalan que entre 2010 y 2012, se produjeron 728 casos de homicidios a mujeres a nivel nacional. (<http://www.lahora.com.ec/index.php/movil/noticia/1101489577>).

4) La Ley 103 no asume la importancia de la prevención y de la sensibilización social, así como la necesidad de la formación específica para todos los profesionales que intervienen en este campo. En clara violación efectiva de la Constitución, en su artículo 81, que obliga a la ley penal a establecer procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar y sexual, y otros sectores vulnerables, por constituir la violencia contra la mujer, no solo afectación a sus derechos, sino un problema social, de seguridad ciudadana, de salud pública y de administración de justicia.

5 PRINCIPALES PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DE LA LEY 103

En esta realidad, cabe indicar que el rol de las Comisarias de la Mujer y la Familia, en ordenar medidas de protección a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar de acuerdo a la Ley 103 se convierte muchas veces en un claro proceso de revictimización en el entendido de la poca credibilidad que se da las mujeres, la poca diligencia y prioridad a este tipo de “contravenciones” y los idearios culturales, actitudes y enfoques morales marcados por estereotipos de género que a veces y casi siempre interfieren con las decisiones institucionales.

Referente a la erradicación de la violencia y acceso a la justicia, la Ley 103 no dispone que exista órganos de justicia especializada, en derecho procesal con enfoque de género y derechos humanos, al personal de la Función Judicial, Policía Nacional y a operadores de justicia en general que intervengan en la investigación y sanción de hechos que violan la integridad física, psíquica y sexual de las mujeres. En franca discordancia con la Constitución en su artículo 81, que exige a la ley penal a definir y practicar procedimientos específicos y expeditos para el juzgamiento y sanción de la violencia intrafamiliar y sexual, de tal forma que este tipo de violencia contra la mujer, no solo se constituye una afectación a sus derechos, sino un problema social, de seguridad ciudadana, de salud pública y de administración de justicia.

6 CONSECUCCIÓN DEL OBJETIVO (EFICACIA)

No se ha logrado el objetivo o fin de la ley:

proteger la integridad física, psíquica y libertad sexual de la mujer y los miembros

de su familia, mediante la prevención y sanción de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los de su familia. Sus normas deben orientar las políticas del Estado y la comunidad sobre la materia (Art. 1 Ley 103).

En la práctica no existe protección a la integridad física, ni psíquica; tampoco la libertad sexual de la mujer y los miembros de su familia. No coexisten mecanismos mediante los cuales se realice la prevención de la violencia. Ciertamente si constan como normas sancionadoras de la violencia intrafamiliar y los demás atentados contra sus derechos y los de su familia tanto en la Ley 103 como en el COIP, Código Orgánico Integral Penal. Y aun cuando, las normas de éstos documentos en teoría orientan las políticas del Estado y la comunidad sobre la materia; en la práctica, no hay elementos certeros que permitan terminar con la violencia hacia la mujer y la familia.

Constatándose estas afirmaciones con los resultados en el contexto de los principales problemas de las ciudades que CEDATOS consultó a los habitantes de cada ciudad, sobre los principales problemas que ellos perciben en la urbe en el 2015.

Entre estas dificultades está la *inseguridad y delincuencia*. La encuesta se realizó en el mes de marzo 2016 en Ambato con un resultado del 26%, Cuenca con 19%, Loja con el 12%, Quito con el 31%, Riobamba con 20%, Santo Domingo con 24%, Babahoyo con el 49%, Guayaquil con el 67%, Machala con el 19%, Manta con un 33%, Portoviejo con 25%, Nueva Loja con el 32% y Puyo con un 20%. Entendiéndose estas respuestas como la proyección de crisis y violencia que vive la familia ecuatoriana, cuya principal víctima es la mujer; puesto que, todo lo que se aprende y realiza en la familia se proyecta en la sociedad.

La familia ecuatoriana cada vez se ve marcada por la pérdida de valores éticos y morales, que se traslucen con la influencia de la corrupción que campea en los gobiernos de turno haciendo presa a todos los estratos sociales. La falta de aplicación de las Leyes por la descomposición corrupta de la autonomía de la Función Judicial.

La crisis económica originada por el desempleo masivo que genera el propio Estado por la “venta voluntaria de las renuncias de los servidores públicos” desde el 2010 - 2017, la migración nacional que junto con los indocumentados de Cuba, Venezuela, Colombia y Perú están acordonando las periferias de las principales ciudades.

7 COSTO DE LA VIOLENCIA

Dentro de este problema está lo que señala Fernando Carrión Mena.

"Los costos de la violencia en Ecuador" Boletín Ciudad Segura 18. Los costos de la violencia (2007): 1...se estima que el costo de la violencia en Quito en el año 2006 alcanza la cifra de 158.260.679 dólares. El presupuesto reportado por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito para el año 2006 es de 243.073.1858 lo que indica que el costo de la violencia representa el 65% del presupuesto del Distrito. = un aproximado de \$80,00 por cada acto de violencia.

La violencia en el Distrito Metropolitano de Quito atiende distintas causas y factores que repercuten en el individuo y sociedad...Este primer ejercicio cuantifica algunas de las dimensiones de la violencia en el Distrito, imputando costos reales a un problema social que involucra a una serie de actores que en muchos casos ya son parte de las estadísticas... Si bien es difícil cuantificar algunas pérdidas, este cálculo es necesario para

evidenciar una dimensión adicional del problema de la violencia que no sólo afecta a la ciudad de Quito sino que es un problema latente en el Ecuador... Así mismo, el problema de la violencia rompe con la armonía, la paz y la convivencia cotidiana de la seguridad ciudadana afectando el bienestar de la población.

Se debe entender que los Costos intangibles como: el daño emocional y psicológico provocado por las diferentes clases de violencia es uno de los componentes más difíciles de cuantificar en el paquete de los costos de la violencia.

La violencia contra la mujer es un problema grave en el Ecuador, que afecta en promedio a seis de cada diez mujeres y se encuentra presente en las 24 provincias. A partir de esta premisa, se busca demostrar que la violencia enfocada a las mujeres en el Distrito Metropolitano de Quito tiene un costo económico...Para esto se utilizaron dos componentes: las pérdidas de salud y las pérdidas materiales o costos institucionales. Los resultados de ambos componentes permitieron concluir que el costo económico de la violencia contra la mujer en el Distrito Metropolitano de Quito fue de USD 8'942.861,53 dólares en el año 2013, valor que representó el 1,17% de la cédula presupuestaria consolidada de ingresos del Municipio de dicho Distrito. Por otro lado, se constató que la cifra representa un costo de oportunidad para el país, al ser superior a los montos de inversión dirigidos a ciertos sectores de la economía.

Según Bjorn Lomborg en su artículo de opinión publicado en El Universo el 24 de octubre de 2014, para Ecuador el costo social anual de la violencia puede llegar a casi \$ 20 mil millones. Los economistas calculan el costo que acarrea dicho abuso infantil, no solo los costos evidentes producto del aumento de las intervenciones para el bienestar infantil, sino también de la pérdida bien documentada de los ingresos futuros de un niño

abusado. El costo mundial total alcanza la asombrosa suma de \$ 3,5 billones al año. Para Ecuador, el costo se estima en casi \$ 10 mil millones. La violencia contra las mujeres representa el mayor costo mundial; incluye el infanticidio femenino, la mutilación genital y la incitación a las viudas a suicidarse. Pero mucho más importante es el costo de la violencia en la pareja, incluyendo ser abofeteada, empujada, atropellada, pateada, estrangulada o quemada a propósito y forzada a tener sexo. 28% de todas las mujeres en el África subsahariana informó esa violencia en el último año. Durante los últimos 12 meses, esta violencia ha afectado a más del 12% de las mujeres en América Latina.

Concluye, Fernando Carrión Mena. Estas aproximaciones a los costos de la violencia en el país, obtenidos de forma concreta y sistemática, la una venida de la macroeconomía y la otra de la economía de las empresas, *“permiten concluir que los costos económicos de la violencia criminal en el Ecuador son bastante altos y, lo más grave, es que éstos se incrementan de manera creciente en el tiempo”*. De allí, que estemos bajo la presencia obligada y encarecedora de los costos de seguridad, en un doble sentido; ya que, los costos de la seguridad en el mundo privado son trasladados al consumidor y porque el temor y la prevención exigen cada vez más recursos económicos del país, de las empresas y las personas. *El costo total de este tipo de violencia contra la mujer alcanza a 4,4 billones en el mundo al año, o alrededor de 10,5 mil millones solo para Ecuador*. Tomado el 5 de mayo de 2017.

8 LA RUTA HACIA EL FUTURO

Para armonizar la normativa de la Ley 103, con el COIP y los mandatos constitucionales; más allá del reconocimiento del Derecho a una vida libre de violencia como un derecho fundamental de nuestra Constitución del 2008; por ser un

derecho humano reconocido por los tratados internacionales y ratificado por el Ecuador y que por tal es parte del Derecho interno y por ende de obligatorio cumplimiento, en relación directa con los derechos a la integridad psíquica y física, a la salud, al libre desarrollo de la persona, a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, así como al de no discriminación de cualquier índole.

Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución del 2008 se evidencian así:

En lo concerniente al derecho a una vida libre de violencia, las organizaciones de mujeres mostraron la decisión, encaminada a eliminar la discriminación, el acoso y la violencia política contra la mujer en el espacio público y privado. Formularon sus prioridades:

- Los principios de libertad, igualdad, dignidad, no-discriminación, justicia, solidaridad, diversidad, reciprocidad, progresividad de los derechos humanos, paz, defensa y protección del ambiente, la naturaleza y la biodiversidad, soberanía y desarrollo humano sustentable.

- El fortalecimiento del Estado Laico.

- El derecho a decidir sobre la vida sexual y reproductiva, así como el reconocimiento de la diversidad de familias.

- La valoración efectiva del trabajo doméstico no remunerado,

- Medios que garanticen la paridad, alternabilidad y secuencialidad en el sistema electoral ecuatoriano,

- El acceso a la justicia para las mujeres. La protección integral de las víctimas de violencia, la reparación y restitución de derechos.

- El derecho universal de las mujeres a la educación con acciones positivas que permitan erradicar el analfabetismo, el derecho a la educación sexual y a la salud sexual y reproductiva.

Otras “Prioridades de las Mujeres”:

- El consenso sobre el concepto de “soberanía del cuerpo”

- La necesidad de las mujeres de contar con una institucionalidad del más alto nivel, descentralizada, con autonomía y capacidad de generación de políticas públicas, en diálogo con las organizaciones de mujeres.

- La necesidad de que el Estado reconozca y legisle sobre el “acoso político” que padecen las mujeres en ejercicio de sus funciones públicas, lo que se expresa en circunstancias concretas tipificadas como formas de discrimen, acoso y violencia política en contra de la mujer. (<http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-452.html> tomado el 6 de mayo de 2017).

9 CONSIDERACIONES FINALES

Las organizaciones de mujeres que lucharon por la creación de la Ley 103 y para dar forma a la misma partieron de un inequívoco y sincero compromiso con ellas mismas y con la sociedad ecuatoriana. Los debates familiares, comunitarios, de organizaciones de mujeres y académicos que se suscitaron, bajo los auspicios del Consejo Nacional de Mujeres, CONAMU, reflejaron siempre la voluntad de mejorar la calidad de nuestro

sistema jurídico, como: el reconocimiento del rol de los jueces, rigurosa comprensión de nuestra tradición cultural y social en materia de justicia y dentro de ésta la erradicación de la violencia y un leal respeto por las diferencias ideológicas que, si bien se hicieron presentes en las discusiones planteadas, no impidieron alcanzar acuerdos y puntos de encuentro.

Tanto las Organizaciones de mujeres como la Sociedad han impreso en la Ley 103 sus señas y marcas de identidad: el compromiso con la defensa pública (Comisarias de la Mujer) de la justicia contra la violencia intrafamiliar como herramienta de progreso y desarrollo de la sociedad ecuatoriana.

El avance más significativo de la Ley 103 es sin duda la redefinición de los derechos humanos y su impacto en los diversos aspectos sociales, en especial el de las nuevas concepciones o idearios de la cultura ecuatoriana.

El objetivo de la Ley 103, es ya un reto compartido mayoritariamente no solo por las organizaciones de mujeres; sino, por la sociedad. Reto imposible de acometer sin aseverar y pactar la pertinencia social y el papel que desempeñan las propias mujeres como primeras maestras en la enseñanza del ideario cultural que deben impregnar en sus hijos. Se tiene presente que la violencia se encuentra en normas sociales y culturales institucionalizadas en el Derecho, las estructuras económicas y políticas, las ideologías y el discurso público. De allí que, la educación desde sus inicios debe tener un rol preponderante en la prevención y erradicación de la violencia.

Se lucha por la erradicación de la violencia, las organizaciones de mujeres realizan una contribución abierta y constructiva a cuantas medidas refuercen la apuesta en contra de la violencia por un horizonte de futuro mejor para las mujeres.

Los estudios internacionales han confirmado que la violencia contra la mujer y la familia se da tanto en el ámbito privado como en el público. Y que la violencia económica es generadora no solo de las otras violencias sino también del crimen.

La violencia contra la mujer es un problema grave en el Ecuador, que afecta en promedio a seis de cada diez mujeres y se encuentra presente en las 24 provincias. A partir de esta premisa, se demostró que la violencia enfocada a las mujeres en el Distrito Metropolitano de Quito tiene un costo económico que fue de USD 8'942.861,53 dólares en el año 2013,

El costo total de este tipo de violencia contra la mujer alcanza a 4,4 billones en el mundo al año, o alrededor de 10,5 mil millones solo para Ecuador. Tomado el 5 de mayo de 2017.

Están identificadas las prioridades de la agenda de las mujeres para el período 2014 – 2019, período en el que se deberán aprobar leyes específicas de gran interés para las mismas, se debe pensar en reforzar la Ley 103 o en otra que la reemplace, para lo cual, se debe debatir y afinar conceptos y posiciones al interior y exterior de las organizaciones y del movimiento de mujeres del Ecuador.

10 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Constitución del Ecuador de 1998.

Constitución del Ecuador de 2008.

Código Civil vigente.

COIP, Código Orgánico Integral Penal.

Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia. Ley103.

Bjorn Lomborg en su artículo de opinión publicado en El Universo el 24 de octubre de 2014.

CARRIÓN, Mena Fernando. "Los costos de la violencia en Ecuador" Boletín Ciudad Segura 18. (2007).

CEDATOS, *principales problemas de la urbe 2015*. Disponible en: <<https://www.cedatos.com.ec/>>.

CEDAW/C/ECU/8-9. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 18 de la Convención*. Ecuador 2012.

Comisión de transición hacia el Consejo de las Mujeres y la Igualdad de Género. (*Antes Consejo Nacional de las Mujeres - CONAMU*). Tomado enero 15 de 2016. Disponible en: <http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/Marco%20Conceptual/macsim_conamu.htm>.

Consejo Nacional de las Mujeres (CONAMU) Tomado el 7 de diciembre de 2015. Disponible en: <<http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?id=13781&entidad=Agentes&html=1>>.

Conferencias mundiales sobre la mujer | ONU Mujeres – Sede, investigado el 18 de noviembre de 2015. Disponible en: <<https://www.google.es/#q=Cuarta+Conferencia+de+la+Mujer+celebrada+en+Beijing+en+1995+>>>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem do Para" Tomado 31 de enero de 2017. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>>.

Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censo, INEC. *Mujeres y Hombres del Ecuador en Cifras III*. Disponible en: <<http://www.ecuadorencifras.gob.ec/> tomado el 21 de octubre de 2015>.

Dirección Nacional de Género–DINAGE. Disponible en: <http://www.justicia.gob.ec/wp-content/uploads/2014/08/plan_erradicacionviolencia_ecuador.pdf>.

Palacios, Jaramillo Patricia. *Los derechos de las mujeres en la nueva Constitución*. Tomado en abril de 2017. Disponible en: <<http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-452.html>>.

Ponton, Daniel. Disponible en: <<http://www.lahora.com.ec/index.php/movil/noticia/1101489577>>. Tomado el 22 de octubre de 2016.

LA FORMACIÓN DEL PUEBLO BRASILEÑO: Un análisis histórico de la diversidad racial y los derechos humanos

Camila Ferreira Ramos¹

1 INTRODUCCIÓN

La formación del pueblo brasileño es un proceso marcado por las experiencias históricas que señalan su diversidad social, cultural y racial. Sin lugar a dudas, el Brasil es el que posee la mayor diversidad racial de la América Latina, un caso único y singular de extraordinaria mestizaje, fruto de la colonización y la inmigración. Se constituye de un territorio soberano, formado por un pueblo diverso que se considera una sola "Nación".

La diversidad racial del pueblo brasileño, se ha caracterizado desde la llegada del colonizador español a través de la imposición y supresión de la identidad étnica existente, estableciendo estándares europeos a los pueblos nativos esclavizados y que posteriormente fueron sustituidos por el pueblo africano traído con el mismo objetivo de explotación que tuvo fin en 1888 cuando se reconoció la libertad de los esclavos negros y abolió la esclavitud.

Sin embargo, incluso con este reconocimiento de la libertad de los negros, que fue impulsado por ideas iluministas y abolicionistas, después de esa fecha se continuaron explotados y segregados de la sociedad, además en el siglo XIX la gran mayoría

¹ Camila Ferreira Ramos, Abogada, Especialista em Docencia para la Educación Superior, Universidad Candido Mendes, Brasil y Alumna del Curso Intensivo de Doctorado de la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

de la población era mestiza, fruto de la mezcla de razas aquí existentes, cuyas características diversas, entre, blanco, negro y indio la convertía en la identidad racial de la población surgiendo ideas de que esta mezcla explicaría el retraso y la inviabilidad de la nación.

Las Políticas Públicas orientadas al blanqueo de la población fueron introducidas entre el siglo XIX y XX en Brasil, fruto de tesis eugenésicas que defendían un estándar superior de la raza humana, encuadrando el hombre blanco europeo como estándar de la mejor salud, la belleza y la civilización se compara con las demás etnias. Esta tesis sólo fue superada después de la 2ª Guerra Mundial, con la Creación de la ONU y de mecanismos de protección a los derechos humanos, como La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que desmitificó la idea de superioridad, proponiendo la igualdad entre las razas y el respeto a la dignidad de la persona humana, poniendo a los individuos en pie de igualdad y derechos de los unos con los otros en un carácter universal.

El objetivo de este estudio es demostrar previamente la origen del pueblo brasileño, analizando la mezcla racial existente, la importancia del reconocimiento de los derechos humanos frente a la aceptación de la diversidad racial, así como las políticas públicas adoptadas en el Brasil en la actualidad para cumplir y materializar las prerrogativas de la Constitución Federativa de la República Federativa do Brasil de 1988, que intrínsecamente están orientadas hacia el reconocimiento de la diversidad y explícitamente a la protección y reconocimiento de los derechos humanos, evidenciando la dificultad de superación de los prejuicios raciales, en la mentalidad de los brasileños en pleno siglo XXI.

2 BREVE HISTORIA DE LA FORMACIÓN DEL PUEBLO BRASILEÑO

La historia de la formación del pueblo brasileño está marcada por la invasión de los portugueses, originalmente, el Brasil era un país que poseía dueños, los auténticos poseedores de esas tierras eran de los indígenas, tuvieron a sus derechos usurpado por el colonizador español, que a su vez, impuso sus costumbres y de su ley a un pueblo que no tenía contacto con el hombre blanco los esclavizaron y se retiró su derecho sobre esas tierras.²

Con la destrucción de las bases de la vida social indígena la negación de todos los valores, el despojo, el cautiverio, muchísimos indios dormían en sus redes y se dejaban morir³ sin embargo se destaca que la esclavitud de los indios sólo fue posible con la ayuda y contribución de los propios indios, que ayudaban a los portugueses en este hecho, capturaban tribus rivales en el intercambio de bienes preciosos, que en realidad eran adornos que para los portugueses no tenían valor alguno.

La primera mención de la esclavitud voluntaria fue hecha por los jesuitas en 1555, que decía:

O Hermanos míos en Jesú Christo charíssimos, quántas lágrimas derramarían vuestros ojos se viéssedes estas criaturas de Dios vivir quassi a manera de vestias sin rey, sin ley y sin razón [...] Entre ellos no au

² Al llegar a las costas brasileñas, los navegadores pensaron que habían alcanzado el paraíso terrenal: una región de la eterna primavera, donde se vivía comúnmente por más de cien años en perpetua inocencia. da Cunha, M. C. (2013). *Índios no Brasil—História, direitos e cidadania*. Editora Companhia das Letras, p. 8.

³ Ribeiro, D. (2012). *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Contrera Brothers, p. 38.

amor ni lealtad. Vendense unos a otros estimando más una cuña o podón que la libertad de un sobrino o pariente más cercano que truecanpor hierro, y es tanta su misseria que a las vezes [s]e lo cambian por un poco de hariña⁴

Cabe destacar que las enfermedades traídas por los portugueses aumentaban los índices de mortalidad entre los indígenas que no tenían inmunidad para luchar contra las enfermedades traídas al nuevo mundo⁵, sin embargo es cierto que los portugueses se encargaron de pasar esta visión para poder justificar que para alcanzar tal hecho hubo la colaboración de la propia etnia, además de que los portugueses tuvieron relaciones con los indios formando un pueblo mestizo de los mameluco, o sea, se trataba de la mezcla de indio con blanco, que configura el inicio de la mezcla de Brasil en la primera fase del período colonial.

El concubinato con indias, era práctica común no sólo entre los blancos solteros, pero también los casados que habían dejado a sus mujeres en España. Como escribía de Porto Seguro, a 7 de febrero de 1550 el procurador general Pero Borges, “*muchos casados estaban amancebados con un par al menos cada uno de gentiles*”.⁶

⁴Fr. António Blásquez, carta aos padres e irmãos em Coimbra, 8 de Julho de 1555, MBII--40, p. 252.

⁵ Las epidemias son normalmente consideradas como el principal agente de la extinción de población indígena. La barrera epidemiológica era, en efecto, favorable a los europeos en América, y les era desfavorable en África. En África, los europeos morían como moscas, aquí eran los indios que morían: agentes patógenos de la viruela, el sarampión, la tos ferina, la varicela, el tífus, la difteria, la gripe aviar, la peste bubónica, y posiblemente de la malaria. [...] - Da Cunha, M. C. (2013). *Índios no Brasil-História, direitos e cidadania*. Editora Companhia das Letras, p. 14.

⁶ Da Silva, M. B. N. (1998). *História da família no Brasil colonial* (pp. 31-36). Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

La necesidad de mano de obra para trabajar en la economía de la caña de azúcar del siglo XVI al siglo XVIII, hizo que los colonizadores esclavizaran los indios, inviabilizando la continuidad de la satisfacción de sus necesidades básicas de supervivencia, al mismo tiempo que impedían su acceso a las codiciadas herramientas y armas nuevas, que los ha llevado a desarrollar estrategias en contra de la dominación, lo que resulta en una intensa lucha de resistencia a la imposición de los colonizadores, a su favor los indígenas tenían el apoyo de los jesuitas que reprobaban, pero que apoyaban la existencia de un trabajo asalariado⁷.

Los indios tenían una cultura incompatible con el trabajo intensivo y regular y más aún de carácter obligatorio, según lo previsto por los europeos⁸. Por este y otros motivos, los colonos se encontraban en África la solución para sus problemas, los africanos tenían una capacidad de adaptación al trabajo, del siglo XVII al siglo XIX esclavizaron a los negros para trabajar en la producción la caña de azúcar y los ingenios de azúcar en Brasil, transportados en las bodegas de los barcos negreros, un verdadero tráfico de ultramar, los negros eran vendidos por separado de su familia y de su cultura, expuestos a condiciones inhumanas y degradantes de trabajo, la mano de obra esclavista utilizada en la colonia en el sistema de *plantation* ⁹.

⁷ SOUZA, T. M. M. D. (2007). *Entre a cruz e o trabalho: a exploração da mão-de-obra indígena no sul da Bahia (1845-1875)*. 2007 (Doctoral dissertation, Dissertação (Mestrado em História Social)-Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em História Social, Salvador), p 32.

⁸ Fausto, B. (1994). *História do Brasil* (Vol. 1). Edusp, p. 28. (Nuestra Traducción) .

⁹ La plantation, era un sistema agrícola basado en el monocultivo de productos tropicales destinado a la exportación, muy utilizado en la colonización de América, cuya mano de obra inicialmente era esclava existente en las grandes propiedades de tierras.

Se Destaca que el tráfico de esclavos sólo esto fue posible con la ayuda del propio pueblo africano que negociaba con los traficantes de esclavos, preexistía un reglamento interno, que hacía que esta práctica se hiciera posible, como por ejemplo la prenda de alguien por deudas, por perpetración de crímenes como el asesinato, el robo brujería, adulterio en el caso de victorias en las guerras, pero el secuestro de los pueblos se convirtió en frecuente con la existencia de la trata de esclavos. Había una estrategia interna de la esclavitud en África:

En algunas sociedades, por ejemplo, del pueblo de Sena de Mozambique, la esclavitud era también una estrategia de supervivencia cuando el hambre y la sequía se hacían desastrosas. La venta o intercambio de un individuo de la comunidad podía garantizar la supervivencia del grupo, incluso de quién era esclavizado. El intercambio de alguien por comida era una forma de evitar la extinción del grupo. Sin duda estamos hablando de un recurso extremo, porque ser esclavo de esas sociedades tan fuertemente estructurada por lazos de parentesco significaba ser exiliado, se convierte en un extranjero, muchas veces teniendo que profesar otra fe, comunicarse en otro idioma, estar ajeno a sus tradiciones. Condenar a alguien a la esclavitud era por encima de todo desenraizarlo y deshonrarlo.¹⁰

¹⁰ Albuquerque, W. R. D. (2016). *Uma história do negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, p. 16 (Nuestra Traducción).

Fue a partir de estas explotaciones que surgió el Brasil, la mezcla entre razas, cultura, costumbres y creencias, aliadas a un territorio gigantesco de diversas peculiaridades regionales, que se refugió las diferencias y el mestizaje del pueblo, posiblemente inicialmente el mestizaje se produjo de forma muy abusiva, pero que no es representado.

Los números no son exactos, pero se estima que, entre el siglo XVI y mediados del siglo XIX, más de 11 millones de hombres, mujeres y niños africanos fueron transportados a las Américas. Este número no incluye a los que no lograron sobrevivir al proceso violento de captura en África y a los rigores de la gran travesía atlántica. La mayoría de los cautivos, cerca de 4 millones, desembarca en puertos de Brasil. Por eso ninguna otra región americana estuvo tan unida al continente africano por medio del tráfico como el Brasil. El dramático desplazamiento forzado, por más de tres siglos, unió para siempre el Brasil a África¹¹.

En 1798 la población esclava representaba el 48% de la población del Brasil, según datos cuantitativos de los censos y prensa. Al paso que en 1872, se pasaba a un 15,2% y según el censo de 1872, la población negra y mestiza tendía a aumentar el 55% del total¹². En el año 1865, el Brasil era representado como un país mestizo, existía una visión prejuiciosa que consideraba la

¹¹ Albuquerque, W. R. D. (2016). *Uma história do negro no Brasil*. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares, p. 40 (Nuestra Traducción)

¹² Shwarcz, L. M. (1993). *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. Companhia das Letras, p.13.

mezcla entre las razas de una deficiencia de la energía física y mental¹³.

La esclavitud de los africanos tuvo su fin con una secuencia de tratados para abolir gradualmente la exploración africana y la esclavitud en Brasil el último de estos tratados fue la ley áurea firmada por la princesa Isabel en 13 de mayo de 1888. Sin embargo, toda la contribución de los negros para la construcción de Brasil, fue rechazada por mucho tiempo, después de la abolición de la esclavitud, un considerable número de negros aún se sujetaban la sub empleo y explotaciones, volviendo a lo período colonial, cabe subrayar que era visible la reproducción de blancos con esclavas negras que tenían hijos mulatos¹⁴ y que acababan por estar sujeto a las mismas condiciones de la madre, los nacidos de la unión entre los negros y los blancos eran un ejemplo del Brasil mestizo de la época.

Pero incide que los negros vivían en pésimas condiciones de vida y marginalidad en la sociedad, en la primera mitad del siglo XIX, la fuerza de trabajo de las grandes ciudades de Brasil eran en su mayoría proveniente de trabajadores esclavos y

¹³ Louis Agassiz, escribió en 1868, en la que cualquiera que dude de los males de la mezcla de razas, y que incluya por mal entendida filantropía, echando abajo todas las barreras que te separan, vengas a Brasil. No se puede negar el deterioro resultante de la amalgama de las razas, en general, de aquí que en cualquier otro país del mundo, y que va borrando rápidamente las mejores cualidades del blanco, del negro y del indio dejando a un tipo indefinido, híbrido, deficiente en energía física y mental- Agassiz, L. (1870). *Scientific Results of a Journey in Brazil*.

¹⁴ Darcy Ribeiro destaca que: La familia patriarcal del señor de ingenio, sus hijos y emparentados más directos, ocupaba tan exhaustivamente las funciones de las lanas de tipo romano que no dejaba espacio para otras formas dignas de apareamiento. El señor y sus hijos eran, de hecho, reproductores sueltos allí para empreñaren a quienes pudieran Ribeiro, D. (2012). *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. Contrera Brothers, p.253

trabajadores libres o liberados, por lo general, los negros y mulatos que ejercían servicios de toda naturaleza¹⁵. Que posteriormente se daba prioridad a los inmigrantes europeos recién llegados en Brasil, fruto de una política pública intensificada en la segunda mitad del siglo XIX, los inmigrantes europeos que venían de países como Italia, España y Alemania entre otros, para trabajar inicialmente en las haciendas de café de Brasil.

En realidad, el Brasil antes de la llegada de los inmigrantes europeos en el siglo XIX era considerado un verdadero festival de colores¹⁶, una sociedad de razas cruzadas, que los brasileños no era percibido, sólo era visible para los europeos no están acostumbrados a tal diversidad racial, mestizaje que influyó directamente en las costumbres y el comportamiento del pueblo brasileño, que fue crucial para la definición de una nación brasileña en la actualidad, así como la acentuación de las desigualdades raciales actuales.

El surgimiento de la tesis de la superioridad que se plantea el hombre blanco como superior a los demás, se ha aplicado en Brasil, en el inicio del periodo republicano hasta la década de los 30 del siglo XX, conocida como la directiva de blanqueo de la población, tenía el objetivo de blanquear la población brasileña incentivando la unión entre blancos y negros, mestizos y los negros, idea fruto de un imaginario social de las élites que consideraban la heterogeneidad de una limitación para el progreso del país, que se refleja en la actual composición de color de la población brasileña y en la dificultad de la definición de los brasileños de sus orígenes étnicos.

¹⁵ Theodoro, M. (2008). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição. *Brasília: Ipea*, p 18.

¹⁶ Airmard, Gustave. (1888). *Le Brésil nouveau*. Paris, Dentúediteur.

3 POLÍTICA DE BLANQUEAMIENTO DE LA POBLACIÓN Y LA CUESTIÓN RACIAL

Después de la abolición de la esclavitud en Brasil en 1888, se propaga la idea de racismo, que a su vez, estaba aliada con la idea eugenésica difundida inicialmente en Europa, mientras que el movimiento social, buscaba promover el matrimonio entre determinados grupos para promover un "perfeccionamiento de las poblaciones".¹⁷ En Brasil fue introducida como una política social intervencionista proponiendo el blanqueamiento de la población

Esta política tenía, en verdad, el fin de hacer que por medio de la mezcla de los rasgos raciales africanos dejaran de existir en la sociedad, que ha sido posible debido a la inmigración de los europeos que proporcionó por siguiente el blanqueo de la población, sin embargo, duras críticas eran realizadas sobre el mestizaje de los intelectuales, lo que proliferaba en la elite brasileña de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, una visión estrecha y desigual, no es compatible con la idea republicana preconizada en la Constitución de la República de los Estados Unidos del Brasil de 1891, que en su artículo 72, párrafo 2º decía que todos son iguales ante la ley.

La caracterización de Brasil como un país mestizo era considerado un obstáculo, que dificultaría el progreso, los intelectuales de la época se separaban de la sociedad en la que vivían eligiendo la raza como primer criterio de nacionalidad, en el

¹⁷ La Eugenesia, y consistía en un conjunto de reglas de mejoramiento de una raza por medio de una selección artificial, o sea, definía que una raza es mejor, superior a las demás, inicialmente connotaciones científicas, pero fue utilizada como justificación para proponer una mejora en la sociedad en la que el blanco europeo era considerado superior a las demás razas en términos de belleza, intelecto y la salud. Teoría en 1883 por Francis Galton, que quería demostrar que la capacidad humana era la función de la herencia y no de la educación. -Maciel, M. E. D. S. (1999). A eugenia no Brasil. *Anos 90*, 7(11).

que se ha elaborado un proyecto nacional de propuestas discriminatorias que excluían por la superioridad del color.

En el transcurso de las discusiones siempre acaloradas- (gente apasionada, estos Brasis). – algunas sorpresas han aparecido. Es natural. La Eugenesia está exactamente, en el puente que une la biología de las cuestiones sociales, la política, la religión, la filosofía y a los prejuicios.¹⁸

Este punto de vista citado, demuestra que existía el prejuicio, por parte de los intelectuales que defendían el blanqueo de la población, y en contradicción con la idea de la eugenesia ya que las prohibiciones de matrimonios Inter raciales tenían un mayor equilibrio genético.¹⁹ Por otro lado, la eugenesia como movimiento social esforzó en promover el matrimonio entre determinados grupos y desencajaba uniones consideradas nocivas a la sociedad.

El proyecto de un país moderno era, entonces, directamente asociada al proyecto de una nación cada vez más blanca. La entrada de los inmigrantes europeos y el mestizaje permitirían la reducción del peso relativo de la población negra y la aceleración del proceso de modernización del país²⁰. La idea de desarrollo del Brasil republicano, que estaba asociada, no sólo al desarrollo económico, o de la modernización de las instituciones

¹⁸ Roquette-Pinto, E. (1933). *Ensaio de anthropologia brasiliana* (Vol. 12). Companhia editora nacional, p. 69 (Nuestra Traducción)

¹⁹ Según Francis Galton "la prohibición a los matrimonios Inter raciales, las restricciones que se referían a "alcohólicos, epitéticos y alienados", tenían un mayor equilibrio genéticos[...]"Shwarcz, L. M. (1993). *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. Companhia das Letras

²⁰ Theodoro, M. (2008). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição. *Brasília: Ipea*, p 49.

del país, en los escenarios políticos y administrativos, como también en la mejora racial, que ha contribuido a la profundización de las desigualdades raciales.

La desaparición del discurso racista en la que se proponía el blanqueo y criticaba el mestizaje en Brasil comenzó a desaparecer a partir de los años 30 y que surge de un pensamiento que afirma la integración del pueblo brasileño como producto de las diferentes razas. El inicio del periodo Republicano no fue capaz de promover acciones en defensa de la ampliación de las oportunidades de la población negra. La naturalización de las desigualdades sociales por medio de teorías e ideas preconcebidas, hicieron que la desigualdad era reafirma en un contexto político y social que es visible en los días actuales.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS ACTUALES PARA SU INCLUSIÓN RACIAL EN BRASIL Y DERECHOS HUMANOS

Hoy la idea de la eugenesia está en desuso, no hay raza superior o inferior a otra, sin embargo, fueron necesarios muchos años y muchos acontecimientos degradantes en Brasil y en el mundo para poner fin a las ideas obsoletas que confunden el poder de dominación con capacidades físicas y cognitivas de los individuos por su raza.

Reconoció en Brasil, después de la Constitución Federal de 1988, la deuda social, como las desigualdades sociales, económicas, sociales, regionales y raciales existentes buscando compensa las por medio de leyes y de políticas públicas estableciendo parámetros para equilibrar la desigualdad y traer la

igualdad jurídica para todos, condenado prácticas de racismo y discriminación²¹.

Además, se considera hoy que siempre ha sido desigual en el tratamiento por el color en Brasil, en relación a los negros, lo que se refleja incluso en las desigualdades económicas. Para equilibra esta situación, el gobierno instituyó una política de acciones afirmativas²² con el objetivo de eliminar las desigualdades históricamente acumuladas, desarrollando acciones afirmativas por medio de políticas públicas que se reservan plazas en los concursos públicos y para el ingreso a las universidades públicas por medio de políticas de cuotas, que destinan algunas vacantes para afro descendientes negros y pardos e indígenas para compensar las desventajas visibles.

Se ha convertido en obligatorio en los estudios de la historia y de la cultura afro brasileña en Brasil, en instituciones públicas y privadas²³ así como la obligatoriedad de estudio de

²¹ El ejemplo podemos citar la ley n° 7.716, 05 de enero de 1989, por la que define los delitos derivados de los prejuicios de raza o de color.

²² Acciones socio afirmativas son medidas especiales temporales, dirigidas a eliminar las desigualdades y la exclusión social, ocurridas en el pasado y en el presente, ya sea por motivos religiosos, culturales, económicos, de género o raciales. El Ministerio de Educación. Educación para relaciones étnicas y raciales. (2016) Disponible en: <http://etnicoracial.mec.gov.br/acoes-afirmativas-cotas-prouni>. Visualizado en 15.10.2016

²³ Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008). § 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

temáticas afro e indígenas en las instituciones, además existe un estatuto de igualdad racial, con esto se observó fomentar los derechos. A pesar de las acciones afirmativas pueden dar lugar a la idea de la discriminación que estas son importantes por objetivar derechos y reconocer el derecho de participación de todos²⁴.

Las acciones afirmativas son contundentes en el contexto democrático brasileño fundando en la igualdad jurídica, que propugna la constitución federal que se apropia de elementos protegidos por los derechos humanos para garantizar el derecho de participación en la sociedad por todos, la superación de toda discriminación.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, reconoce que todo ser humano tiene la capacidad de gozar de los derechos y libertades sin distinción de raza, color, idioma, religión, sexo, opinión política o de cualquier otra naturaleza. Si se considera esta visión dirigida a la cuestión racial, es perceptible, que todos son iguales y a pesar de sus diferencias, están dotadas de la dignidad de la persona humana²⁵ inherente a todo y cualquier individuo.

La declaración de las razas de la humanidad, de 18 de julio de 1950, afirma que la humanidad pertenece a una sola especie y

²⁴ En el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se destacan dos estrategias: a) la estrategia represora-castigo (que tiene por objetivo castigar, prohibir y eliminar la discriminación); b) la estrategia promocional (que tiene por objetivo promover, fomentar y avanzar en la igualdad). Piovesan, F. (2006). Ações afirmativas e direitos humanos. *Revista USP*, (69), 36-43.

²⁵ Kant afirma que en el reino de los fines todo tiene un valor y una dignidad. Cuando una cosa tiene precio puede ser sustituido por algo equivalente, por otro lado la cosa que se achara por encima de todo precio y, por eso, no se admite equivalencia, tiene una dignidad. KANT, Immanuel. (2004) *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, p. 65.

que las similitudes entre los seres humanos son mayores que las diferencias, la personalidad y el carácter de los individuos que son independientes de la raza, considerando el término raza es un mito que causó sufrimientos incalculables para la humanidad bajo un plan social y moral, pero que sirve para que:

Designa a un grupo o una población que se caracteriza por ciertas concentraciones relativas en cuanto a la frecuencia y a la distribución, de la gens o de caracteres físicos que, en el transcurso de los tiempos, aparecen, varían y muchas veces hasta desaparecen bajo la influencia de los factores de aislamiento geográficos o culturales.²⁶

5 LA COMPOSICIÓN RACIAL EN BRASIL LA PERCEPCIÓN DE LA SOCIEDAD BRASILEÑA

En el período del siglo XIX hasta el inicio del siglo XX, el mestizaje en América Latina era un “defecto” de las jóvenes naciones latinoamericanas contradictoriamente también está considerada como una posible solución, como ocurrió en Brasil para reducir los rasgos acentuados del mestizaje que resultaban en un color de piel oscura que predominaba en más de la mitad de la población en este período. Bajo esta lógica, el emblanquecimiento pone el pardo tanto como problema y como solución, esto es, el problema porque no blanco, y la solución porque menos negro.

A pesar de no deber ser un parámetro, la cuestión racial es un atributo esencial para la comprensión de las desigualdades sociales en Brasil. La mezcla racial ha sido posible por medio de relaciones inter-raciales, promovidas por el matrimonio y por la

²⁶ Declaração das Raças- UNESCO (2016) Visualizado em: http://www.achegas.net/numero/nove/decla_racas_09.htm

no segregación de dichas uniones que actualmente es existente y recurrente en el Brasil en que se supera las cuestiones del color. Sin embargo, todavía existe el prejuicio y la discriminación en una sociedad, Brasil, ya que la percepción de la sociedad brasileña en relación a su color es contradictoria.²⁷

Se debe valorar que la definición de la raza parda es muy variable y se maneja desde el negro hasta el blanco, una verdadera mezcla de color, la blancura es definido por el color de la piel y no por considerar que los antepasados de los individuos que resultaron en su color, si se trata de un tema extremadamente complejo y paradójicamente flexible, en relación con la facilidad de cada persona definir a qué color/raza pertenece.

Según Datos del Instituto Brasileño de Geografía Estadística (IBGE), en 2014, cerca de 92,4 millones de personas son blancas, que corresponde a un total de 45,5%, los mestizos representan alrededor del 45% del total de la población, otros 8,6% se declararon de color negro, un total de 17,4 millones de personas y 1,8 millones de personas, declaró otro color o raza (indígena o amarillo)²⁸.

Los métodos utilizados para la definición de la raza y el color son inadecuados, No existe una clasificación internacional

²⁷ En el caso de los mestizos que niegan la identificación como negros, el repertorio hegemónico aún es el de la desigualdad y de la discriminación social como siendo superior e incluso excluyente de la desigualdad y de la discriminación racial. No es nuestra intención juzgar si la razón de este entendimiento, sería una señal de enajenación o de sentido común. . de Souza Leão, L. T. (2012). O Paradoxo da Mistura: Identidades, desigualdades e percepção de discriminação entre brasileiros pardos Graziella Moraes Silva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 27(80), p.131.

²⁸População brasileira é formada basicamente de brancos e pardos, diz IBGE. Visualizado em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-11/populacao-brasileira-e-formada-basicamente-de-brancos-e-pardos-diz-ibge>. Acesso em 20.10.16

para las razas o etnias. En los diferentes países, conceptos como etnia, tribu, nación, pueblo y raza reciben contenido de los sitios, ya que las bases importantes para la delimitación de las fronteras entre grupos sociales son producidas por la historia de la sociedad²⁹. Sin embargo, los datos obtenidos en las encuestas, señalan la dificultad de percepción de color de la población que se define como blanca o parda, aunque sus rasgos físicos evidencien su definición en estos grupos.

De esta forma, aunque el uso de la categoría de negros y no blancos sea relevante para destacar la permanencia de las desigualdades raciales, negros y pardos tienen percepciones raciales diferentes y se identifican fronteras simbólicas y económicas en relación a los blancos de formas distintas.³⁰ Hay una problemática en relación con la definición de color en Brasil, incluso teniendo en cuenta que son hijos de negros, muchos brasileños se definen como pumas, lo que demuestra que se determine como negros se trata de un peso y esa negativa, correspondiente a la negativa utilización del término negro, que a finales del siglo XIX era utilizado para denominar esclavos y libertos sumisos³¹.

6 CONSIDERACIONES FINALES

La idea de justificar que una raza era superior a la otra fue fundamental para legitimar la dominación desde el siglo XV. Con el descubrimiento de nuevos territorios, el conquistador europeo

²⁹ Osorio, R. G. (2003). O sistema classificatório de cor ou raça do IBGE, p. 19. (Nuestra Traducción)

³⁰ de Souza Leão, L. T. (2012). O Paradoxo da Mistura: Identidades, desigualdades e percepção de discriminação entre brasileiros pardos Graziella Moraes Silva. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 27(80).

³¹ Shwarcz, L. M. (1993). *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930*. Companhia das Letras, p.60 (Nuestra Traducción).

impuso a sus conquistados su cultura y su modo de vida, pero no podía imponer que todos tuvieran su color, pero acabó por ser el proponente de la mezcla brasileña que por siguiente, buscó una forma de evitar los rasgos visibles de la mezcla.

Sin embargo, durante mucho tiempo se han producido violaciones a los individuos por el peso de su color, a pesar de que todos somos iguales y pertenecer a la misma especie homo sapiens, sabemos que en el contexto social, no sólo de Brasil como en otros países, el color, la etnia y la cultura han sido elementos marginados, delante de aquellos que creen y defendían la idea de la superioridad.

El intento de unificar la cultura brasileña, trató de ocultar la estratificación social existente en el proceso de formación nacional, incluso llegando a dificultar un consenso entre la idea de nación en Brasil, esto hace que las distancias sociales más difíciles de superar que las diferencias raciales, sin embargo, la serie de circular en discusión de este tema ya que las diferencias raciales y las distancias sociales están directamente conectadas.

Hoy en día a pesar de los datos de 2014 del Instituto Brasileño de Geografía Estadística, destacar que la mayoría de la población brasileña es blanca y que sólo alrededor de 8,6% de la población se considera de color negro, la realidad nos muestra otros datos. La estimación se hace a partir de lo que cada persona establece como su color o que cree poseer, sin embargo esto hace que los datos obtenidos sobre el color o la raza de la población brasileña sean distorsionados y no se corresponden con la realidad.

La interacción entre el blanco, el negro y el indio, hacen que Brasil sea lo que es hoy, un país diverso en cultura y raza, sin embargo detrás de esta idea de diversidad que hoy se difunde, el prejuicio racial y la discriminación perdura en la sociedad en los discursos de superioridad, que muchas veces viene de personas

que tienen el sentimiento de blancura que difunden la idea de inferioridad de los negros y pardos.

Hay una dificultad de definición de color por parte de los brasileños, que aun siendo descendientes de negro con las características de negro se definen como mestizos, esto demuestran que los censos de declaración de color, no siempre se corresponden con la realidad que está codificada en los datos que huyen de un control correcto, ya que cada persona es la responsable de definir a que raza pertenece.

Estos datos escapan del control de la enseñanza y de la investigación científica, pudiendo ser observados por medio de la fenomenología, y la observación de los fenómenos sociales, por otro lado, dejando de lado la falta de conocimiento y observación de la realidad por parte de algunos, se nota que las diferencias raciales existentes en Brasil, están siendo minimizadas por medio de políticas públicas y de la concientización de la población para minimizar las diferencias, cuyos resultados son cosechados gradualmente.

La Constitución Federal de la República Federativa del Brasil de 1988, ratificó la Declaración Universal de los Derechos Humanos con el propósito legal de reconocer, por medio de la ley por la igualdad de todos ante la ley y los derechos que hasta entonces no habían sido consolidados, considerada una repercusión positiva para la sociedad. A pesar de la difícil entender esta contextualización de la formación del pueblo brasileño son claramente un pueblo cruzaron, y que se combinan con el territorio rico en biodiversidad y variedad cultural, regional, económica y social. Un pueblo que a pesar de sus diferencias, se considera un único fruto de las interacciones raciales de esa tierra, en que la mestizaje es lo que fundamenta la identidad nacional brasileña.

7 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIRMARD, Gustave.(1888). Le brésil nouveau. Paris, Dentúediteur.

ALBUQUERQUE, W. R. D. (2016). Uma história do negro no Brasil. Salvador: Centro de Estudos Afro-Orientais; Brasília: Fundação Cultural Palmares.

BABIANO, José; FARRÉ, Sebastián (2002). «La emigración española a Europa en los años 70: Francia y Suiza como países de acogida». Fundacion Instituto de Historia Social (em espanhol). Consultado em 27 de janeiro de 2011

BENTO, M. A. S. (2002). 2. BRANQUEAMENTO E BRANQUITUDE NO BRASIL. O conceito de racismo institucional surgiu nos Estados Unidos na década de 1960. Segundo Pace e Lima (2011, p. 4), os objetivos da criação do conceito eram de, 5.

DATAFOLHA. (2008), “Racismo confrontado”. Folha de S. Paulo , 23 nov

DA SILVA, M. B. N. (1998). História da família no Brasil colonial (pp. 31-36). Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

DA CUNHA, M. C. (2013). Índios no Brasil–História, direitos e cidadania. Editora Companhia das Letras.

DE SOUZA LEÃO, L. T. (2012). O PARADOXO DA MISTURA Identidades, desigualdades e percepção de discriminação entre brasileiros pardos Graziella Moraes Silva. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 27(80).

EISENBERG, J. (2004). A escravidão voluntária dos índios do Brasil eo pensamento político moderno. Análise Social, 7-35.

FEDERAL, S. (1988). Constituição da república federativa do Brasil. Brasília: Senado.

MAIO, M. C., & SANTOS, R. V. (2010). Raça como questão: história, ciência e identidades no Brasil. SciELO-Editora FIOCRUZ.

GALTON, Francis (1988) herencia y eugenia. Madrid, Alianza Editorial.

HUMANOS, D. U. D. D. (2013). Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo: [http:// www.direitoshumanos.usp.br](http://www.direitoshumanos.usp.br). Acesso em 09.09.16.

KANT, Immanuel. (2004) Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, p. 65.

MACIEL, M. E. D. S. (1999). A eugenia no Brasil. Anos 90, 7(11).

MINISTERIO DA EDUCAÇÃO. EDUCAÇÃO PARA RELAÇÕES ÉTNICOS RACIAIS. (2016) Disponível em: <http://etnicoracial.mec.gov.br/acoes-afirmativas-cotas-prouni>. Acesso em 15.10.2016

OSORIO, R. G. (2003). O sistema classificatório de cor ou raça do IBGE.

POPULAÇÃO BRASILEIRA É FORMADA BASICAMENTE DE BRANCOS E PARDOS, DIZ IBGE.(2016). Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-11/populacao-brasileira-e-formada-basicamente-de-brancos-e-pardos-diz-ibge>. Acesso em 20.10.16

PIOVESAN, F. (2006). Ações afirmativas e direitos humanos. Revista USP, (69), 36-43.

RIBEIRO, D. (2012). O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. Contrera Brothers.

ROQUETTE-PINTO, E. (1933). Ensaio de anthropologia brasileira (Vol. 12). Companhia editora nacional.

SOUSA, Rainer Gonçalves. "Formação do Povo Brasileiro"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/historiag/brasileiro.htm>>. Acesso em 22 de outubro de 2016.

SOUZA, T. M. M. D. (2007). Entre a cruz e o trabalho: a exploração da mão--de-obra indígena no sul da Bahia (1845-1875). 2007 (Doctoral dissertation, Dissertação (Mestrado em História Social)-Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em História Social, Salvador).

SHWARCZ, L. M. (1993). O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. Companhia das Letras.

THEODORO, M. (2008). As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição. Brasília: Ipea.

O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA E O MÍNIMO EXISTENCIAL PARA UMA SOBREVIVÊNCIA DIGNA

Daniele Ferron D'avila¹

“Recordamos o que certa vez escrevemos: ‘A justiça tributária é ainda um ideal a ser alcançado, não por si só, mas em conexão com um sistema de justiça econômica e social’. José Afonso da Silva (1982, p.158).

1 INTRODUÇÃO

O Direito Tributário encontra-se disciplinado na Constituição Federal vigente, através de normas e princípios, sendo que estes últimos servem para proteger o cidadão contra abusos do poder do Estado e entre estes princípios, encontra-se o da capacidade contributiva; o qual é oriundo do princípio da igualdade, também aplicado no âmbito tributário, na busca de uma sociedade mais igualitária, com uma tributação mais alta para os que possuem maior concentração de riquezas, tratando os iguais de maneira igualitária e os desiguais de maneira desigual.

Ocorre que pela natureza de alguns impostos, que seriam os impostos reais, os quais abrangem os impostos indiretos, estes comportam transferência do ônus tributário, acabando por tributar o consumidor final, sem qualquer observância acerca da capacidade contributiva deste. Assim como forma de reduzir as consequências desta transferência de impostos e aplicar o Princípio da Capacidade Contributiva, o legislador criou o

¹ Advogada, Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, mestranda pela Fundação do Ministério Público - FMP e Doutoranda pela Universidade de Buenos Aires - UBA.

princípio da seletividade, o qual veio para regular os impostos indiretos no que tange a capacidade contributiva do consumidor final.

Desta forma, o tributo deve ser um ônus capaz de ser suportado pelo contribuinte, não podendo ser tido como um sacrifício que acabe por retirar deste o desfrute normal de seus bens e rendimentos; de modo que a tipificação tributaria deve ser analisada considerando-se a capacidade contributiva do contribuinte, o que deve estar sempre claro na mente do legislador.

Considerando que a capacidade econômica dos cidadãos é atingida por uma multiplicidade de impostos, necessário é que, ao fim, cada um suporte a carga tributária em termos de igualdade, generalidade e em atenção só a sua capacidade econômica.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância do princípio da capacidade contributiva na atividade do legislador, a fim de que haja o meio termo entre a necessidade de tributar e a possibilidade de o contribuinte pagar por este tributo, sem prejuízo dos bens da vida, para que o mínimo existencial seja preservado, mantendo-se o equilíbrio social.

2 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva surge da ideia de justiça distributiva e se relaciona aos problemas econômicos e políticos do Estado, sendo tratado pela ciência jurídica desde a Antigüidade, havendo registros, em Atenas, de um imposto direto exigido nos tempos de Sólon, definidas conforme a fortuna do contribuinte, onde também havia uma contribuição para o custeio da marinha nacional, devida por todo cidadão cuja fortuna atingia dez “talentos”; e em Roma, a forma de tributação chamada de

Soberbo se baseava na riqueza de cada contribuinte individualmente. (CONTI, p. 37).

Com a evolução do pensamento histórico medieval, Santo Tomás de Aquino distinguia a existência de “impostos justos” e “impostos injustos”, conforme obedecessem ou não ao critério de que cada um deveria pagar os tributos. Já por volta do século XVIII, com Montesquieu e depois Bentham, desenvolveu-se a ideia de que os recursos dos indivíduos de capacidade econômica restrita não deveriam ser objeto de arrecadação (CONTI, p 37).

Importante referência histórica ao princípio da capacidade contributiva consta o art. 13 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão².

Em âmbito nacional, a capacidade contributiva foi tratada pela primeira vez no art. 179, § 15 da Constituição Federal³ de 1824, que fora outorgada por Dom Pedro I e fora a primeira Constituição Federal Brasileira, dispondo o referido artigo que todos teriam que contribuir com os impostos na proporção de seus recursos.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1934, em seu art. 185⁴, fixou um teto de aumento da carga tributária, e na Constituição Federal de 1946 disseminou-se a ideia de que não pode haver democracia sem justiça fiscal, a qual, só seria atingida adequando-se as exigências tributárias à capacidade contributiva de

² Artigo 13º- Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum, que deve ser repartida entre os cidadãos de acordo com as suas possibilidades.

³ art. 179 § 15 - “ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado em proporção a seus haveres”.

⁴ art. 185 - “nenhum imposto poderá ser elevado além de vinte por cento do seu valor ao tempo de aumento”.

cada um, tendo em vista a diversidade de contribuintes, o que veio a ser regulado pelo art. 202⁵ do referido diploma legal.

Na Constituição Federal vigente, o princípio da pessoalidade possui caráter programático, servindo como norteador de atividade legislativa, o qual não foi reproduzido na Constituição de 1967 e nem na Emenda n° 1/ 69 reaparecendo na CF/88 no § 1º, do art. 145⁶.

Importante mencionar, após tratar da evolução histórica constitucional do princípio da capacidade contributiva, que o mesmo se relaciona com o princípio da igualdade, pois através deste princípio, todos os indivíduos devem ser tratados de forma que suas diferenças sejam reconhecidas e consideradas, propiciando tratamento adequado à condição individual de cada indivíduo.

Assim, o princípio da igualdade é mais amplo que o da capacidade contributiva, posto que o segundo se limita à imposição fiscal tratada pelo direito tributário, mas o princípio da igualdade também possui relação com o direito tributário, conforme José Domingues de Oliveira, o qual especifica e define a abrangência do princípio (OLIVEIRA, p. 15).

a) Se todos são iguais perante a lei, todos devem ser por ela tributados (princípio da generalidade);

b) O critério de igualação ou desigualação há de ser a riqueza de cada um, pois o

⁵ art. 202 – “os tributos terão caráter pessoal, sempre que isso for possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte”.

⁶ Art. 145, § 1º. “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”.

tributo visa a retirar recursos do contribuinte para manter as finanças públicas; assim, pagarão todos os que tenham riquezas; localizados os que tem riquezas (logo contribuintes) devem todos estes ser tratados igualmente – ou seja – tributados identicamente na medida em que possuïrem igual riquezas (princípio da igualdade tributária);

c) Essa “riqueza” só poderá referir-se ao que exceder o mínimo necessário à sobrevivência digna, pois até este nível o contribuinte age ou atua para manter a si e aos seus dependentes, ou à unidade produtora daquela riqueza (primeira acepção do princípio da capacidade contributiva, enquanto pressuposto ou fundamento do tributo);

d) Essa tributação, ademais, não pode se tornar excessiva, proibitiva ou confiscatória, ou seja, a tributação, em cotejo com diversos princípios e garantias constitucionais (direito ao trabalho e à livre iniciativa, proteção à propriedade), não poderá inviabilizar ou até mesmo inibir o exercício de atividade profissional ou empresarial licita nem retirar do contribuinte parcela substancial de propriedade (segunda acepção do princípio da capacidade contributiva, enquanto critério de graduação e limite da tributação).

O princípio da igualdade possui desta forma, relação com o princípio da capacidade contributiva, na busca de uma sociedade mais justa e igualitária, impondo uma tributação mais pesada sobre os detenham maiores riquezas.

E, a capacidade contributiva consiste na aptidão do contribuinte em suportar a carga tributária imposta, mantendo-se seu bem estar econômico, trata-se pois de um princípio básico de justiça na distribuição da carga tributária e fundamenta-se na relação existente entre o indivíduo e o Estado, que para executar suas atividades necessita de recursos dos contribuintes, os quais por sua vez, possuem o dever de contribuir com a arrecadação do Estado, mediante sua capacidade econômica.

Regina Helena Costa (COSTA, p. 107) conceitua o princípio da capacidade contributiva, como “a aptidão da pessoa colocada na posição de destinatário legal tributário para suportar a carga tributária, numa obrigação cujo objeto é o pagamento do imposto, sem periclitamento da riqueza lastreadora da tributação”.

Importante saber que a tributação não pode ser excessiva, a ponto de comprometer os bens da vida do contribuinte, conforme leciona Luciano Amaro (AMARO, p. 136).

O princípio da capacidade contributiva inspira-se na ordem natural das coisas: onde não houver riqueza é inútil instituir imposto, do mesmo modo em que terra seca não adianta abrir poço à busca de água. Porém, a formulação jurídica do princípio, não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência (no sentido de que esta não caia no vazio, por falta de riqueza que suporte o imposto); além disso, quer-se preservar o contribuinte, buscando-se evitar eu uma tributação excessiva (inadequada à sua capacidade contributiva) comprometa os seus meios de subsistência, ou o livre exercício de sua profissão, ou a livre exploração de sua empresa, ou o exercício de outros direitos fundamentais, já que isso relativiza sua capacidade econômica.

Há três critérios para se mensurar a capacidade contributiva que, conforme José Mauricio Conti, são: a renda auferida, o consumo (ou renda despendida) e o patrimônio (renda ou riqueza acumulada) (CONTI, p. 41/43).

Analisadas estas questões, passamos a tratar da capacidade contributiva sob enfoque do ordenamento jurídico brasileiro, buscando entender seu alcance em face do Sistema Tributário.

Como já mencionado, o princípio da capacidade contributiva está disciplinado no artigo 145, parágrafo primeiro da Constituição Federal, o qual é relativizado em face de outros valores, social e economicamente relevantes, de modo que a sua observância direta cede vez à preservação de outros bens jurídicos superiores, também protegidos na Constituição.

O referido artigo dispõe em seu parágrafo primeiro que

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Frise-se que o art. 145, parágrafo 1 repete o teor do texto constitucional de 1946, que em seu artigo 202 dispunha “*Os tributos terão caráter pessoal, sempre que possível, e serão graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte*”, assim, da análise dos referidos dispositivos legais verifica-se uma alteração do local onde constou a expressão “sempre que possível”, que na constituição vigente se localiza no início do texto (CONTI, p. 46).

No texto constitucional de 1946 a expressão “sempre que possível” se referia à pessoalidade dos tributos e no texto vigente, a

expressão encabeça o dispositivo legal, passando a se aplicar também à capacidade econômica do contribuinte.

Desta forma, a expressão “sempre que possível” refere-se, ao caráter pessoal dos impostos, tendo como característica a pessoalidade, uma vez que se refere a capacidade contributiva do contribuinte.

O princípio da capacidade contributiva deverá ter sua aplicação sempre que possível, razão pela qual se faz necessário que o legislador tenha uma postura ativa para que a determinação constitucional tenha eficácia, assim como para que se possa garantir uma tributação justa e correta, caso contrário, a qualquer pretexto se invocaria a não-obediência ao princípio, sob a invocação de que não se mostra possível o seu cumprimento, o que não poderia ser admitido, haja vista que a isonomia tributária que deflui desse dispositivo é bem jurídico dos mais preciosos, incumbindo ao legislador preservá-lo na medida dessa relevância, pois cabe ao judiciário decidir acerca da capacidade contributiva em casos postos em litígio.

Esse princípio tem por escopo atingir a justiça fiscal, repartindo-se os encargos do Estado na proporção das possibilidades de cada contribuinte.

Importante frisar que o art. 145, parágrafo 1 da CF/88 refere-se apenas a impostos e não a tributos como constava na CF/1946, mesmo porque são as espécies responsáveis pela maior parte da arrecadação tributária, consistente na retirada da parcela de riquezas dos particulares. Personalizar pressupõe graduar impostos segundo a capacidade contributiva de cada um, assim o referido artigo vigente abriga o princípio da “personalização dos impostos graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, sempre que possível.

O termo “facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitando os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte” possibilita ao fisco o poder de investigar as atividades e bens dos contribuintes.

Como não há um parâmetro legal fixando a carga tributária a cada contribuinte individualmente, não se pode dizer que o princípio da graduação segundo a capacidade contributiva é impositivo, mas é preciso ter em mente que a personalização e a graduação do imposto exigirão de técnica tributária, uma vez que é um desafio ao legislador, implantar um imposto dentro do limite justo para milhões de contribuintes diversos, sob o ponto de vista sócio econômico.

Inclusive, a faculdade outorgada ao fisco no art. 145, § 1º da CF/88 busca também auxiliar no processo de fiscalização e arrecadação tributária não se esgotando na finalidade de preservar a observância do princípio aí mencionado, até porque os impostos necessitam ser pagos diante de uma igualdade econômica entre contribuintes, a fim de que a economia do país se mantenha saudável.

Ocorre que na atuação do Fisco, deve haver um equilíbrio entre o dever de investigar deste com o respeito aos direitos individuais, uma vez que a autoridade deve fiscalizar obedecendo o devido processo legal e os direitos do indivíduo.

Em virtude do princípio da capacidade contributiva, o contribuinte possui proteção como contribuinte e também com relação a outros direitos fundamentais, como a igualdade, a propriedade e o não confisco, os quais estão estabelecidos no art. 5 e seus incisos da carta magna, como direitos constitucionais do

contribuinte, oponíveis ao poder de tributar do Estado (ZILVETI, p. 162).

3 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Como já mencionado, o princípio da capacidade deve ser sempre observado pelo legislador para que os tributos sejam cobrados de forma igualitária e justa do contribuinte.

O problema do mínimo existencial se relaciona com o problema da pobreza e tem fundamental importância na história da fiscalidade. Desta forma, há a necessidade de um direito às condições mínimas para a existência humana digna que não pode sofrer intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas, que se referem a situações onde o mínimo existencial deve ser preservado.

Nestas situações, há a inaplicabilidade do princípio da capacidade contributiva, pois a renda do contribuinte lhe proporciona apenas a sobrevivência e neste caso não há capacidade contributiva.

Ricardo Lobo Torres (TORRES, p. 163-164) analisa a relação existente entre o mínimo existencial e capacidade contributiva, enfatizando o acima exposto.

[...] a capacidade contributiva começa *além* do mínimo necessário à existência humana digna e termina *aquém* do limite destruidor da propriedade. As condições iniciais da liberdade e da inatributabilidade do mínimo vital, por conseguinte, coincidem com a não capacidade contributiva, que é a face negativa do princípio que na Constituição aparece positivamente. O mínimo existencial encontra na capacidade contributiva o seu balizamento e jamais o seu fundamento.

A noção de mínimo existencial é maleável, pois acompanha a cultura, o contexto social e econômico de cada povo (DUTRA, p. 108), assim a grande preocupação consiste em quantificar o mínimo necessário para a sobrevivência. Segundo Ana Paula de Barcelos conceitua o mínimo existencial não apenas como a sobrevivência, mas também de forma espiritual e intelectual, por se tratarem de aspectos fundamentais em um Estado democrático, onde deve haver a participação do povo (BARCELLOS, p. 197-198).

Para que não se viole o princípio da capacidade contributiva, ao editar normas que assegurem o mínimo existencial, o legislador pode assegurar-se no inciso IV, do art. 7º da Constituição Federal⁷, que trata das necessidades vitais básicas que devem ser obedecidas no caso de direitos dos trabalhadores, mas que também pode ser utilizado por analogia como base para que quantificar o mínimo existencial, já que não há dispositivo específico acerca do que seria o mínimo vital.

O texto constitucional também apresenta alguns objetivos fundamentais da República Brasileira no inciso III do art. 3º⁸, bem

⁷ Art. 7 São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

IV- salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim. (o grifo é nosso).

⁸ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

como o art. 5º, os quais também podem servir de base para o legislador ao estabelecer o mínimo existencial.

O mínimo existencial se encontra implícito em diversos princípios constitucionais e sua violação fere a dignidade humana que é o princípio basilar do Direito Brasileiro, assim como de toda e qualquer ordem social justa e democrática; de modo que sua violação pelo fisco se caracteriza em violação inconstitucional.

Desta forma, todo tributo que venha a incidir sobre recursos que se destinem à sobrevivência humana será inconstitucional por violação à capacidade contributiva (DUTRA, p. 104).

O princípio da capacidade contributiva é a base do princípio da igualdade, razão pela qual a Constituição Federal deve sempre ser observada e se assim não ocorrer, caberá a apreciação do judiciário que deverá realizar a prudente apreciação do princípio ao caso concreto, pois o cidadão não pode ficar ao arbítrio do legislador, sendo este o entendimento de Sacha Calmon Coelho, “o legislador não tem que ser prudente; deve ser obediente à Constituição. E, na hipótese de não ‘ser prudente’ em sua apreciação dos fatos e da norma constitucional, cabe ao Judiciário corrigi-lo”.

Misabel de Abreu Machado Derzi ao atualizar a obra de Aliomar Baleeiro, delimita o mínimo existencial e a capacidade contributiva, a fim de que não haja afronta constitucional (BALEIRO, p. 691).

A capacidade econômica somente se inicia após a dedução dos gastos à aquisição,

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

produção, exploração e manutenção da renda e do patrimônio. (...) O princípio da capacidade econômica, do ponto de vista objetivo, obriga o legislador a autorizar todas as despesas operacionais e financeiras necessárias à produção da renda e à conservação do patrimônio, afetado à exploração. (...) Do ponto de vista subjetivo, a capacidade econômica somente se inicia após a dedução das despesas necessárias para a manutenção de uma existência digna para o contribuinte e sua família.

Assim, o conceito de capacidade contributiva surge quando se preserva o mínimo existencial individual e familiar no caso de pessoas físicas e quando se descontam os gastos e passivos capazes de influenciar na situação econômica do contribuinte no caso de pessoas jurídicas.

Para melhor exemplificar o objeto de estudo, podemos citar como exemplo o imposto de renda, no qual há um limite de rendimentos mínimos que se entende o mínimo vital e necessário para a sobrevivência da pessoa humana, de forma que apenas ultrapassados estes rendimentos é que incidirá a tributação.

Os princípios previstos no § 1º, do art. 145 da Constituição Federal, que seriam o “princípio da personalização dos impostos graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”, representam um ideal da justiça tributária; porém se faz necessário que a legislação tributária observe o princípio da capacidade contributiva em relação a cada imposto e a cada contribuinte, respeitando o mínimo existencial.

Considerando-se que os Estados, Municípios e União recebem impostos pagos pelo contribuinte, que há vasta diversidade de impostos, que há elevado desnível social, econômico e cultural em diversas regiões do país, se torna quase

impossível tributar considerando-se a capacidade contributiva de cada contribuinte e havendo violação a capacidade contributiva, caberá ao judiciário resolver a questão, sempre em respeito a capacidade contributiva, ao mínimo existencial, ao Código Tributário Nacional e às normas constitucionais.

Desta forma, o princípio da capacidade contributiva gera direito subjetivo para o contribuinte, cuja inobservância permite seu ingresso no judiciário, de modo que ocorrendo a violação deste princípio, cabe ao contribuinte propor ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária e mandado de segurança, quando o caso não depender dilação probatória. E, hipótese de inação do legislador, além de ação de inconstitucionalidade, a utilização de mandado de injunção.

Roque Carrazza (2001, p.522), se posiciona acerca do princípio da capacidade contributiva, trazendo respaldo ao mínimo existencial em prol de ideais republicanos.

(...) hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que, em termos econômicos, quem tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos do que tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais impostos do que tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública.

Isto se dá porque os que possuem menos devem ser beneficiados pelo Estado através de maior aplicação dos recursos, em face do art. 1º da CF/88, pois os recursos devem ser distribuídos de acordo com a menor capacidade contributiva do

indivíduo, tendo em vista os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos exatos termos do art. 3º da Constituição.

4 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E ANÁLISE DE CASOS

A justiça tributária se funda na virtude da justiça, proporcionando ao contribuinte a viver como cidadão na luta por uma ordem tributária socialmente justa e a ética tributária é o comportamento conforme a justiça tributária. Assim, direito tributário e justiça tributária se divergem, uma vez que a justiça tributária trata das normas jurídicas, enquanto que a ética tributária se volta para as qualidades do espírito humano, mas mesmo assim a justiça tributária e a ética tributária se relacionam entre si, uma vez que juntas concretizam uma justa tributação em prol do bem estar social dos cidadãos.

Para se obter a justiça fiscal, mister a observação das diferenças existentes entre os contribuintes, devendo cada um arcar com o ônus tributário de acordo com as suas condições econômicas, impedindo desta forma que sejam tributados os indivíduos que percebem o suficiente à sua subsistência, até porque o mínimo existencial deve ser observado.

Marialva de Castro Calabrigh Schlucking defende que no caso da proteção do mínimo imune, a supremacia do interesse público sobre o particular não pode prevalecer (SCHLUCKING, p. 106).

[...] a referida proteção decorre do reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, da importância da dignidade humana, que, no caso brasileiro, constitui fundamento da República (art. 1, III da CF/88). *Res pública* é coisa pública, é o poder que emana do povo para o povo. O interesse é público e não do Estado, que, por

consequente, não pode jamais perder de vista que o homem, em razão da sua dignidade, constitui o *fim* e não o *meio*. O cidadão paga o tributo com a finalidade de contribuir para que o Estado realize a sua finalidade de promover o cidadão.

Assim, como o interesse é público e não do povo, se deve primar o bem social e o mínimo vital a sobrevivência, sob pena de violação à dignidade humana, com o que poderia causar dano irreparável ao contribuinte que não possui sequer o mínimo necessário à sua sobrevivência.

Já a tributação pessoal e progressiva é moral e politicamente sustentável, pois nada mais justo que indivíduos politicamente organizados em sentido desigual do ponto de vista econômico, paguem impostos na medida de suas capacidades contributivas e neste sentido é o entendimento do STF, através do julgamento realizado pelo Min Roberto Barroso, no ARE 966484 AgR.¹⁰

Gise-se que a questão do mínimo existencial é de tamanha importância que inclusive em execuções fiscais os

¹⁰ Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IMPOSTO DE RENDA. MAJORAÇÃO DO TRIBUTO. CARÁTER PROTETÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA. 1. O acórdão recorrido está alinhado com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a correção da tabela progressiva do Imposto de Renda não afronta os princípios da proibição do confisco ou da capacidade contributiva, bem como que não cabe ao Poder Judiciário autorizar a correção monetária da tabela progressiva do Imposto de Renda. 2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. (ARE 966484 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 19-09-2016 PUBLIC 20-09-2016). (o griso é nosso).

tribunais têm analisado a questão do mínimo vital para que não haja afronta à dignidade humana, como ocorreu no julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4 Região, no AI: 50141855220134040000 - 5014185-52.2013.404.0000,¹¹ tendo como Relator Des. Jorge Antônio Maurique.

A Constituição nos deu direitos e deveres, garantias e sacrifícios para que haja uma coletividade feliz, pautada numa base de justiça, honradez e a certeza de um retorno eficiente na redistribuição da renda, proporcionando saúde, educação e justiça

¹¹ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. LIBERAÇÃO DO GRAVAME. PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA X ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA. MÍNIMO EXISTENCIAL. NÚCLEO ESSENCIAL. 1. A colisão entre princípios constitucionais conflitantes deve ser dirimida pelo princípio da ponderação. 2. De acordo com a doutrina mais balizada, o princípio da ponderação é subdividido em três outros subprincípios, quais sejam: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. 3. Os valores de ordem econômica não são postos como absolutos que sobressaiam à efetivação dos direitos sociais cujo propósito consiste na concretização dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. 4. Com efeito, na ponderação dos valores, deve prevalecer a saúde do recorrente em detrimento da arrecadação por parte do fisco, até porque a arrecadação com os bens gravados seria mínima. De outro norte, no caso da impossibilidade do tratamento de saúde adequado, poderá extirpar-se o mínimo existencial no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana relacionado à saúde. 5. Em razão da imposição constitucional, assim como, dos Direitos Humanos e considerando o núcleo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais e o mínimo existencial, relacionado ao grave problema de saúde do recorrente, não há como se aceitar no presente caso a impossibilidade da liberação do gravame dos bens penhorados, uma vez que o recorrente depende da sua alienação para sua sobrevivência com um mínimo vital para o desenvolvimento de suas capacidades básicas. Precedente desta Turma. (TRF-4 - AI: 50141855220134040000 5014185-52.2013.404.0000, Relator: JORGE ANTONIO MAURIQUE, Data de Julgamento: 31/07/2013, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 02/08/2013).

para todos, o que deve ser seguido por todos, inclusive pelos julgadores para que se mantenha a estabilidade social.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Capacidade Contributiva é peça fundamental do Estado Democrático de Direito e necessário ao exercício da igualdade no Direito Tributário, pois é através dele que se busca uma tributação mais igualitária e justa; impondo o ônus da tributação com respeito aos limites da capacidade contributiva do contribuinte, afim de que este não sofra prejuízo em sua vital sobrevivência, de forma que mais justo do que impor uma tributação maior àqueles que têm mais condições de contribuir, respeitando, também, os limites destes, sem inviabilizar a atividade econômica de ninguém.

Desta forma, para que haja uma justa tributação, deve-se ter presente a capacidade contributiva e ao mesmo tempo o mínimo existencial, cabendo ao Poder Judiciário, o dever de rechaçar práticas abusivas dos Entes Federados competentes para instituir a referida tributação, enquanto poder de controle de constitucionalidade das leis e da legalidade dos atos administrativos.

O Estado necessita de uma prestação positiva para que possa realizar o bem social, mas esta não pode se opor ao bem individual do contribuinte, sob pena de tornar inócua a prestação estatal, uma vez que não há razão para se exigir uma prestação positiva de quem não possui recursos, para posteriormente utilizar estes mesmos recursos em prol do bem social, razão pela qual a capacidade contributiva e o mínimo vital devem sempre estar presentes, pois apenas assim não haverá violação da dignidade humana e o estado poderá realizar um trabalho efetivo e em proveito do bem comum.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BALEEIRO, Aliomar. Limitações ao Poder de Tributar, atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais – O Princípio da Dignidade Humana. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CONTI, José Mauricio. Princípios Tributários da Capacidade Contributiva e da Progressividade. 1 ed.. São Paulo: Dialética, 1997.

COSTA, Regina Helena. Princípio da Capacidade Contributiva. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUTRA, Micaela Dominguez. Capacidade Contributiva: análise dos direitos humanos e fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Capacidade contributiva: conteúdo e Eficácia do Princípio. 1 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.

SCHLUCKING, Marialva de Castro Calabrich. A proteção constitucional do mínimo imune. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.3.

ZILVETI, Fernando Aurélio. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. 1 Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Sites

Acesso em 18/12/2016: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/345941075/recurso-extraordinario-com-agravo-are-966484-sp-sao-paulo-0020900-4520104036301>

Acesso em 18/12/2016: <http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112405912/agravo-legal-cm-agravo-de-instrumento-ai-50141855220134040000-5014185-522013>

Acesso em 18/12/2016: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acesso em 18/12/2016: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm

Acesso em 05/01/2017: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DE UNA ACCIÓN DECLARATIVA DE CONDENACIÓN BAJO FORMA DEL PROCESO SUMARIO

David Chingui Chissevo¹

1 INTRODUCCIÓN

La justicia, el fin último del derecho, sólo es posible su alcance a través de una buena administración de aquella por medio de los órganos esenciales como por ejemplo los el ministerio público, donde tenemos los procuradores o promotores, con funciones de fiscales de la legalidad, los abogados y finalmente los judiciales, o sea, los tribunales. Esos últimos no pueden existir sin la persona del juez, que asegura la aplicabilidad de las leyes, por medio de su interpretación. Todos ellos asegurados en las constituciones de los estados, sobre todo en aquellos en que el estado es de derecho y democrático. Algunas literaturas tienen considerado la figura del juez como la boca de la ley.

No siendo una tarea sencilla, se requiera para desencadenar sus actividades una preparación competente, tornando razonable su ejercicio y con ello la administración de la justicia que se pretende alcanzar al viene del aseguramientos de los derechos de los ciudadanos y garantizar entonces la justicia social.

¹ Graduado en derecho, por la Universidad Lusíada de Angola, Pólo de Benguela, Abogado, Especialista en Docencia Universitária, Mestrando en Docencia Universitária, en la Facultad Regional de Buenos Aires, de la Universidad Tecnológica Nacional, Alumno Regular de los Cursos válidos para el Doctorado en Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires (UBA).

Así que vamos analizar un fallo que recayó sobre una acción declarativa de condenación bajo forma del proceso sumario (ya que el valor de la “alzada” no ultrapasa el valor fijado por el tribunal provincial, o sea, de 1ª Instancia, como consta en el artículo 462, del código procesal civil angoleño. Donde

1. Se o valor da causa exceder a alçada do tribunal provincial emprega-se o processo ordinário, se a não exceder, emprega-se o processo sumário, excepto se não ultrapasar o valor fixado para a alçada do tribunal municipal e a acção se destinar ao cumprimento de obrigações pecuniárias, a indemnização por dano e a entrega de coisas móveis, porque, nestes casos, não havendo procedimento especial, o processo adequado é o sumaríssimo.

Constante del capítulo VIII, bajo la epígrafe “*Das formas de processo*”, de la misma legislación, desde el ordenamiento jurídico angoleño. Cabiendo para el caso en concreto en una acción declarativa de condenación bajo la forma del proceso sumario, ya que el valor de la causa no ultrapasa el valor fijado para el “*alzada*”² *del tribunal provincial, o sea, de primera instancia.*

Resultará también el abordaje de la acción o demanda propuesta, su objeto, los hechos que el demandante presenta como base para sustentar su pedido, el derecho invocado, la prueba presentada y el petitorio del mismo. Solo así, que entendemos ser posible la continuación adelante con las compresiones que se imponen para la conclusión de nuestro tema.

² El valor límite de la Acción dentro del cual un Tribunal juzga la causa sin posibilidad de recurso ordinario de la su decisión. Derecho Procesal Civil Declarativo – La Práctica de la Teoría, Ediciones Almedina-2008, Coimbra Portugal.

Pero todo esto a la luz no solamente de las leyes angoleñas, sino también de la doctrina, jurisprudencia y de los conocimientos doctrinarios aprendidos en los seminarios de los cursos para el doctorado en derecho civil sobre todo en la disciplina de obligaciones.

El mismo ejercicio será hecho en relación la decisión que recayó del proceso, para nos brindar mayor percepción, siempre buscando mejores encuadramientos posibles en las leyes que sirven de bases de cualquier abordaje de naturaleza jurídica.

Para tanto movilizamos como también tuvimos la ocasión de decir anteriormente la legislación no sólo del ordenamiento jurídico en estudio, como también argentino, que tiene una particularidad muy especial, ya que de éste se retira mayor profundización del tema y aun porque en este se desarrolla las clases del doctorado y en algunos casos portugués, para tornar más claro y objetivo nuestro estudio, pero por una razón mucho simples, la mayoría de las normas civiles sobre todo del código civil angoleño, representa case una herencia del antiguo código civil portugués En algunos casos aun haremos la transcripción de los elementos de datos donde nos apoyaremos, para llevarse la mejor comprensión de la análisis a que nos proponemos.

2 LA DEMANDA: Acción Declarativa de Condenación bajo Forma del Proceso Sumario

M^{me}. Señor

Juez de Derecho del Tribunal

Provincial del Lobito-Sala del Civil

Y Administrativo

Lobito

..., Soltero, con domicilio real en el Barrio ..., Ciudad del Lobito, casa s/nº, pudiendo ser contactado a través de los Teléfonos
o del su Abogado

Viene Demandar y Hacer seguir

I – OBJETO

Acción Declarativa de Condenación bajo Forma del Proceso Sumario

Contra:

..., Soltero, con domicilio real en el Barrio ..., Ciudad del Lobito, casa s/nº, pudiendo ser contactado a través de los Teléfonos
o

Contra quien se cierne la obligación civil restituir el montón monetario, resultante del incumplimiento de un contrato de Prestación de Servicio.

II – HECHOS

1º - El demandante asume la posición de acreedor en un contrato celebrado con el presente demandado;

2º - El demandado asumió la misma obligación cuando prometió al demandante, tratar la documentación para legalización de un espacio ocupado por el demandante para construcción de una casa;

3º - El demandado después de evaluar los costos de toda documentación del proceso de legalización del espacio en 2º, lo calculó en un montón de 650.000,00 AKZ³ (*Seiscientos y Cincuenta Mil Kwanzas*);

³ Denominación de la moneda en curso en la Republica de Angola.

4° - Valor que el demandante entregó;

Pero,

5° - Desde la entrega del valor en 3° por el demandante, hasta la presente data nada en concreto fue hecho;

6° - Ni siquiera el demandado tuvo la humildad de devolver el valor por él recibido para el tal propósito, consecuencia del incumplimiento en la presente Acción;

7° - Por esta razón, el demandante lo interpeló verbalmente por muchas veces con la última en 23 de Septiembre de 2013;

8° - Fecha en que el demandado reconoció el incumplimiento y consecuentemente hacer la devolución, prescindiendo definitivamente del encargo al que se propusiera;

9° - Hecho no contestado por el demandante, produciéndose un acuerdo que culminó con la escrita de un documento particular de la cual consta la firma de las partes;

Fue así que,

10° - El demandado por falta de capacidad financiera prometió hacer la devolución en prestaciones, con la primera efectuada en 23 de julio de 2013, en el valor de 150.000,00 AKZ;

11° - Acto que el Demandante no la contestó siquiera;

12° - Siendo la última prestación hecha por el demandado en única vez, estando los plazos completamente vencidos desde el día 23 de Agosto de 2013;

13° - También no hubo en la parte del demandado un señal de compromiso y voluntad en el cumplimiento de la obligación;

14º- Sin otra alternativa, asiste al demandante la exigencia de todas las prestaciones en cuanto acreedor, por medio de esta Acción Declarativa de Condenación, junto del Órgano Competente;

III.DERECHO

15º - El derecho que asiste el demandante se funda en los artículos 1º “Al nadie es lícito el recurso la fuerza con el fin de realizar o asegurar el propio derecho, salvo en los casos y dentro de los límites declarados en la ley”., 4º, nº 2 b), “Las Acciones de Condenación, sirven para exigir la prestación de una cosa o de un hecho, presuponiendo o prevenir la violación de un derecho”. del código procesal civil angoleño (CPC).

Así como los artículos 397, del Código Civil Angoleño (CC), donde “*Obligación es el vínculo jurídico en virtud de la cual una persona queda obligada para con otra la realización de una prestación*”. Este que por su vez tiene mejor Definición en CCyC de la Nación, en artículo 724, que para nuestra reflexión resulta importante. Definiendo “*La obligación como una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés*”.

Los conceptos antedichos resultan legales. Pero en la misma perspectiva, es también oportuno traer la posición de la doctrina en relación al punto que estamos presentando. Y para esta destacamos

Carlos A. Ghersi⁴, que considera el cumplimiento como un efecto de la obligación. Cuyo el razonamiento asienta en una análisis relacional, surgido de la diferencia entre lo programado y lo acaecido. Donde para mejor esclarecimiento, lo hace con un ejemplo: “en vez de entregarse una máquina de coser Carla 2000 se entregó un modelo Carla 1000” (Carlos A. Ghersi, 2015:301).

Los artículos 373, del código civil angoleño, cuya epígrafe es la firma, en la sección III, de documentos particulares. En la cual tenemos en su n° “1. *Los documentos particulares deben ser firmados por su autor, o por tercero a su rogo, se el rogante no saber o poder firmar*”.

Bien como el artículo 374, del mismo código, en su n° 1. “La letra y la firma, o solo la firma, de un documento particular se consideran verdaderas, cuando reconocidas o no impugnadas, por la parte contra quien el documento es presentado, o cuando esta declare no saber se lo pertenecen, aunque lo sean atribuidas, o cuando sean consideradas legales o judicialmente como verdaderas”.

IV – COMPETENCIA

Para el caso concreto cuanto la entablación de la presente demanda, no hay dudas de que esta debe ser hecha en el Tribunal del lugar en que, o convención escrita, la respectiva obligación debía ser cumplida, en los términos del artículo 74, n° 1. “*La Acción destinada al exigir el cumplimiento de una obligación o indemnización por no cumplimiento será propuesta en el tribunal del lugar en que, por la ley o convención escrita, la*

⁴ Carlos A. Ghersi, Manual de Obligaciones Civiles, Comerciales y de Consumo, 2ª Edición-2015, Thomson Reuters- Laley, Buenos Aires, Argentina.

respectiva obligación debía ser cumplida". Sin descartar la regla general en artículo 85, también del código procesal civil angoleño, en su n° 1. *"En todos los casos no previstos en los artículos anteriores o en disposiciones especiales es competente para la demanda el tribunal del domicilio del demandado"*.

V – LEGITIMACIÓN ACTIVA

El demandante resulta ser la persona habilitada por ley, para ejercer el derecho de la acción, por cuanto asume la posición de acreedor.

PASIVA

El demandado resulta ser la persona que ocupa en este acción la posición de deudor.

VI – PRUEBA

DOCUMENTAL

Documento particular, de fecha de 23 de junio de 2013, firmado por la persona del deudor.

VII – PETITORIO

1. Termos en que debe la presente acción ser juzgada procedente por probada, y el demandado ser condenado a pagar al demandante el monto de 750.000,00 AKZ (Setecientos y Cincuenta Mil Kwanzas), acrecidos de juros futuros desde la citación hasta el pagamiento global de la obligación.

2. Condenarlo también en el pagamiento de las Custas Judiciales y en todas despensas con la demanda.

VIII – VALOR DEL ACCIÓN

Setecientos y Cincuenta Kwanzas (750.000,00 AKZ).

Lobito, 18 de Marzo de 2014

El Abogado

...

(Cédula n°. ...)

3 ANÁLISIS DE LOS HECHOS DE LA DEMANDA Y SU REMISIÓN AL DERECHO

Una vez presentada los hechos de la demanda objeto del análisis y antes de continuar con la transcripción de la sentencia y las normas que fueran la base de la argumentación del Tribunal por medio del Juez como es obvio, urge la necesidad de conceptualizar la palabra Documento. Que de acuerdo al criterio de Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago⁵, *no es más sino la reproducción material de un acontecimiento, utilizando para ello distintos tipos de bases o soportes.*

Para nuestro interés también resulta relevante la definición del instrumento privado, cuyo el mismo autor (Cobas y Zago, 2007:402), *lo presentan como el documento escrito, emanado de una persona, bajo su firma, y que contiene su declaración de voluntad*⁶.

⁵ En Derecho Civil – Parte General, 1ª Edición-2007, Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina.

⁶ Leiva Fernandez, Luis F. P.: *Hacia una nueva concepción...cit.*, 944: “Los instrumentos en el Código de Vélez, conforme a la realidad de su época, están caracterizados por la doctrina y, a partir de la influencia del Código Civil Francés, como documentos con soporte en papel, que por pertenecer a la especie instrumental transmiten las ideas por escrito y, en cuanto instrumento privado, conforme al art. 1012 del Cód. Civil, requieren la firma”.

También en mismo sentido Jorge Oscar Rossi⁷, *define el instrumento privado como todo escrito que da constancia de un hecho o un acto con consecuencias jurídicas que ha sido firmado por particulares sin intervención de un funcionario público competente y que no tiene otro requisito que la firma.*

(Cobas y Zago) Destacan en este sentido adelante que diferente del instrumento público, este no requiere para su otorgamiento la intervención de ningún oficial o escribano público.

Señala en misma línea de pensamiento la importancia que tiene los instrumentos privados a través de sus características (la dispensa del escribano público u oficial), en el tráfico jurídico, dada fundamentalmente por su uso habitual y su practicidad para instrumentar en cualquier momento y lugar todo tipo de actos jurídicos, sin importar cual sea su transcendencia económica.

Así que el autor aconseja para que no se debería olvidarse tampoco el importante rol que juegan los instrumentos privados en materia probatoria, teniendo en cuenta la limitación testimonial establecida por el artículo 1193, del Código Civil derogado de Vélez. Que dice el siguiente: *“Los contratos que tengan por objeto una cantidad de más de diez mil, deben hacerse por escrito y no pueden ser probados por testigos”.*

4 REQUISITO DE LA VALIDEZ DEL INSTRUMENTO PRIVADO

En este aspecto hay que decir primeramente, que el instrumento privado requiere sin dudas la firma del o de sus otorgantes, así como lo exige el artículo 373, n° 1, del Código Civil Angoleño con la epígrafe “Asignatura” (firma), donde *“Los*

⁷ En Contratos Paso a Paso, 1ª Edición-2008, Editora Ediciones D&D, Buenos Aires, Argentina

documentos privados deben ser firmados por su otorgante, o por tercero a su ruego, se el rogador no saber o no poder firmar". El texto del presente artículo encuentra su espíritu de la letra en otro del Código Civil de Vélez 1012, en la cual *"La firma de las partes es una condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada. Esta no puede ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos"*. Mientras el artículo expreso consigna la expresión "partes", la doctrina y con ella concuerda (Manuel O. Cobas y Jorge A. Zago 2007:403), prefiere la palabra otorgantes, puede no ser la parte quien concurra a suscribir el instrumento privado, sino su representante o mandatario.

Otro requisito de validez a tener en consideración es que los actos deben ser perfectamente bilaterales que el instrumento privado se otorgue en tantos ejemplares como partes – no como personas – concurren al acto, según lo dispone el artículo 1021 del Código Civil Argentino. Aunque ésta según parte del requisito en análisis, no constituye un requisito absoluto, como es la firma.

Profundizando la perspectiva de Rossi (2008:142), presenta una distinción muy clara entre el documento, el soporte del documento y lo documentado.

Para este autor el documento – es la exteriorización del hecho o acto jurídico documentado. El documento no es el contrato, sino su representación, por dar un ejemplo.

El soporte a su vez – será considerado el medio físico que contenga al documento.

Después del análisis hecha sobre los documentos y porque un de ellos sino mismo lo principal presentado en los hechos sometidos en apreciación del Tribunal, fue el instrumento

privado, tenemos ahora las condiciones creadas para primeramente hacer la descripción de la sentencia. Ésta que acaeció sobre la demanda.

Es la Sentencia:

y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Mismo los hechos que el demandante lleva al Tribunal, no pueden ser subsumidos en la ley a las normas del mutuo. Porque no hubo entre las partes (demandante demandado) alguna cosa que se parece con el préstamo.

Volviendo para nuestro análisis de los puntos que deben ser considerados en el abordaje de un instrumento particular, hay que destacar el carácter de la firma. O sea, ésta es la condición esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada⁸.

La misma idea es asumida por el Código Civil Angoleño, en el artículo 373, n° 1, en donde “*Los instrumentos particulares deben ser firmados por su autor, o por el tercero a su rogo, si el otorgante no supiera o no puede hacerlo*”.

Aun hay que tener en cuenta, según (Rossi, 2008), los seis (6) condiciones para que la firma manuscrita tenga validez:

- 1.El documento debe escribirse con tinta indeleble y en soporte papel absolvente, tal que una enmienda o raspadura que altere la información escrita sea visible y evidente;
- 2.El documento debe poseer márgenes razonables que contengan los renglones

⁸ JORGE OSCAR ROSSI, Contratos Paso a Paso, Ediciones D&D, 1ª Edición-2008, Buenos Aires, Argentina, Pág.142.

escritos, por lo que cualquier escritura adicional sea visible y evidente;

- 3.La firma manuscrita se debe colocar delimitando la información escrita, tal que no sea posible agregar texto escrito excepto a continuación de la firma manuscrita;
- 4.El firmante debe utilizar siempre la misma o similar firma manuscrita para firmar los documentos de su autoría;
- 5.La firma manuscrita debe ser suficientemente compleja para que su falsificación no sea trivial;
- 6.Existan peritos caligráficos que pueden detectar las falsificaciones con un razonable grado de certeza.

Así que al nuestro ver la decisión tomada en función de los hechos llevados para el tribunal y subsumidos en la ley por el órgano competente deberían ser atacados por la interposición de un recurso al tribunal superior (*ad quem*), esto porque el Juez no realizó la aplicación conveniente de la ley para la realización de la justicia.

Para nosotros la justicia solo tenía lugar cuando el demandante lograrse en su pedido con fundamentos en todas las leyes mencionadas al longo de la abordaje del nuestro trabajo y toda la doctrina dicha, asegurando la sustentación hecha.

Por lo tanto no sería mal se los abogados del demandante tuviesen apelado para hacer "*vincar*" su derecho. Pero no fue posible en ordenamiento jurídico donde tomamos el caso de estudio por razones del valor de la demanda no permitir el recurso, o más concretamente la apelación al tribunal superior.

De ahí el mayor interés en traer la cuestión en la apreciación de las lides académicas en este nivel. Abierto por lo tanto a todas las observaciones posibles, mucho especialmente a nuestro Titular de la Disciplina en el Curso de Doctorado, después a los colegas y toda comunidad académica de nuestra renombrada casa de saber, la Universidad de Buenos Aires, *donde el corazón del enseñanza de la ciencia jurídica asienta en la dignidad de la persona humana y fraternidad entre los pueblos, valorado en respecto por la diferencia entre los pueblos*, particularmente en la Facultad de Derecho⁹, en su Departamento de Posgrado.

5 CONSIDERACIONES FINALES

A conclusión, es menester y consabido que el derecho tiene como su meta el alcance de la justicia, a través de los órganos que lo administran, por lo tanto los tribunales. Ellos no lo hacen sin la existencia de los Jueces. Cuya tarea principal es sin dudas administrarla en nombre del pueblo.

De ahí que esta profesión requiere a los magistrados una preparación competente no sólo desde el punto de vista profesional como también moral. O sea, ante de un Juez como tal para esta dimensión, se precisa un hombre, bueno ciudadano. Mientras se reconozca que en su ejercicio, esos deben hacerlo en obediencia a la ley y su consciencia.

Pero se impone esa dualidad de criterios por causa de la relación existente entre la moral y derecho. Siendo la misma relevante en la materia de la definición del derecho, como ciertos autores así defienden. Proporcionando entonces la milenaria discusión ius filosófica entre el iusnaturalismo y el positivismo

⁹ Ricardo Rabinovich, en una entrevista al observatório feminino del Brasil.

jurídico, que sin cualquiera duda son la piedra de toque en el concepto del derecho.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA que acaeció en la Demanda dicha, así como su encuadramiento con la doctrina y leyes del ordenamiento jurídico Angoleño, Argentino y Portugués.

AONTÓNIO VICENTE MARQUES, Código Procesal Civil Angoleño, Polis Editores-2008, 1ª Edición, Luanda, Angola.

CARLOS GHERSI A., Manual de Obligaciones Civiles, Comerciales y de Consumo, Editora LA LEY, 2ª Edición-2015, Buenos Aires, Argentina.

CÓDIGO CIVIL ANGOLEÑO, Sem tir-te Nem Guar-te, 2ª Edición-2005, Luanda, Angola.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Editora ASTREA-2015, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina.

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, Editora ERREIUS-2015, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina.

DEMANDA de una Acción Declarativa de Condenación bajo Forma del Proceso Sumario, Remetido en el Tribunal de 1ª Instancia, en el Ordenamiento jurídico Angoleño.

DICCIONARIO REAL ACADEMIA, En www.rae.es.

ELIZABETH FERNANDEZ, MARCO CARVALHO GONÇALVES, Derecho Procesal Civil Declarativo, la Práctica de la Teoría, Ediciones Almedina-2008, Coimbra, Portugal.

JORGE OECAR ROSSI, Contratos Paso a Paso, Ediciones D&D-2008, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina.

MANUEL O. COBAS Y JORGE A. ZAGO, Derecho Civil Parte General, Editorial Universidad-2007, 1ª Edición, Buenos Aires, Argentina.

MARIANO C. OTERO, Demandas Civiles del Nuevo Código Civil y Comercial, Editorial Estudio-2016, 2ª Edición, Buenos Aires, Argentina.

OCÉANO BÁSICO, Diccionario Español- Portugués, Español.

A DISCRIMINAÇÃO DA MULHER GESTANTE IMPOSTA PELA LEI 11.770/2008: Uma violação ao princípio da igualdade

Fabíola Aparecida Delben Costa¹

1 INTRODUÇÃO

É inegável que os direitos humanos devem prevalecer sempre, principalmente sobre os interesses econômicos que regem o Estado. A previsão da igualdade nos ordenamentos jurídicos modernos forma a base sobre a qual será possível construir uma sociedade justa e solidária, especialmente para as mulheres que passaram por diversos momentos de luta pelo reconhecimento de seus direitos. Ao lado do princípio da igualdade, uma das grandes conquistas para o mundo feminino é a licença maternidade, pois esse direito possibilita que a mulher possa exercer a sua maternidade sem ter que abdicar da sua vida profissional. Contudo, embora seja um benefício bem visto pela sociedade, o ordenamento pátrio, após a edição da Lei nº 11.770/2008, criou certo “desconforto” ao prever a prorrogação desse direito apenas para certas categorias de gestantes, utilizando como parâmetro o regime tributário das empresas potencialmente aptas a aderir ao benefício.

2 DIREITOS HUMANOS

Partindo-se da análise da terminologia direitos humanos, nota-se que é possível delimitá-la pelo simples exame de seu

¹ Advogada, professora do UniSalesiano- Araçatuba, membro do Comitê de Ética em Pesquisa.

significado, de forma que a expressão pode ser entendida como a categoria de prerrogativas essenciais da pessoa em sentido amplo, ainda que não positivadas em algum ordenamento jurídico.

Para complementar o sentido de direitos humanos, Fábio Konder Comparato (2010, p.70) define: “[...] *trata-se de algo que é inerente à própria condição humana, sem ligação com particularidades determinadas de indivíduos ou grupos*”.

Nota-se então que o fundamento principal dos direitos humanos é, unicamente, a existência do homem, considerado em si mesmo, sem necessidade de qualquer concretização, uma vez que, os direitos humanos, são próprios de todos os homens.

Assim, neste mesmo sentido, cabe trazer a conceituação do doutrinador Ingo W. Sarlet (2010), ao dizer que no plano internacional, os direitos humanos, tal qual tratados nos principais documentos de proteção referem-se a segurança pessoal dos indivíduos.

Diferentemente dos demais direitos, que só existem e são reconhecidos em função das particularidades individuais de cada ser humano como sujeito de direitos, os direitos humanos são, pela sua própria natureza, universais e não localizados.

Todavia, conceituar direitos humanos não é tão simples, Norberto Bobbio (2006) ensina que não há uma conceituação, nem tampouco, um fundamento absoluto para definir os direitos do homem, vez que diante de inúmeras indagações, o intérprete buscará avaliar o conceito de direitos do homem conforme a ideologia que assumir.

Portanto, os direitos humanos constituem classe variável, uma vez que fundamentados no homem, que é a razão de sua existência e modificáveis conforme a evolução histórica do ser humano.

As primeiras regras de direitos remonta aos primórdios da existência de vida no planeta, pois havia pluralidade de indivíduos, ainda que em pequenos grupos, onde se observava conflitos de interesses e a imposição da vontade de um indivíduo sobre os demais.

O processo histórico da evolução dos direitos humanos constitui-se em um processo gradativo, derivado das mudanças ocorridas ao longo dos anos, em que a sociedade se modificou e evoluiu em decorrência das diversas lutas e revoluções por direitos vivificadas pelos diferentes povos.

O momento histórico de surgimento dos direitos humanos funde-se com o surgimento do próprio direito, desde os primórdios da terra. Alguns autores consideram o marco do surgimento dos direitos humanos a criação das instituições democráticas em Atenas, na Grécia, onde a população começou a participar de forma ativa dos governos locais, outros doutrinadores, por sua vez, trazem como ponto inicial desses direitos a República Romana, na Idade Antiga.

Diante da grande dificuldade de um marco definitivo para o surgimento dos direitos humanos, este trabalho se pautará nos direitos reconhecidos a partir da Magna Carta de 1215, onde na Inglaterra, o rei denominado João Sem Terra reinava absoluto, tendo como características a opressão dos súditos, cobrança de pesados impostos, detenções arbitrárias, dentre outros desmandos reais, o que insuflou na nobreza grande revolta, que juntamente com o Clero, obrigou o rei a firmar em 15 de junho de 1215 a *Magna Charta Libertatum*, documento este que pode ser interpretado como o esboço de uma primeira Constituição escrita.

Todavia, a Magna Carta não valia para todos, como bem ensina Fábio Konder Comparato (2010, p. 58):

No embrião dos direitos humanos, portanto, despontou antes de tudo o valor da liberdade. Não, porém, a liberdade geral em benefício de todos, sem distinções de condição social, o que viria a ser declarado ao final do século XVIII, mas sim liberdades específicas, em favor, principalmente, dos estamentos superiores da sociedade – o clero e a nobreza – , com algumas concessões em benefício do “Terceiro Estado”, o povo.

Pelo fato de os direitos consagrados serem somente estamentais, não aproveitava a burguesia surgida na Inglaterra.

A universalização dos direitos humanos só surge a partir do artigo 1º da Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 16 de junho de 1776, o qual proclama os direitos à vida, a liberdade, a propriedade e direitos políticos.

Conjuntamente com aquela, em 04 de julho de 1776 é proclamada a Declaração de Independência dos Estados Unidos, que coloca a “busca da felicidade” como a razão de ser dos seres humanos, como se pode notar do item I da própria declaração:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.(DECLARAÇÃO, 2013)

Tais documentos são de suma importância, no entanto, as declarações estadunidenses asseguram o direito de igualdade somente entre homens livres.

Treze anos depois, em 26 de agosto de 1789 foi proclamada pela Assembleia Nacional Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, fruto da Revolução Francesa. Essa declaração, diferentemente das declarações estadunidenses, teve a pretensão de universalizar os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, tendo sido alcançado somente os dois primeiros, faltando o reconhecimento da fraternidade, logrado somente pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, conforme assevera Norberto Bobbio (2006, p. 89 - 94):

[...] na Declaração de 1789, não aparece entre as metas a alcançar a felicidade” (a expressão felicidade de todos aparece apenas no preâmbulo) e, por conseguinte, essa não é mais uma palavra-chave desse documento, como era o caso, ao contrário, nas cartas americanas, a começar pela da Virginia (1776), conhecida dos constituintes franceses, onde alguns direitos inerent (traduzido, de modo um pouco forçado, como “inata”) são protegidos porque permite a busca da “felicidade” e da “segurança”.

A declaração francesa buscou retirar prestígios da nobreza, passando-os para a burguesia, portanto, não houve uma igualdade material de todos os indivíduos, vez que só poderiam usufruir do novo regime os cidadãos franceses do sexo masculino, da cor branca e proprietários de bens.

Diante de tamanha desigualdade nos sujeitos passivos dos direitos proclamados, o lema da igualdade acabou gerando crescente desigualdade econômica e social entre os indivíduos.

Contudo, a universalização dos direitos humanos só foi realmente alcançada com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Trata-se do documento mais importante sobre direitos

humanos já produzido, sendo considerado um marco na história dos direitos da pessoa humana.

Essa declaração estabelece um compromisso com os Estados, de que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos e são dotadas de razão. Nela estabelece ainda o espírito de fraternidade, buscado anteriormente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos visa toda pessoa humana, e não faz distinção entre os seres, garantindo iguais direitos para homens e mulheres, independente de origem, raça, cor ou qualquer outro tipo de discriminação.

Inegavelmente, a Declaração Universal de 1948 representa o reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade, bem como garante a liberdade tanto na dimensão política, quanto na individual.

Pode-se perceber ao longo da história dos direitos humanos que os mesmos não surgiram simultaneamente, pois evoluíram e continuam evoluindo conforme as demandas de cada época histórica da humanidade, em decorrência disto, estudiosos passaram a dividir os direitos em gerações ou dimensões, conforme a época do surgimento destes direitos.

Apesar da existência das divisões dos direitos por gerações, é importante salientar que os direitos não se sobrepõem, ou seja, ao surgir as próximas gerações de direitos não significa que a nova geração substituirá as anteriores, mas sim será um complemento destes direitos, surgidos em decorrência do seu surgimento na história.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 foi denominada como a Constituição Cidadã, pois é um texto amplo e pormenorizado no tocante aos direitos humanos, bem como consolida as liberdades fundamentais e institui o processo democrático no Brasil.

Os direitos fundamentais a partir desse momento histórico passam a ser elemento essencial a concretização do princípio democrático, como afirma Flávia Piovesan (2009, p. 26):

Desde o seu preâmbulo, a Carta de 1988 projeta a construção de um Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. [...]”.

O texto de 1988 é importante no aspecto de prever dois dos principais princípios basilares do Estado Democrático de Direito, princípio da dignidade da pessoa humana e o da isonomia.

Princípios são espécies de normas jurídicas e neles são estabelecidos critérios para otimizar as normas aplicáveis, estabelecendo fundamentos para um mandamento, possui alto grau de abstração e expressa um valor que é fundamental para uma determinada sociedade.

O princípio da igualdade encontra-se positivado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual prevê 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 igualdade, [...]”*.

O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2003), dispõe que ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela não de receber tratamento igualitário, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é defeso deferir disciplinas diversas para situação equivalentes.

Humberto Ávila (2006) afirma que a igualdade pode ser classificada como regra, pois proíbe o tratamento discriminatório, como princípio, tendo em vista que institui um estado igualitário a ser promovido e ainda pode funcionar como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos e da relação entre eles.

A doutrina busca uma classificação ainda para igualdade formal e igualdade material, conforme ensinamento de José Afonso da Silva (2005), a igualdade material decorre do postulado de que os homens nascem e permanecem iguais em direito, enquanto a igualdade formal vem no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente.

Toda lei deve observar o princípio da igualdade, de modo que, ao ser criada obedeça ao binômio fator de *discrimem* x finalidade da norma, conforme explicação de Celso Antonio Bandeira de Mello (2003, p. 23):

[...] a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar.

b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para assujeitá-las a regimes diferentes.

Importante ressaltar que o princípio da igualdade visa um duplo objetivo, propiciar a garantia individual contra perseguições e tolher favoritismos.

Nesse sentido, saliente-se o posicionamento de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2008, p. 115) acerca do princípio:

A uniformidade no direito não significa, todavia, que não haja distinções no tratamento jurídico. As distinções são, ao contrário, uma própria exigência da igualdade. Esta – como se sabe – consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desiguam. Tratar igualmente desiguais, ou desigualmente iguais, importaria em injustiça e em violação da própria igualdade. Dar ao menor o tratamento dado ao maior, e vice-versa, seria flagrante injustiça e desigualização, no fundo.

Assim, conclui-se que este é o mais amplo dos princípios constitucionais, e se violado, poderá abranger muitos outros princípios conjuntamente, já que a isonomia é um dos pilares da ordem constitucional pátria, devendo ser um princípio de plena eficácia.

4 O TRABALHO DA MULHER A E LICENÇA MATERNIDADE

Para abordar o surgimento e importância da licença maternidade no meio social, relevante se faz a análise do surgimento e desenvolvimento do trabalho feminino ao longo das civilizações e, ainda, a busca incansável das mulheres pela igualdade de gênero nas relações de trabalho por todo o mundo.

O primeiro relato acerca da divisão de tarefas entre os gêneros remonta dos primórdios da terra, nas populações primitivas aos homens cabia à tarefa de caça e pesca, enquanto à mulher era confiada a coleta dos frutos.

Na Grécia antiga, as mulheres eram responsáveis por tecer, moer o trigo e preparar a massa, porém, ainda que em minoria, passaram a exercer trabalho fora de sua casa, nas minas de prata e ferro. (BARROS, 2013).

Na Idade Média, porém, a sociedade era patriarcal, sendo que as mulheres deveriam desenvolver seus trabalhos no lar, competindo-lhes a agricultura. Nesse contexto, convém destacar o que traz Alice Monteiro de Barros (2009, p. 1084):

Na Idade Média, a agricultura continua a pesar sobre os ombros das mulheres, ao lado dos trabalhos de tapeçaria, ourivesaria e vestuário. Do século X ao XIV, as profissões comuns aos dois sexos se avolumaram, havendo mulheres escritãs, médicas e professoras e os salários, por sua vez, não se distanciavam tanto dos salários pagos aos homens.

Após a Revolução Industrial como as empresas perceberam a capacidade das mulheres para fazer serviços idênticos aos dos homens, e ainda, aceitação em receber salários inferiores aos pagos aos homens, começaram a dar preferência ao trabalho feminino, pois se sujeitavam ainda a trabalhar em jornadas ininterruptas de 14 a 16 horas por dia, em ambientes perigosos e insalubres, conforme assevera o renomado doutrinador Sérgio Pinto Martins (2007, p. 583): *“Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais a saúde e cumprindo obrigações além das que lhes eram possíveis, só para não perder o emprego”*.

Assim, a utilização em larga escala dessa mão de obra feminina fez com que surgissem as primeiras legislações visando proteger o trabalho da mulher, dentre os quais o direito de repouso não remunerado às mulheres grávidas e proibição de carregar objetos pesados (HOVARTH, 2004).

Assim, denotamos que, o trabalhado feminino foi adotado em larga escala a partir de meados de 1760, vindo a proteção à maternidade ser citada em norma legal pela primeira vez somente em 1892, mais de cem anos após a utilização da mão de obra barata da mulher, e ainda, sem qualquer remuneração no período destinado a licença.

No Brasil o processo sofreu esse mesmo impacto, pois ao estudar as legislações ao longo do tempo temos que, iniciando pela Constituição Federal de 1824, a mesma não se referiu a igualdade entre gêneros, nem mencionou a possibilidade da mulher trabalhar fora de seu lar. Na vigência do Império, a mulher era colocada em segundo plano, possuindo direitos somente na sucessão imperial.

A Constituição de 1891 foi omissa em relação a este tema, todavia, o Código Civil de 1916 que foi editado na vigência desta Carta Magna, estabeleceu diferenças às mulheres casadas, considerando-as para todos os fins como se relativamente incapazes fossem, devendo em tudo que fizerem ser assistidas por seus cônjuges.

Em decorrência disto, a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 446, faz presumir uma permissão ao trabalho da mulher casada, todavia, o pai ou marido poderiam a qualquer tempo e, independe da vontade da mulher, revogar seu contrato de trabalho, caso esse ocasionasse prejuízos familiares. Essas legislações vigoraram até 1962, quando a Lei nº 4.121

revogou o artigo do Código Civil e consequente, revogou tacitamente o artigo da legislação trabalhista.

A Constituição de 1934, entretanto, veio assegurar grandes direitos, como a igualdade de salários independentemente do sexo, bem como garantia assistência médica e sanitária a gestante. Conforme se vislumbra do disposto no artigo 121, parágrafos 1º, alínea “h” e parágrafo 3º, bem como o artigo 141 da mesma Carta Magna, dispõe da responsabilidade dos entes federativos para proteção da maternidade e da infância, *in verbis*:

Art. 121 [...]

h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurando a esta descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte;

[...]

§ 3º - Os serviços de amparo à maternidade e à infância, os referentes ao lar e ao trabalho feminino, assim como a fiscalização e a orientação respectivas, serão incumbidos de preferência a mulheres habilitadas.

A Carta Magna de 1934 foi a primeira Constituição a se preocupar em garantir direitos de proteção a maternidade a mulher e a criança, estabelecendo até mesmo, como transcrito acima, destinação orçamentária a fim de garantir seu pleno amparo.

Todas as constituições seguintes, sempre trouxeram em seu bojo, a proteção ao trabalho da mulher e a proteção à infância.

Atualmente, temos em vigência a Constituição de 1988, que além de assegurar direitos de proteção à maternidade e ao trabalho da mulher, busca ainda meios de torná-los efetivos.

Temos também na Consolidação das Leis do Trabalho de 1943, um capítulo intitulado da proteção ao trabalho da mulher, o qual visa garantir a igualdade do trabalho masculino e feminino, bem como explicita as garantias da proteção à maternidade, iniciando no artigo 372 e terminando no artigo 401 do diploma supra, dos quais se destacam, para fins deste trabalho:

Art. 373-A. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado:

[...]

II - recusar emprego, promoção ou motivar a dispensa do trabalho em razão de sexo, idade, cor, situação familiar ou estado de gravidez, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível;

[...]

Art. 391 - Não constitui justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher o fato de haver contraído matrimônio ou de encontrar-se em estado de gravidez.

Parágrafo único - Não serão permitidos em regulamentos de qualquer natureza contratos coletivos ou individuais de trabalho, restrições ao direito da mulher ao seu emprego, por motivo de casamento ou de gravidez.

Art. 392. A empregada gestante tem direito à licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário.

No que tange a proteção da maternidade, pode-se dizer que a mesma possui caráter social, visto que ao proteger a maternidade, resguarda não só a mãe e mulher, mas também a criança e dá força e segurança para a mulher, ao possibilitar que ela reproduza e continue a ter um emprego remunerado, permitindo a sua independência financeira e o cumprimento das funções maternas.

Entre os principais direitos no que tange a proteção da maternidade, pode-se destacar a estabilidade gestante, prevista no artigo 10, inciso II, alínea “b” do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que garante a gestante um período que se inicia na confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, em que a mesma não pode ser demitida sem justa causa ou arbitrariamente pelo empregador, visando assim, garantir segurança e retorno ao mercado de trabalho após a gestação. Caso venha a ocorrer à demissão, a gestante faz jus à reintegração ao trabalho ou o pagamento dos salários pelo prazo legal que lhe é garantido.

Importante destacar, que em decisão recente o Tribunal Superior do Trabalho garantiu essa estabilidade, também, para as gestantes que se encontrem em contrato por tempo determinado, como se vislumbra na nova redação da súmula 244, item III, do Tribunal Superior do Trabalho, com redação alterada em setembro de 2012.

Outro direito garantido constitucionalmente, já descrito e fundamentado legalmente nos parágrafos acima, e, objetivo principal desse trabalho é a licença maternidade, conceituado como um auxílio pelo período de 120 (cento e vinte) dias ou 180

(cento e oitenta dias, conforme disposto na Lei 11.770/2008), em que a empregada gestante fica afastada do trabalho para cuidados com a criança, sem por em risco sua volta ao emprego, e ainda recebe os salários correspondentes a esse período, a cargo do Instituto Nacional da Seguridade Social.

4.1 Licença maternidade no Brasil

Como aludido anteriormente, as primeiras disposições acerca da licença maternidade teve lugar junto a Constituição Federal de 1934.

Segundo o Ministério da Previdência e Assistência Social (2007), o instituto licença maternidade, propriamente dito, foi instituído no Brasil pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em 1943.

O citado diploma legal estabeleceu licença maternidade de quatro semanas antes e oito semanas após o parto, bem como garantiu o direito ao salário integral e, em caso de aborto não criminoso, a garantia de repouso remunerado de duas semanas.

Grande avanço a esse instituto foi a Lei nº 6.136 de 1974, que retirou a licença maternidade da responsabilidade do empregador e passou a ser um benefício previdenciário, a ser custeado pela Previdência Social através das contribuições recolhidas sobre a folha de pagamento de salários. Essa transformação em instituto previdenciário fez com que diminuísse o preconceito ao trabalho da mulher, visto que o empregador não precisava mais se preocupar com o custo que a mulher poderia causar em decorrência do seu afastamento.

Contudo, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o benefício foi ratificado como direito social, tendo seu prazo aumentado para 120 (cento e vinte dias) e garantido a todas as seguradas empregadas, sejam elas urbanas ou rurais,

trabalhadoras avulsas e domésticas, conforme previsão do artigo 7º, inciso XVIII.

A fim de dar cumprimento às disposições constitucionais, editou-se a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, estabelecendo o período de licença por cento e vinte dias, com início possível a partir de 28 dias antes do parto até a ocorrência deste, sem exigência de um número mínimo de contribuições, e percebida segundo o valor da remuneração integral da segurada.

No ano de 2002, a Lei nº. 10.421, estendeu o direito ao salário-maternidade para toda segurada que vier a adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança, limitando os períodos de licença conforme a idade do adotado.

A licença por adoção que limitava o período de afastamento conforme a idade do adotado foi considerada uma forma de discriminação entre os filhos biológicos e o adotado, e, em decorrência disto o legislador editou a lei 12.010, em 03 de agosto de 2009, revogando toda diferença existente nos períodos de licença, devendo ser concedido o mesmo período para todas as mães, conforme se denota na leitura do texto de Ribeiro (2009, p. 126):

Sendo assim, conceder períodos diferenciados de licença-maternidade à adotante de acordo com a idade da criança é ferir um dos princípios mais importantes do Texto Constitucional. Ademais, é bem sabido que uma criança de 8 anos tem mais dificuldades de adaptação ao seio familiar do que uma criança de 1 ano, o que injustifica os períodos diferenciados de licença.

Por fim foi editada a lei 11.770 de 09 de setembro de 2008, que cria o programa Empresa Cidadã, estabelecendo um período de prorrogação de 60 (sessenta) dias, além dos 120 (cento

e vinte) dias garantidos constitucionalmente, mediante concessão de incentivo fiscal.

Referido programa é de adesão facultativa, podendo aderir a ele somente empresas tributadas pelo lucro real e os órgãos da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, sendo excluídas dessa possibilidade as empresas optantes pelo Simples Nacional e pelo sistema do Lucro Presumido. Ademais, toda empresa que aderir obterá incentivos fiscais.

Importante salientar que os direitos relativos à maternidade são de suma importância, não só no âmbito trabalhista, previdenciário e empresarial, mas sim é de grande valia na sociedade como um todo, são direitos sociais conquistados que interferem no direito a saúde e bem estar das gestantes e os frutos dessa gestação.

O direito a licença maternidade, com o respectivo pagamento do salário maternidade, possibilita o contato materno com o recém-nascido, sendo possível a prática da alimentação natural, considerada a responsável pelo desenvolvimento saudável e até mesmo, como elemento garantidor da vida humana nos primeiros meses de vida.

Nesse tocante, cabe citar as disposições de Dantas (2005, p. 13-14):

Mais do que simples ideologia, a prática da alimentação natural, longe de fórmulas infantis e instrumentos que possibilitem a sua introdução, revelou-se verdadeiro direito fundamental, conquanto ligado à vida saudável da criança e, por muitas vezes, como garantidor da própria vida. A espécie humana está geneticamente programada para receber os benefícios da amamentação, por isto evoluiu e manteve sua existência ao longo dos anos. O aleitamento materno

contribui para a saúde biológica e emocional tanto da mãe quanto do filho.

E ainda, em relação às disposições da Organização Mundial da Saúde (OMS) e do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF):

Estima-se que a vida de seis milhões de crianças, a cada ano, poderia ser salva se adotadas as recomendações da OMS/UNICEF no sentido de manter-se o aleitamento materno exclusivo até os seis meses de idade e complementado até dois anos ou mais. O processo, segundo a área médica, é de fácil percepção, já que a amamentação natural previne diarreias e infecções respiratórias agudas (DANTAS, 2005).

Pode-se ainda, utilizando-se da realidade brasileira, destacar a importância da licença maternidade em relação ao aleitamento materno, fundamental para a redução da mortalidade infantil, vez que as condições socioeconômicas aqui encontradas são muitas vezes de pobreza extrema, e, em muitas regiões não há água potável e nem sistema de esgoto canalizado, fazendo com que não haja alimentação adequada para as crianças, aumentando os índices de infecções e desidratação, com o consequente óbito de milhares de recém-nascidos e crianças.

Nota-se que, a licença maternidade é um benefício não só para a mãe, mas principalmente para o filho que poderá ter acesso aos primeiros cuidados.

5 A LEI Nº 11.770/2008 E A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Como bem demonstrado, o direito a licença maternidade é constitucionalmente garantido, pois é um benefício que tem o status de um direito social, elencado no artigo 7º, inciso XVIII da Constituição Federal de 1988, o qual tem por objetivo garantir o contato entre mãe e filho e ainda possibilitar o aleitamento materno.

Quase vinte anos após a promulgação da Constituição Cidadã, entrou em vigor a Lei nº 11.770, promulgada em 09 (nove) de setembro de 2008, que trouxe em seu bojo o benefício de prorrogação da licença maternidade por 60 (sessenta) dias mediante incentivo fiscal, alterando parte da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Todavia, a referida lei ao estabelecer esse acréscimo no período de licença maternidade não contempla uniformemente todas as gestantes e, conseqüentemente as crianças frutos dessas gestações. Desse modo, convém transcrever os artigos limitadores de tal benefício nesta lei:

Art. 2º É a administração pública, direta, indireta e fundacional, autorizada a instituir programa que garanta prorrogação da licença-maternidade para suas servidoras, nos termos do que prevê o art. 1º desta Lei.

[...]

Art. 5º A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá deduzir do imposto devido, em cada período de apuração, o total da remuneração integral da empregada pago nos 60 (sessenta) dias de prorrogação de sua licença-maternidade, vedada a dedução como despesa operacional.

Assim, conforme interpretação literal dos artigos supra, nota-se que somente os entes ligados à Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional e as empresas tributadas pelo lucro real, poderão aderir a esse programa e oferecer esse benefício à suas servidoras e empregadas.

Acerca do termo “aderir” utilizado no artigo 2º transcrito acima, muito se questionou sobre ser um benefício obrigatório ou de adesão facultativa pelos entes da administração direta, todavia, apesar de dar margem para exercício de discricionariedade por parte do administrador público, cabendo a ele escolher pela adesão ao programa ou não, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi pioneiro e reiteradamente tem decidido pela obrigatoriedade de prorrogação da licença maternidade nos entes públicos federais.

Ainda, convém salientar, que além do requisito econômico e empresarial exigido pela lei, há ainda a previsão de um requisito temporal para fruição do benefício, conforme artigo *in verbis* abaixo:

Art. 1 É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. da Constituição Federal.

§ 1 A prorrogação será garantida à empregada da pessoa jurídica que aderir ao Programa, desde que a empregada a requeira até o final do primeiro mês após o parto, e concedida imediatamente após a fruição da licença-maternidade de que trata o inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal.

Desse modo, para que a gestante faça jus à fruição dessa prorrogação, deverá requerer o benefício até o final do primeiro mês após o parto, sendo que a licença adicional de 60 (sessenta) dias será concedida automaticamente após os 120 (cento e vinte) dias previstos constitucionalmente.

Percebe-se que, apesar das críticas destinadas ao presente diploma normativo, a mesma merece mérito, pois tem caráter eminentemente social, visto que garantiu às gestantes e adotantes, de determinadas empresas entretanto, um tempo maior de convívio com os seus filhos.

Contudo, embora o objetivo almejado seja válido, nota-se a violação do princípio da igualdade, visto que restringe o direito de todas as pessoas jurídicas aderirem ao Programa Empresa Cidadã, limitando o acesso igualitário de mães e crianças aos mesmos benefícios, tornando-se então uma discriminação desarrazoada. Nesse tocante, invoca-se o que diz Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 10):

[...] para desate do problema é insuficiente recorrer à notória afirmação de Aristóteles, assaz de vezes repetida, segundo cujos termos a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Sem contestar a inteira procedência do que nela se contém e reconhecendo, muito ao de ministro, sua validade como ponto de partida, deve-se negar-lhe caráter de termo de chegada, pois entre um e outro extremo serpeia um fosso de incertezas cavado sobre a intuitiva pergunta que aflora ao espírito: Quem são os iguais e quem são os desiguais? A dizer: o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério

legitimamente manipulável - sem agravos à isonomia - que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia?

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O benefício da licença maternidade tem sua razão social de ser, pois auxilia a manutenção da mulher no mercado de trabalho, principalmente após esta “nacer” para a maternidade. Contudo, a alteração legislativa realizada em 2008 criou um entrave jurídico, uma vez que a ampliação desse benefício previdenciário não foi uniforme e não abrangeu todos os iguais, ou seja, não contempla todas as beneficiárias da Previdência Social, atual responsável pelo pagamento da licença conforme já vislumbrado, ao passo, todas as gestantes e todas as crianças frutos dessas gestações são iguais e se encontram na mesma situação, merecendo tratamento completamente igual, o que não ocorreu com a edição da Lei nº 11.770/2008, assim, há uma contrariedade ao princípio da isonomia, que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam.

Certo é que houve exclusão principalmente de trabalhadoras menos favorecidas, visto que as empresas que não podem efetuar a adesão possuem, na maioria das vezes, poder aquisitivo menor, desse modo, é possível concluir que há uma violação ao princípio constitucional mencionado, o que é extremamente inaceitável e desarrazoada, pois beneficia apenas pequenas minorias, prejudicando ainda os objetivos fundamentais

da República Federativa do Brasil, trazidos pelo artigo 3º da Carta Federativa.

A partir da leitura do dispositivo constitucional acima, tem-se que a edição da referida lei não contempla o objetivo de construir uma sociedade justa, tampouco reduz as desigualdades sociais e ainda, evidencia a discriminação.

Nesse contexto, a lei conseguiu criar a figura da mãe que atua em empresas optantes pelo regime do lucro real e órgãos da administração pública e, a figura das mães que atuam em empresas que atuam no regime do lucro presumido ou do Simples Nacional.

Desta forma, mostra-se violador da igualdade tal dispositivo, pois atinge diretamente o conceito de mãe, o qual deve se aplicado a todas as mulheres que gestarão ou adotarão crianças, e também de filho que deve ser entendido como o todo o fruto advindos destas relações, possuindo as mesmas necessidades básicas, não havendo qualquer motivo para estabelecimento de normas discriminadoras.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 5 ed. São Paulo: LTr, 2009.

BARROS, Sérgio R. **Trajetória da Família**. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/pt/trajetoria-da-familia.cont>>. Acesso em: 27 set. 2013.

BOBBIO, Norberto. **Era dos Direitos, trad. Carlos Nelson Coutinho**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2006.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. **Decreto – Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 27 set. 2013.

BRASIL. **Lei nº 11.770/2008.** Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei n 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/11770.htm>. Acesso em: 27 set. 2013.

COMPARATO, Fábio K. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Newton J. de O. **Aspectos constitucionais do aleitamento materno: saúde da criança e liberdade econômica.** 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba.

DECLARAÇÃO do bom povo da Virgínia. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 27 set. 2013.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **Curso de direito constitucional.** 26 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário.** 5 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Sérgio P. **Direito do Trabalho.** 23 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MELLO, Celso A B de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Salário-Maternidade a Luz da Proteção Previdenciária**. Juruá Editora. Curitiba, 2009.

SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador-BA, N. 21, Março/2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-21-MARCO-2010-INGO-SARLET.pdf>>. Acesso em: 27 set. 2013.

SILVA, José A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A FORMAÇÃO ÉTICA DO PROFESSOR DE FILOSOFIA: Um estudo sobre a atitude filosófica e as competências pedagógicas

George Fernandes¹

Geyson Magno Tôrres Monteiro²

Adilson Silva Ferraz³

1 INTRODUÇÃO

O ensino de Filosofia no Brasil, tanto no ensino médio, como no ensino superior, passa por um momento bastante profícuo no que diz respeito a problematização e debate sobre sua natureza e objetivos. Se no ensino médio, a reflexão e o diálogo estão mais pautados pelo objetivo, a maneira como os temas são abordados em sala de aula e sobre a formação dos professores que estão ministrando essas aulas, no ensino superior o que está em discussão refere-se mais ao currículo das graduações e à maneira como a formação do professor de Filosofia está sendo realizada, ou seja, de que maneiras os temas e sistemas filosóficos estão sendo abordados e dialogados.

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo investigar como as competências filosóficas (o caráter dialógico, sua característica de crítica radical e o que lhe é mais peculiar, um

¹ Mestre em Filosofia Política no Programa de Pós-graduação em Filosofia da UFPE, membro do NEFIPE, coordenador do curso de Filosofia da FAFICA.

² Mestrando em Filosofia. Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia Ciências e Letras de Caruaru – FAFICA.

³ Doutorando em Filosofia pela Universidade Católica Argentina (UCA), doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires (UBA), mestre em Filosofia pela UFPE, professor da ASCES-UNITA e FAFICA. adilson_ferraz@hotmail.com

pensamento que se constrói por conceitos) estão sendo exercitadas a partir de percepções da realidade atual. Se as práticas pedagógicas desenvolvidas favorecem a aquisição dessas competências filosóficas e como essas práticas e competências podem ser trabalhadas com o objetivo de melhorar cada vez mais o ensino e o aprendizado da Filosofia.

A partir das reflexões de alguns filósofos, como Kant, Heidegger, Deleuze e Nietzsche, entre outros, a pesquisa inicia discutindo o que é a Filosofia, a abrangência do seu ensino na sociedade e a sinonímia entre Filosofia e filosofar, onde busca compreender o que é a essência desse campo do conhecimento, a sua relação com as pessoas, a vida cotidiana e com o ato filosófico em si. No segundo momento empreende uma reflexão sobre a educação, mais especificamente, sobre o ensino de Filosofia e a formação do professor de Filosofia, sua conduta em sala, com os alunos e com o próprio conhecimento, além da maneira como os saberes filosóficos são transmitidos. Procurando, através dessa abordagem metodológica, distinguir o ensino bancário de Filosofia do não bancário, explicitando o dogmatismo resultante desse modelo de ensino e o quanto ele é nocivo ao pensamento e ao esclarecimento do homem e da sociedade.

Conclui não adjetivando, mas, buscando estimular as estratégias e práticas pedagógicas existentes que se situem numa relação de ensinagem dialógica, que promova um estudo investigativo desses conteúdos; compreender o currículo existente e o seu por que, para contribuir na construção de um currículo que consiga dar uma abrangência maior a algumas escolas e sistemas importantes do pensamento filosófico; abordando também as responsabilidades do professor, do aluno e da

instituição na realização desse processo de elaboração e construção de conhecimento a partir de um devir-mestre⁴.

2 O QUE É FILOSOFIA?

Pensar é para todos. Como afirma Machado, “O pensamento não é privilégio da filosofia: filósofos, cientistas, artistas são antes de tudo pensadores”⁵. Deleuze em sua palestra “O que é o ato de criação?” dá clara forma a um belo modo de pensamento sobre a Filosofia: o pensar sobre e o pensar nas demais áreas de conhecimento. Segundo o filósofo, ninguém precisa da Filosofia para refletir. Quem melhor pode pensar o cinema, são os cineastas, quem melhor pode refletir sobre a matemática são os matemáticos.

O modo de pensar filosófico estende-se para todas as áreas do conhecimento e deve perpassar todas as disciplinas e os seus conteúdos. A matemática, a música, a engenharia, enfim, tudo deve ser pensado filosoficamente, por cada um dos que labutam em suas determinadas áreas. Nesse sentido, a Filosofia deve estar aonde quer que esteja um fato acontecendo. Sabido é que apreender-se dos fatos não é o fácil do acontecimento, então a Filosofia, através do conceito proporciona um desvelar do acontecimento. No entanto; “Nós, os investigadores do conhecimento, desconhecemo-nos. E é claro: pois se nunca nos procuramos, como nos havíamos de nos encontrar?”⁶

⁴ KASTRUP, Virgínia. Políticas Cognitivas na formação do professor e o problema do devir-mestre. *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 26, n. 93, p. 1273-1288, Set./Dez. 2005.

⁵ MACHADO, Roberto. *Deleuze, a arte e a filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 13.

⁶ NIETZSCHE, Friedrich. *A Genealogia da Moral*. Tradução: Joaquim José de Faria. São Paulo: Centauro, 2002, p. IX

Filosofia é um exercício da razão, sem a razão em ação não acontece Filosofia. A razão é necessária para que o pensador esteja alerta quanto às tradições, contradições, acertos e deslizes do que está posto pelo pensamento filosófico. A razão é o elemento fundamental para geração de novos supostos. No entanto, “*a filosofia não requer uma boa vontade do pensador e uma natureza reta do pensamento, sequer decisão e método, porque não é a verdade e sim o interesse que serve de inspiração para a filosofia e para o fazer filosófico*”⁷.

O fundamental da Filosofia nunca está posto, ele é aquilo que ainda não existe, aquilo que só a Filosofia cria, o conceito, que se gesta na razão e que gera o novo sempre pela desconfiança. A Filosofia é uma atividade criadora e como tal afasta-se cada vez mais de ser pensada como reflexão, comunicação ou contemplação, apenas. Além de ser criadora ela deve ter os pés no tempo, sendo dessa forma um debruçar-se sobre o mundo da vida e consequentemente do seu tempo. Atendendo essas características ela é uma ontologia do presente, da vida cotidiana e de seus problemas. O problema do pensar sobre si mesmo e sobre o próprio pensar.

Pensar não significaria, então, ser um erudito ou um profundo conhecedor de toda a história do pensamento; o “ensino da filosofia” deveria se concentrar, assim, no exercício do uso da razão; exercício esse que possibilitaria ao homem fazer o uso correto de sua razão com autonomia e liberdade⁸.

⁷ GALLINA, Simone. O Ensino de Filosofia e a criação de conceitos. *Cad. Cedes*, Campinas, vol. 24, n. 64, p. 359-371, set./dez. 2004, p. 365

⁸ GELAMO, Rodrigo Pelloso. *O Ensino de Filosofia entre a problemática Pedagógica e a questão filosófica: o que faz o filósofo quando seu ofício é ser professor de filosofia?* São Paulo: Editora UNESP, 2009, p. 62.

No entanto, o conceito de razão não é uma unanimidade e ao longo do tempo foi se modificando, se ressignificando e expressando, em grande medida, o pensamento do tempo, da verdade do homem e os rumos que a humanidade tomou em relação ao mundo.

Se inicialmente com os gregos a Filosofia se dava com a admiração e o espanto, com a idade média, a razão passa a ser o que é revelado pelo divino, pela fé. Embora com sentidos diferentes a razão na antiguidade está embasada em algo que está fora do homem. Com a modernidade o sujeito passa a ser o *locus* da razão e o cogito, “Penso logo existo”, serve de arcabouço para toda a fundamentação técnico-científica do mundo, da vida e da Filosofia na modernidade, ou seja, a representação da realidade se dá através da inteligência que produz uma realidade. Dessa forma, a inteligência é o encontro pragmático entre conhecimento e realidade da vida. Ao elevar a razão como o único caminho de acesso à vida a humanidade originou a ciência como a compreendemos hoje. O lugar onde o saber relaciona-se com o poder, poder de dominar e de transformar a natureza com fins de satisfazer esse sujeito do saber, comprometida com uma verdade em si.

A Filosofia, no entanto, constrói sua crítica dentro da própria modernidade e gera com Kant uma reflexão que busca descrever como funcionam os processos cognitivos com relação ao conhecimento, demonstra no final, que a razão não pode provar tudo. As ilusões e questões Metafísicas não podem ser explicadas por meio da razão. Assim, o *logos* filosófico da modernidade, relacionado com a razão e comprometido com uma busca de significação e de sentido do homem com a coisa pensada, mostra sua fragilidade.

Hegel entra em cena e a Filosofia torna-se uma ciência histórica e dialética, suscitando “*mais que em outras ciências que, a aparência de que é no fim e nos resultados últimos que se expressa a coisa mesma, e inclusive sua essência consumada; frente a qual o desenvolvimento [da exposição] seria propriamente falando, o inessencial*”⁹, o que Hegel pretende com a sua principal obra *A Fenomenologia do espírito* “*é articular com o fio de um discurso científico - ou com a necessidade de uma lógica - as figuras do sujeito ou da consciência que se desenharam no horizonte do seu confronto com o mundo objetivo*”¹⁰. Tendo essas figuras duas faces, uma histórica, composta de experiências de uma cultura que se desenvolveu no tempo, pensando-se a si mesmo e justificando-se à razão e outra dialética onde as figuras da experiência não estão pautadas cronologicamente dos eventos, mas, pela necessidade de mostrar uma lógica que conduz ao Saber absoluto, o momento fundador da ciência como diz o professor Henrique de Lima Vaz.

A partir dessa concepção filosófica surgem dois pensadores que são considerados os mestres da suspeita e que geraram postulados filosóficos tão inovadores quanto o próprio Hegel e que abriram caminho para novas outras perspectivas filosóficas; Karl Marx e Friedrich Nietzsche. O primeiro considerando o materialismo e a economia como motores do desenvolvimento humano e social e o segundo expondo as origens do pensamento moral ocidental, além de importantes questões essenciais para a Filosofia contemporânea. Em ambos, vemos a dialética histórica de Hegel como uma base para a elaboração de pensamentos díspares e autênticos, que se igualam no poder de questionamento e desconstrução de um pensamento que se havia operado até então, além da construção de um novo paradigma filosófico. Dessas cabeças surgiram as bases para a Filosofia

⁹ HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. Petrópolis: Vozes, 1992, p. 21.

¹⁰ HEGEL, G. W. F. Op. Cit. p. 10.

contemporânea, desde a Filosofia pragmática, buscando um status de ciência, nos moldes de uma ciência empírica e positiva, da Filosofia da linguagem, como também do existencialismo, da fenomenologia, de uma Filosofia da imanência e de todo o caminho que corroborou para o surgimento de uma Filosofia não metafísica, se é que isso seja possível. Nesse sentido a Filosofia passa a ser uma ontologia, ou estudo do ser.

3 SINONÍMIA ENTRE FILOSOFIA E FILOSOFAR

Quando se vive em uma época pobre, a filosofia se refugia a uma reflexão 'sobre'... Se ela nada cria, que mais pode fazer, senão a pensar sobre?... De fato, o que interessa é tirar do filósofo o direito a pensar sobre. O filósofo é criador e não reflexivo.¹¹

Importante refletir se o ato filosófico é algo que pode começar no silêncio de uma atitude solitária, ou num momento de solidão, ou ainda, se ele só se formalizar no diálogo com os outros. Importante pensar se essa atividade solitária tem a solidão como seu estado, será que ao pensar desconecto-me do mundo real, num estado de transe, ou ao contrário, diálogo com o mundo e comunico-me comigo mesmo e com a infinita pluralidade que é a característica básica da *vita activa*¹².

Importante também refletir sobre qual a função do filosofar, se, apenas uma prática que possibilita a reflexão ou uma atitude de criação e invenção, que faz nascer algo que não existia, não descobrindo, mas, inventando algo sempre novo, como diria Nietzsche.

¹¹ DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992, p. 152.

¹² ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito - o pensar, o querer, o julgar*. Tradução: Antônio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000, p.7.

É relevante também à reflexão o produto da criação específica do ato de filosofar, o conceito. Toda criação é singular e o conceito que é sempre criação também é singular, ou seja, todas as criações, nas mais diversas áreas do conhecimento se igualam por serem uma criação. Por isso a Filosofia jamais está em condição de superioridade sobre qualquer outra forma de criação, seja científica, artística e política. A Filosofia não é melhor, nem pior que qualquer área do conhecimento, porém, ela sobressai sobre as demais, por propor uma reflexão sobre o próprio pensamento, o que é anterior a qualquer forma de esclarecimento. Nesse sentido está atenta em não permitir a usurpação por outros saberes, como a sociologia, a psicologia, a linguística, a epistemologia, a comunicação, o design, a publicidade, entre outros, da função conceitual que é lhe é própria.

É inegável que o ato de pensar é solitário. Inegável também que o diálogo e a linguagem; palavras, discursos, falas e gestos são importantes ao pensar, ou, no mínimo, para tematização de um pensamento, a partir e além do contraditório do pensar do outro. Filosofar exige, de início, abstração e espanto e posteriormente auto-reflexão, contudo, o papel do filósofo não é “pensar sobre” tudo, o papel do filósofo é pensar sobre Filosofia, o seu conteúdo, conteúdo este que nunca está dado de pronto, que deve ser buscado. Por isso a Filosofia é uma disciplina criativa, inventiva e na busca dos seus conteúdos ela cria e inventa conceitos. Por isso ela conta sua história por conceitos.

Filosofar é ocupa-se em pensar com clareza sobre seus conteúdos, buscando um desvelamento do pensado, proporcionando assim um esclarecimento, uma criação. Essa tarefa esclarecedora, criativa é inerente ao filosofar e não é privativa nem da lógica, nem da epistemologia e ainda menos da

análise da linguagem, ela está presente em todas as disciplinas e atividades humanas.

Pensar a Filosofia e o filosofar exteriormente é buscar caminhos e interseções com os outros domínios, nesse sentido, todos os elementos não conceituais, como função, imagem, som, linhas, luz, integram-se ao pensamento filosófico, gerando conceitos.

Kant; na crítica da Razão Pura, sinaliza no sentido dessa contribuição conceitual do filosofar, quando para ele:

Só é possível aprender a filosofar, ou seja, exercitar o talento da razão, fazendo-a seguir os seus princípios universais em certas tentativas filosóficas já existentes, mas sempre reservando à razão o direito de investigar aqueles princípios até mesmo em suas fontes, confirmando-os ou rejeitando-os¹³.

Filosofar é um esforço de construção de perspectivas e caminhos próprios, deixando os passos de quem empreende uma caminhada pela história. Filosofar necessita da razão em ação, ou seja, de uma postura intelectual que não seja mimética às ideias dos autores. A Filosofia é o pensamento em ato e nesse sentido ela não serve senão para ser um atrapalho à tolice e à baixeza do pensamento que se apresenta.

O trabalho do filósofo não é repetir os pensamentos postos, mas, ir além buscando neles diálogos com o mundo atual. Filosofar não é desempenhar o papel de historiador da Filosofia, pautar-se pela história da Filosofia simplesmente é acatar uma atitude repressora com relação ao pensamento, à dúvida e ao

¹³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Cidade Editora, 1983, p.407-408.

descobrimto, essa atitude não contribuirá em nada para que se crie o ‘seu’ pensamento mais original. Sem dúvida que se faz necessário conhecer os supostos da tradição, no entanto, eles devem ser compreendidos como elementos de transgressão e nunca de domesticação do pensamento. “*Portanto, para se ter filósofos, é preciso ensinar a filosofar — e não ensinar apenas a compreender as ideias dos filósofos do passado — e é preciso discutir ideias entre nós*”¹⁴.

Ensinar Filosofia deve ser a princípio, um reconhecimento para si do que é a própria Filosofia. Não se pode ensinar Filosofia, sem o conhecimento do seu significado para si. O que a própria tradição filosófica e seus principais pensadores têm em comum é a maneira própria de cada um compreender o que é a Filosofia e o que eles fazem. Ou seja, não se pode ensinar Filosofia de forma ingênua. Sendo assim ensinar Filosofia parte da crítica radical do que ela é, parte de uma atitude filosófica. Atitude que deve ser práxis no processo de ensino-aprendizagem, ou seja, a Filosofia é uma ciência do homem e consequentemente o filosofar deve apresentá-lo plenamente em sua constituição, em sua condição natural, além de sua moralidade e liberdade.

4 SOBRE O ENSINO DE FILOSOFIA

Igualmente as demais disciplinas do currículo, a Filosofia também tem seus parâmetros e diretrizes curriculares e o MEC - Ministério da educação, o conselho nacional de educação e da câmara de educação superior, através da resolução cne/ces 12, de 13 de março de 2002, estabeleceram as diretrizes curriculares para o curso, determinando assim o que se pretende com a Filosofia na universidade e no ensino médio, seus objetivos, metas e

¹⁴ MURCHO, Desidério. Entrevista, *PROMETEUS*. Ano 3, nº 5, jan.-jul., 2010, p. 3.

estratégias, traçando um perfil do egresso desses cursos; além da distinção das funções e responsabilidades entre o bacharelado e a licenciatura em Filosofia.

As diretrizes curriculares abordam, desde o perfil dos formandos, das competências e habilidades que devem ser adquiridas na formação, os conteúdos curriculares, a organização e estruturação dos cursos, a organização dos estágios e atividades complementares, sendo todos esses detalhes avaliados pelo próprio curso, através dos critérios definidos pelo IES – Instituto de Ensino Superior.

É importante que existam alguns critérios e objetivos para nortear e avaliar o ensino como um todo, e com a Filosofia não poderia ser diferente. Importante também que estes documentos tenham propostas coerentes com as diretrizes determinadas e que estejam ancoradas numa educação democrática e popular. No entanto, o ensino de Filosofia requer algo mais que as diretrizes curriculares e os postulados pedagógicos; requer uma atitude impetrada pelo mestre, um *dever-mestre*. “*O que engrandece o homem é ele ser uma ponte e não um fim; o que se pode amar no homem é ele ser uma transposição e não uma queda*”¹⁵. A presença e a postura do homem são fundamentais ao fazer educacional. Podendo ser esse fazer uma atividade que ponha em xeque os conteúdos educacionais e as próprias diretrizes estabelecidas, sendo dessa forma uma transposição do conhecimento, ou não.

O ensino de filosofia não deve ser uma mera repetição de conceitos, uma estante de problemas já resolvidos e algo estanque no dia-a-dia das salas de aula. Pelo contrário, deve ser uma invenção de problemas, uma criação de conceitos, um constante desvelamento de si, do conhecimento e do aprendizado, deve-se

¹⁵ NIETZSCHE, Friederich Wilhelm. *Assim Falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 22

ter a consciência do papel que desempenha “... enquanto assume uma conotação política no que respeita ao intrincado e quase sempre velado jogo de poder no interior da escola, e, outra, especificamente pedagógica”¹⁶.

Se é verdade que existem muitas Filosofias a serem ensinadas, desde a Filosofia dos filósofos militantes, e a dos eruditos, ou ainda reduzida a um saber histórico. O que se precisa ter em mente é em qual patamar filosófico se deve dar esse ensino tanto na escola, quanto na universidade. Visto que os três patamares sugeridos por Antônio Joaquim Severino devem ser considerados para balizar essa ação educativa; a saber: O senso comum, a consciência filosófica pressuposta e a Filosofia considerada em um terceiro patamar, como forma de reflexão sistemática.

Educar é formar o humano para a relação autêntica. Como alvo desta reflexão há uma intenção pedagógica de se pensar o processo de formação de professores, uma vez que tal processo, embora esteja configurado plenamente com a atmosfera acadêmica, perpassa a academia (universidade), interpela-se com o cotidiano da própria vivência docente e abrange também o processo de formação continuada. Assim a formação do professor é progressiva, contínua¹⁷.

¹⁶MATOS, Junot Cornélio. A Filosofia vai à Escola. In: H. Guido; J. B. de Almeida Júnior; M. Danelom (Org.). O transversal e o conceitual no ensino de filosofia. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia-EDUFU, 2014, p. 3.

¹⁷SILVA, Luis Lucas Dantas da; ARAÚJO, Willamis Aprígio de. Filosofia do diálogo e a formação do professor de Filosofia: Uma contribuição buberiana. In: MATOS, Junot Cornélio e COSTA, Marcos Roberto Nunes (Org.). *Ensino de Filosofia: Questões fundamentais*. Recife: Editora Universitária-UFPE, 2014, p. 55.

O devir-mestre tem relação intrínseca com a atitude filosófica. Onde o devir é uma política da invenção, da problematização e a postura do professor uma articulação constante nos docentes de um desvelamento do mais essencial da realidade. Para Luc Ferry, em seu livro “Filosofia para os novos tempos”: “*Em outras palavras, a tarefa primeira da Filosofia é ver o essencial do mundo, o que nele é mais real, mais importante, mais significativo*”¹⁸. Dessa forma, entende-se que a atitude filosófica de um professor, não é atributo da pedagogia, mas de uma atividade filosófica, sendo o devir-mestre indissociável de uma prática da educação que se pretende filosófica. Onde o mestre não se enquadra somente como um detentor de competências pedagógicas, mas, como um “ser lançado”¹⁹ promovendo no aluno um novo conhecimento, estimulando nele que construa seu caminho, como disse Nietzsche; “*De todas as escritas, apenas amo o que uma pessoa escreve com seu próprio sangue*”²⁰. Essa deve ser a postura do professor comprometido com a educação e a construção de uma sociedade autêntica e autônoma.

A educação plena, construtora de sentido e de alternativas para a vida, só pode se efetivar em um espaço de escambo, de troca de conhecimento, onde não há sobreposição de um dos seus agentes. “*Todo modo de racionalidade não filosófico contém algo de inercial quando ele apenas ‘aplica’ a razão. Na Filosofia, pelo contrário, a*

¹⁸ FERRY, Luc. *Aprender a Viver*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 38.

¹⁹ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução e revisão: Márcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012, p. 100.

²⁰ NIETZSCHE, Friederich Wilhelm, *Assim Falou Zaratustra: Um livro para todos e para ninguém*, tradução: Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 56.

razão não é apenas aplicada, ela é ‘construída’; sendo assim não há nada ‘mais alto’”²¹.

O mestre deve ser um homem que conhece a tradição, que repensa o já pensado, conhecedor da história da filosofia, mas, que tem como constante o caminho do aprendizado. Comprometido com a invenção de novas subjetividades e novos mundos, que possibilite examinar a realidade que o circunda não como uma verdade posta e fechada em si, mas como algo aberto a ser construído.

O ensino de Filosofia distingue-se de qualquer outro tipo de ensino, pois exige da parte do professor a consciência da atitude filosófica em vez de conteúdos, expresso em doutrinas, teorias e sistemas consignados na história da Filosofia, onde o objeto da ensinabilidade e da apropriação é uma atitude²².

Atitude que deve estar pautada como pacto mediativo do mundo. Numa Filosofia do diálogo. Onde o diálogo é um caminho seguro que pode levar o homem a uma relação autêntica consigo e com o outro. Podendo ser o professor o início da construção de um pacto em sala de aula que promova a percepção daquilo que parece óbvio no mundo cotidiano, possibilitando assim a sua problematização. Para Junot Cornélio Matos, “A

²¹ PORTA, Mario Ariel Gonzalez. *A Filosofia a partir de seus problemas*. São Paulo: Editora Loyola, 3ª edição, 2007, p. 46.

²² MATOS, Junot Cornélio. A formação dos professores para o Ensino de Filosofia. IN: MATOS, Junot Cornélio e COSTA, Marcos Roberto Nunes (org.). *Ensino de Filosofia: Questões fundamentais*. Recife: Editora Universitária-UFPE, 2014, p. 12.

*Filosofia começa com a problematização daquilo que parece óbvio no mundo cotidiano... por duvidar que a realidade seja um dado*²³.

A educação, oriunda da sua experiência com o mundo, deve ser um discurso esclarecedor, por isso racional, entre homens e “*A função esclarecedora da razão exige explicitar e tematizar todo suposto, o qual implica um princípio de reflexividade radical que inclui a própria autorreflexão*”²⁴.

Pensar o ensino de Filosofia como uma contradição entre história da Filosofia e Filosofia contribui para uma interpretação limitada desse ensino. É imprescindível que o professor possua um bom conteúdo sobre a história da filosofia e dos seus pensadores e também da filosofia para que sua atividade seja plena. Nesse sentido ensinar Filosofia apenas pelos textos de autores consagrados de 50, 100, 200 anos atrás, mostra o devido valor que está sendo dado a toda produção acadêmica que vem sendo realizada, sendo esse fato outro contributo importantíssimo para que o ensino se cristalice num dogmatismo.

Uma convicção sobre a formação docente é considerar, como ponto de partida, a condição humana e inacabada do homem, conseqüentemente, dos profissionais da educação. Sendo o professor, como qualquer ser humano; um “*ser no mundo*”²⁵, ele deve estar comprometido com o pensar e na elaboração do pensar a partir da experiência do fato. Atuar de forma crítica frente ao mundo e a essa experiência é uma consequência do Filosofar e da Filosofia. Na sua construção de mundo entre humanos, o ser é impelido a avaliar as possibilidades e escolhas de forma crítica e não passiva, visando com essa criticidade à construção de uma

²³ MATOS, Junot Cornélio. Op. Cit. p. 13

²⁴ PORTA, Mario Ariel Gonzalez. *A Filosofia a partir de seus Problemas*. São Paulo. Editora Loyola: 3ª. edição, 2007, p. 43-44.

²⁵ HEIDEGGER, Martin. Op. Cit. p. 19.

sociedade conflituosa, mas, sobretudo, comprometida com a dignidade do homem e da terra.

Na dialética da educação filosófica é imprescindível que os professores estabeleçam também novos conteúdos para a problematização de seus alunos, e práticas comprometidas com um estudo dialógico e investigativo de ideias e não apenas a repetição das mesmas. Há que se ensinar a filosofar e não apenas repetir as ideias dos filósofos. Estimular no aluno a curiosidade pelos problemas e conceitos gerados, estimular o hábito do debate entre todos que participam desse processo, onde se possam discutir essas ideias e fundamentalmente o texto, seja ele escrito ou digitalizado, oralizado ou imagético.

Uma educação bancária não é capaz de produzir uma razão construída autonomamente. Esta educação pautada pelo depósito de informações e conteúdos por parte dos professores por sobre os alunos não dá mais conta das necessidades atuais da educação.

A educação é uma atividade criativa, além de coletiva, teoricamente e também na prática. Nesse sentido ela deve ser pensada pelos educadores e pensadores, em todas as suas especificidades. Possibilidades, afeto, conhecimento, diálogo. Ao analisar os conceitos, percebe-se que não há resposta perfeita e um professor não pode acreditar que deu a última palavra sobre qualquer coisa.

A educação baseada na análise e criação do conceito identifica-se com a arte, em verdade, ambas em seus processos, nem sempre similares trabalham diretamente com o inesperado; pois, sabe-se o começo da jornada, mas, jamais se sabe aonde se chegará. Segundo John Wilson, no livro *Pensar com Conceitos*: “a análise de conceitos é, na essência, um processo imaginativo: é sem dúvida,

*mais arte que ciência*²⁶. Enquanto alguns pensadores pensam a Filosofia não como ciência, há aqueles que a veem como tal, para esses a Filosofia pode ser também considerada como uma ciência que está embasada principalmente na busca e na descoberta de um problema, ou dos problemas do seu tempo.

5 POR QUE É MAIS DESEJÁVEL UM ENSINO NÃO DEPOSITÁRIO?

Um ensino de qualidade deve permitir que esses talentos desabrochem, devolvendo assim cada cidadão à sociedade o resultado do seu talento — na forma de bons historiadores da cultura clássica, por exemplo, mas também na forma de bons engenheiros, médicos, políticos. Além disso, devemos respeitar as pessoas que não têm qualquer inclinação para os supostos papéis existenciais da cultura ou da filosofia — até porque, na verdade, algumas dessas pessoas são filósofos — que, em qualquer caso, constituem apenas formas disfarçadas de opressão social e manipulação psicológica²⁷.

O processo educacional de Filosofia em todas as suas esferas deve ter o seu ensino pautado por uma elaboração de problemas, um desenvolvimento de argumentações, pensar conceitos, estando embasado em toda a tradição filosófica. Um ensino não dogmático deve ter como base uma abertura do pensamento, atitude que, inevitavelmente, proporciona experiências novas tanto para o aluno quanto para o professor. Ao

²⁶ WILSON, John. *Pensar com Conceitos*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2ª Edição, 2005, p. 32

²⁷ MURCHO, Desidério. Op. Cit, p. 5.

estar em diálogo aberto com as experiências da vida faz-se uma existência autêntica.

Apenas através de um ensino dialógico pode-se ter contato com a experiência do conceito de Filosofia. O ensino baseado nesse método pede por reflexão e permite que, de certo modo, todos sejam alunos, pois, é um ensino que interroga, exigindo que cada um faça autonomamente o movimento da experiência filosófica, do pensar e elaborar o conceito. Um ensino não bancário será o formador de uma classe de cidadãos comprometidos com a independência do pensamento e a não alienação e exploração do homem, condições indispensáveis para uma existência autêntica.

O ensino de Filosofia que promove a atitude filosófica pauta-se em não acreditar que o suposto é verdadeiro, por isso, faz-se necessário pô-lo sempre à prova, sendo através dessa característica tensional entre o conhecimento e sua validação que dão a certeza ou não de sua verdade. O professor e o aluno devem estar fora do território das certezas. Assim o estudante deve ser jogado na inquietude das descrenças por perceber quão variadas são as respostas a questões fundamentais da vida. O que é o bem e o mal, o belo, a vida, o mundo, etc. Uma educação bancária, configurada por um modelo acroamático de ensino, apenas pelo acúmulo de conteúdos não se apropria da existência e do conhecimento que acontece a partir do interesse, da desconfiança.

O ensino argumental é libertador, pois privilegia o partear de ideias, ação essencialmente libertadora, ética, que exige do professor de Filosofia, uma busca constante, uma práxis da pergunta, da dúvida, sendo a Filosofia a culminação da racionalidade, lócus onde a Filosofia se faz e se realiza. Nessa ensinagem, a partir de uma unidade primitiva, “os problemas não desaparecem, pois, que se deslocam para explicar como “do

mesmo” surge “um outro”²⁸. Portanto faz-se necessário que na licenciatura em Filosofia os professores e alunos estejam atentos aos acontecimentos históricos, aos temas, aos métodos e até a linguagem que a Filosofia e seus filósofos usaram para se expressar. Não basta apenas compreender a Filosofia e o pensar filosoficamente, pois, sem essa abrangência, o estudo de Filosofia estará desconectado com uma parte do arcabouço necessário para que ele aconteça plenamente. De certo modo, boa parte dos conteúdos que se estuda na licenciatura em Filosofia ao longo dos anos, só entra em vigor na sala de aula quando o professor consegue viabilizar uma comunicação direta com os alunos, fazendo com que esses conteúdos tenham sentido e se tornem representativos para a vida.

As novas tecnologias também devem ser utilizadas de forma libertária para o ser humano. Dessa forma, os laptops, tablets e smartphones não devem ser utilizados de forma convencional, ou seja, apenas como um mecanismo de acesso a aplicativos de textos ou das redes sociais como um espaço de bate papo pura e simplesmente, sem explorar todas as possibilidades de pesquisa e de informação possíveis nesses dispositivos para um processo de construção de conhecimento efetivamente autêntico, no sentido desse conhecimento ser cada vez mais autônomo.

Um ensino não depositário estimula tanto no aluno como no professor, a busca pela pesquisa individual, mesmo num trabalho em equipe, a individualidade é essencial para a realização da atividade solicitada e o próprio aluno tem a noção da sua responsabilidade com a pesquisa e a ética.

²⁸ PORTA, Mario Ariel Gonzalez. Op. Cit. pág. 49

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ensino de Filosofia na universidade deve ter o compromisso em formar professores capacitados e engajados para problematizar os temas e sistemas da tradição filosófica, atentos a relacionar os fatos cotidianos com a crítica filosófica e na elaboração e construção de conceitos novos. Dessa forma, serão provocadas maneiras novas quanto à concepção de algumas formas clássicas de pensar tanto a Filosofia, como o conhecimento. Seja na universidade nos cursos de licenciatura, ou, bacharelado e na escola, tanto no ensino fundamental como no ensino médio.

A educação formal é o reflexo de políticas públicas determinadas conforme as deliberações dos detentores do poder político e econômico, no entanto, dentro das salas de aula, os professores podem e devem produzir acontecimentos que estejam alinhados com os devires minoritários. A partir dessa prática muitos processos de mudança serão impulsionados.

A sociedade vigente imprime uma lógica de modulação do indivíduo e nesse sentido, muitos dos passos dos cidadãos, são vigiados, observados, qualificados e quantificados. “*O consumo de cada pessoa tem implicações políticas. O lazer e ocupação do tempo individual também*”²⁹. Por isso faz-se necessário uma educação que opte por uma resistência, que estimule a não domesticação dos alunos, alunos que serão professores e consequentemente de toda a sociedade no presente e no futuro. A formação em Licenciatura em Filosofia deve ser um ponto de toque e mudança na própria concepção da educação como um todo, em todas as disciplinas e áreas do saber. Não importa apenas formar construtores se não se buscar construir diferente. Não nos importa formar médicos se

²⁹ GONTIJO, Pedro Egnaldo. Entrevista, Revista Filosofia. In: *Ciência e Vida*. Ano VIII, n. 99, out. 2014, p.7.

não se buscar clinicar de uma maneira nova. Sendo assim todas as áreas do saber precisam ter um compromisso com um ensino não depositário. Cada novo profissional formado deve estar comprometido com a inovação, com a construção de uma sociedade menos desigual, ecológica e acima de tudo que liberte o homem do seu estado de inércia frente à tecnicidade e às questões que diminuem a humanidade e o mundo em si. Portanto, uma formação ética do professor de filosofia se dá quando não ocorre ensino bancário, impedindo que o professor seja um agente de propagação desse modelo de formação humana.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDDT, Hannah. *A vida do espírito, o pensar, o querer, o julgar*. Tradução: Antonio Abranches, Cesar Augusto R. de Almeida e Helena Martins, Rio de Janeiro: Relume Dumará, 4ª edição, 2000.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

FERRY, Luc. *Aprender a viver*. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2010.

GALLINA, Simone. O Ensino de Filosofia e a criação de conceitos. Cad. Cedes, Campinas, vol. 24, n. 64, p. 359-371, set./dez. 2004.

GELAMO, Rodrigo Pelloso, O Ensino de Filosofia entre a problemática Pedagógica e a questão filosófica o que faz o filósofo quando seu ofício é ser professor de filosofia? São Paulo: Editora UNESP, 2009.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Tradução e revisão: Márcia Sá Cavalcante Schuback; posfácio: Emanuel Carneiro Leão. Petrópolis: Vozes, 2012

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Cidade Editora, 1983.

KASTRUP, Virgínia. Políticas Cognitivas na formação do professor e o problema do devir-mestre, *Educ. Soc.*, Campinas, vol. 26, n. 93, p. 1273-1288, Set./Dez. 2005

MACHADO, Roberto. *Deleuze, a arte e a filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2009.

MATOS, Junot Cornélio. A Filosofia vai à Escola. In: H. Guido; J. B. de Almeida Júnior; M. Danelom (Org.). O transversal e o conceitual no ensino de filosofia. Uberlândia: Editora da Universidade Federal de Uberlândia-EDUFU, 2014.

MATOS, Junot Cornélio. A formação dos professores para o Ensino de Filosofia. IN: MATOS, Junot Cornélio e COSTA, Marcos Roberto Nunes (org.). *Ensino de Filosofia: Questões fundamentais*. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2014.

MURCHO, Desidério - Entrevista, *PROMETEUS*. Ano 3, nº 5, janeiro-julho, 2010.

NIETZSCHE, Friederich Wilhelm, Assim Falou Zaratustra: Um livro para todos e para ninguém, tradução: Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014.

PORTA, Mario Ariel Gonzalez. *A Filosofia a partir de seus problemas*. São Paulo: Editora Loyola, 3ª edição, 2007.

SILVA, Luis Lucas Dantas da; ARAÚJO, Willamis Aprígio de. Filosofia do diálogo e a formação do professor de Filosofia: Uma contribuição buberiana. In: MATOS, Junot Cornélio e COSTA, Marcos Roberto Nunes (Org.). *Ensino de Filosofia: Questões fundamentais*. Recife: Editora Universitária-UFPE, 2014.

WILSON, John. *Pensar com conceitos*. Tradução: Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2ª Edição, 2005.

A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Leidiany Alves Reis Vitor¹

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata dos primeiros aportes de estudo científico para demonstração da evolução e inserção da mulher no mercado de trabalho, logo de início, percebe-se que este trabalho visa apresentar um contexto histórico e cultural da mulher frente ao mercado de trabalho e sua acumulação de funções. Não temos por pretensão trazer ou retomar a discussão de políticas quanto a disputa de gênero, leis protetivas, estabelecimentos de mecanismos equiparatórios ou temas como assédio no ambiente de trabalho, mas demonstrar a deturpação da figura feminina frente aos relatos da história e sua perseverança como fonte de inspiração ao trabalho árduos empregado por todos aqueles que preferem viver em uma sociedade com paridade de *armas* do que incluir em novos textos legais mecanismos de distinções de gêneros.

2 ANÁLISE CULTURAL HISTÓRICA

Para darmos início ao presente trabalho, utilizaremos uma ferramenta cultural da música popular brasileira a canção *Ai, que*

¹ Advogada. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco. Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Salgado de Oliveira. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela ATAME. Ingressa no Programa de Atualização de Ciências Jurídicas da Universidade de Buenos Aires – UBA. Ingressa no Programa de Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil pela ATAME.

saudade da Amélia, de Mário Lago e Ataulfo Alves², a qual associa a figura da mulher com lar, serviços domésticos, força e sua adaptação, ou mesmo conformismo com a vida cotidiana.

Nessa inferência, a música acima delineada, mesmo para aqueles os quais desconhecem por completo seu histórico - como música popular brasileira - a expressão Amélia é gravada no imaginário da população brasileira como a *mulher de verdade*.

Quando buscamos de maneira aleatória no dicionário Aurélio a expressão “Amélia”, igualmente encontramos sua definição “[Do antr. Amélia, do samba “Ai! que saudade da Amélia”, de autoria de Ataulfo Alves e Mário Lago.] S. f. Bras. Pop. 1. Mulher que aceita toda sorte de privações e/ou vexames sem reclamar, por amor a seu homem”³

Mas no que consiste a mulher? De onde se origina a expressão mulher? E sua associação ao trabalho doméstico? Quem é a mulher de verdade? Pois bem, essas são justamente as perguntas iniciais que impulsionaram o presente estudo.

Na língua portuguesa nos referimos ao sexo feminino como *mulher* ou *esposa* o que se assemelha em outros idiomas, contudo, esse verbete apresenta uma associação a expressão *mulier*⁴

² “Ai que saudade da Amélia! Nunca vi fazer tanta exigência Nem fazer o que você me faz. Você não sabe o que é consciência. Nem vê que eu sou um pobre rapaz. Você só pensa em luxo e riqueza. Tudo que você vê você quer. Ai, meu Deus, que saudade da Amélia. Aquilo sim é que era mulher. Às vezes passava fome ao meu lado. E achava bonito não ter o que comer. E quando me via contrariado. Dizia: Meu filho, que se há de fazer. Amélia não tinha a menor vaidade. Amélia é que era mulher de verdade. Amélia não tinha a menor vaidade. Amélia é que era mulher de verdade”²

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Edição Histórica 100 anos. Curitiba: Positivo Livros, 2010.

⁴ <https://pt.wiktionary.org/wiki/mulier#la> . Consulta em : 08/02/2017.

do latim, e talvez este seja o caminho traçado para associação de mulher como sexo frágil.

A expressão *mulher* no idioma português bem como no espanhol e *catellano* em muito se assemelham não apenas em sua escrita, como também em suas variedades de sinônimos, os quais podem ser: feminino, fêmea, esposa, cônjuge.

Nesse sentido, partimos do pressuposto que *mulher* para sua caracterização não basta ser necessariamente pertencente ao sexo feminino, mas tem que ser alguém a qual conviva com o sexo oposto de maneira matrimonial e pertença a uma comunidade.

Desde os tempos mais antigos, das civilizações passadas, a mulher tem sido objeto dos mais diversos estudos filosóficos e culturais, tem presença marcante e heterônoma na criação do mundo, guerras e edificação dos lares.

Na criação do mundo, conforme percepção popular do texto Bíblico, a mulher aparece de maneira secundária como aquela que foi criada mediante uma costela de Adão para servir-lhe de companheira.⁵

Ao que pese, hodiernamente, a existência de interpretação diversa quanto a criação da mulher nos textos Bíblicos, dando-lhe a mesma origem quanto a criação do homem - como imagem e semelhança a Deus - está temática permanece obscura, sendo escondida da grande parte da população, e isso nos conduz a uma incessante perpetração da cultura popular do *pão e circo*⁶.

⁵ Bíblia Genesis 2 “Então o Senhor Deus fez o homem cair em profundo sono e, enquanto este dormia, tirou-lhe uma das costelas, fechando o lugar com carne. 22 Com a costela que havia tirado do homem, o Senhor Deus fez uma mulher e a levou até ele. 23 Disse então o homem: "Esta, sim, é osso dos meus ossos e carne da minha carne! Ela será chamada mulher, porque do homem foi tirada".

⁶ **Pão e Circo** “Com o crescimento urbano vieram também os problemas sociais para Roma. A escravidão gerou muito desemprego na

Na Roma antiga, a. C. a mulher e homem trabalhavam havidamente para construção e expansão de sua sociedade, tendo como fundamento sempre a consolidação e perpetração dos *civitas*.⁷

A constituição das famílias em seu modelo tradicional romano trata necessariamente como medida de proteção a identidade romana, contudo, isso em nada impedia o direito tanto do homem quanto da mulher em requerer o divórcio de seu cônjuge.

Pois bem, a mulher assim como o homem tinham a liberdade para estabelecer e desconstituir um matrimônio por diversas razões, tais como: morte, em caso prisão, em caso de perda da capacidade de cidadania, impedimentos, falta de afeto, cumprimento dos deveres matrimoniais.⁸

Para contextualizar, tomemos como exemplo Antígona em seu discurso com Creonte, essa estória passa em Tebas onde Antígona uma das filhas de Édipo enfrenta o decreto de seu soberano e tio - Creonte - para que se possa sepultar Polinice seu

zona rural, pois muitos camponeses perderam seus empregos. Esta massa de desempregados migrou para as cidades romanas em busca de empregos e melhores condições de vida. Receoso de que pudesse acontecer alguma revolta de desempregados, o imperador criou a política do Pão e Circo. Esta consistia em oferecer aos romanos alimentação e diversão. Quase todos os dias ocorriam lutas de gladiadores nos estádios (o mais famoso foi o Coliseu de Roma), onde eram distribuídos alimentos. Desta forma, a população carente acabava esquecendo os problemas da vida, diminuindo as chances de revolta.” <http://www.suapesquisa.com/imperioromano/> Disponível: 10/02/2016.

⁷ CIVITAS só a um o cidadão o romano, condição de romano. <https://pt.wiktionary.org/wiki/civitas>

⁸ IGLESIAS, Juan. Direito Romano. 1º edição brasileira, traduzida a partir da 18º edição espanhola, publicada pela Sello Editorial, Barcelona, 2010.pg.692

irmão o qual lutou a favor de Argos travando uma guerra contra própria Tebas. Após a morte de seus irmãos - Polinice e Etéocles - foi estabelecido todas as honrarias para sepultamento do Etéocles e quanto ao outro irmão, Polinice, foi determinado que o mesmo tratava-se de criminoso, por atentar quanto a própria Tebas, logo lhe sendo imputado como condena omissão quanto ao seu sepultamento. Em meio a esse cenário, Antígona em uma representação da mulher forte e perspicaz, dedicada as causas humanas invocou as leis naturais - aquelas não escritas - de valores éticos e morais para representar o direito a um sepultamento a seu irmão.⁹

Observa-se que, contrário ao que muito se difunda em nossa cultura a mulher na Roma Antiga a.C. tinha a disposição uma certa liberdade, inclusive para constituição e dissolução de matrimônio não estando tão somente vinculada aos aspectos domésticos e familiares.

Um dos grandes divisores quanto a condição comportamental de distinção de gêneros deu-se principalmente em razão da difusão do cristianismo e dos textos sagrados, ao que pese, não podermos apontar este como fator único.

Com a disseminação do cristianismo pelo mundo antigo, Roma, assim como outros povos, viu-se fortemente influenciada pelos ensinamentos de Jesus de Nazaré, pois este ensinava muito mais do que aqueles que o precederam – com sua prática de vida sobre justiça e convívio em harmonia.

Por sua vez, Roma não foi alheia a esses ensinamentos – bem como corroborou o período de conflitos vivenciado - para o reconhecimento e legalização do cristianismo, através do

⁹ SÓFOCLES. Édipo Rei. Antígona. Editora Martin Claret, 2006.

Imperador Constantino o qual recebia influência de sua mãe (Helena)¹⁰.

Foi Constantino mediante a assinatura do Edito de Milão¹¹ quem legalizou a prática cristã estabelecendo as regras e organização administrativas da Igreja.

Com efeito, a legalização do cristianismo implicou diretamente na figura da mulher, a qual apesar de ser *humano* teve sua origem negada, diferenciando a criação do homem e da mulher, com fito de justificar as condutas praticadas por alguns *homens de Deus* os quais adotavam a poligamia.

Ora, algumas práticas comportamentais dos homens fizeram com que fosse alterada a origem criacionista dos gêneros, pois não é crivo ou facilmente aceitável que uma mesma espécie, neste caso, espécie humana tendo a mesma origem adotasse a

¹⁰ https://pt.wikipedia.org/wiki/Helena_de_Constantinopla. Disponível: 15/02/2017. **Flávia Júlia Helena** era o nome da mãe de Constantino a qual é reconhecida pelos historiadores como uma pessoa dedicada ao cristianismo de modo que dedicou-se a percorrer os caminhos traçados por Jesus Cristo de Nazaré, *in verbis*: “Logo após a morte de Fausta, Helena, que teria já perto de oitenta anos, fez uma peregrinação à Palestina. Lá dedicou-se a identificar os alegados locais onde se teria passado episódios da vida de Jesus Cristo. Ordenou a construção de igrejas, como a da Natividade em Belém e o Santo Sepulcro em Jerusalém. Helena faleceu pouco tempo depois de ter regressado da peregrinação, em Constantinopla, tendo sido sepultada em Roma. Em 337 foi anunciado que a cruz onde Cristo foi crucificado (Vera Cruz ou Cruz Verdadeira) teria sido descoberta no Gólgota, tendo Helena sido identificada pela tradição com esta descoberta em finais do século IV.”

¹¹ “O Édito de Milão, promulgado a 13 de junho de 313 pelo imperador Constantino (306-337), assegurou a tolerância e liberdade de culto para com os cristãos, alargada a todo o território do Império Romano.” *Édito de Milão* in Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2017. [consult. 2017-02-15 21:28:35]. Disponível na Internet: [https://www.infopedia.pt/\\$edito-de-milao](https://www.infopedia.pt/$edito-de-milao). Disponível em 15/02/2017.

poligamia. Ou seja, a diversidade comportamental entre os sexos foi fator determinante para o reconhecimento de origem distintas entre os gêneros.

Passado pela fase de reconhecimento do cristianismo e conseqüentemente a origem e criação dos gêneros, a mulher cada vez mais se tornou reclusa em lares e dedica as suas famílias.

Inobstante, com evolução ou em outras palavras o desenvolvimento cíclico social, mais uma vez a mulher passa a figurar mais ativamente no ambiente político social, sendo figura marcante não apenas para constituição e educação de seus lares como também servido de arrimo de família. As mulheres passam a assumir papel proeminente no mercado de trabalho.

Contudo, ao que pese esse novo formato de sociedade o qual mais se firmou após a revolução industrial, faremos novamente um pequeno recorte, voltando novamente ao texto musical que deu início ao presente trabalho, o qual curiosamente, ao que pese ter sido escrito em meados de 1942, mais uma vez retoma o ideal de mulher frágil, conformada e vinculada ao lar. Cumpre-se destacar, que apesar da existência de um grande lapso temporal entre a legalização do cristianismo e a criação desta música a mulher a qual retratamos “*Amélia*”, muito se assemelha com ideal feminino apresentado pelas escrituras sagradas e está por mais uma vez é a representação da típica *mulher de verdade*.

3 A MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Muitos são os historiadores e demais estudiosos que se dedicam para definir de maneira clara e concisa a inserção da mulher no mercado de trabalho não doméstico, em sua maioria os posicionamentos convergem quanto ao período de Revolução Industrial e o maquinismo, sendo esse o instrumento para o fortalecimento do sistema capitalista.

Seja em razão da Revolução Industrial ou consequentemente pelo próprio capitalismo, a convergência dos estudos encontra-se na migração das famílias das zonas rurais para cidades e posterior adequação dos mecanismos de controle social familiar.

Ocorre que, para o crescimento natural dos meios de produção e sua vinculação direta com o capitalismo, este não teve de forma direta uma intervenção Estatal, pelo contrário a nova ordem de produção e economia cresceu naturalmente pelo interesse das classes sociais imergente.

Nesse sentido, logo veio a necessidade direta para intervenção na base familiar, onde foram construídos meios, com auxílio da Igreja, para que as famílias reduzissem o número de filhos, para que então elas pudessem deixar os lares e retornar ao trabalho externo.

Ocorre que, a inserção, ou melhor, o retorno da mulher aos trabalhos externos trouxe uma forte ruptura no sistema familiar da época, isto, pois, de um lado ainda era mãe, esposa que deveria coadunar sua postura profissional com a de uma mulher vinculada ao seio materno, e de outro lado era necessária sua mão de obra externa para auxiliar no pagamento das despesas domiciliares.

Nesse sentido, houve de fato um intervencionismo Estatal o qual delimitou uma forma de "discriminação positiva" ao mercado de trabalho feminino, a qual vemos nas palavras de Amanda B. Caubet, transcorreu como forma de delimitar certa isonomia, *in verbis*:

"(...) esta situación dio lugar a una fuerte corriente legislativa que, desde la mitad del siglo pasado, tendió a otorgale a la mujer condiciones especiales de trabajo; en este

sentido, destaco que cuando a la mujer se la iguala a través de una desigualdad de derecho, justificada en razones de hecho que se imponen al legislador en un contexto cultural y social determinado, existe discriminación protectora (positiva) de la mujer, en cambio, la discriminación es peyorativa cuando a la mujer se la perjudica en igualdad de situación con el hombre, que es lo que la ley pretende evitar.

Destarte, este inconcretismo para basilação dos direitos entre gêneros diversos não é um tema totalmente novo, isto, pois, já foi amplamente especificado entre os estudos de Platão.

Principiologicamente, foi Platão quem deu inicio aos estímulos para os estudos quanto a isonomia entre gêneros, contudo, a isonomia trabalhada pelo Filósofo tem como ponto de partida a caracterização acerca do Bem e do Mal, onde a mulher como representante pelo que há de mal.

Desta forma, percebe-se então que a isonomia trabalhada por Platão não se vincula a um método de proteção (positiva) ao gênero feminino, pelo contrário trata-se de um mecanismo equiparatório/discriminatório com certa tendência a eliminação do próprio "mal".

Nessa inferência lógica e sistemática, tem-se que, a origem principiológica para constituição dos mais diversos dispositivos legais o qual ficticiamente tem como objetivo a erradicação das desigualdades entre gêneros, na verdade baseia-se em um instrumento de discriminação negativa, com o objetivo de alimentar ou forjar os elementos distintivos de cada gênero.

Lançada as bases para a demonstração do pensamento crítico distintivo, observa-se que, a história é cíclica onde a força determinante para construção da democracia e o Estado de Direito encontra-se fundada pelo preceito discriminatório, onde a

igualdade não tem por fim dar paridade em direitos, pelo contrário sua inscrição inicial é justamente o aperfeiçoamento dos meios estigmatizastes.

4 FUNDAMENTOS INTERNACIONAIS DA PROTEÇÃO DE GÊNERO

Hodiernamente, a questão de discriminação de gênero e desigualdade de remuneração entre os pares, não se encontra superada, nesse sentido, preocupada com o impacto e repercussão do tema entidades organizacionais diversas tem propostos meios de erradicar a discriminação.

Destarte, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) apresenta diversas recomendações que abordam o tema de erradicação da discriminação, entre elas encontramos a Recomendação de nº 90 (Sobre Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual Valor), a qual apresenta parâmetros gerais basilares para o tratamento isonômico entre os gêneros, com efeito ao mesmo valor sobre trabalhos iguais.

Com efeito, a Recomendação 111 OIT (Sobre Discriminação em matéria de Emprego e Profissão), mais uma vez aborda o tema quanto a igualdade de gênero, contudo, esta recomendação vai além do que dizer que os seres humanos devem ser tratados como iguais, a mesma traz em seu bojo uma definição prévia e não taxativa do que vem a ser discriminação, *in verbis*:

I. Definições

1. (1) Para os fins desta Recomendação, o termo "discriminação" inclui:

a) toda distinção, exclusão ou preferência, com base em raça, cor, sexo, religião, opinião política, nacionalidade ou origem social, que tenha o efeito de anular ou reduzir a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação;

b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha o efeito de anular ou prejudicar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em emprego ou ocupação que possa ser determinada pelo Estado-membro em causa, após consulta com organizações representativas de empregadores e de trabalhadores, se as houver, e com outros órgãos pertinentes.

O Brasil ratificou a recomendação 111 OIT, mediante o Decreto nº 62.150, em 19 de janeiro de 1968, estabelecendo regras e diretrizes constitucionais e infraconstitucionais para tentar erradicar a discriminação de gênero em se tratando de trabalho.

Igualmente a Argentina ratificou a mesma recomendação nº 111, sob a Lei 17.677 em 8 de março de 1968, propondo meios nacionais para o emprego de eliminação da discriminação e posterior ampliação de projetos para eliminar a diferença remuneratória.

Observa-se que, vários países têm empenhado para ratificar as matérias quanto a igualdade de tratamento no mercado de trabalho e disposições de empregabilidade, todavia, a simples ratificação dos direitos inerentes a todo ser humano em si não me parece uma decisão a qual devemos nos honrar. Quando os direitos naturais a humanidade necessita de um intervencionismo legal, e nesse caso internacional, para garantia dos valores básicos a todo ser humano, mais evidenciam nossas deficiências quanto sociedade, pois a regulamentação de direitos e deveres na verdade

traduz-se como uma própria declaração das limitações das leis naturais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Resulta do presente estudo uma reflexão atemporal quanto a posição da mulher frente ao mercado de trabalho frente a própria sociedade, não pretendo, aqui acirrar meras discussões quanto disputas de gêneros simplesmente pelo próprio gênero. O que buscamos vai muito além, trata-se de um olhar histórico cultural o qual apresenta o condão de desvendar o arraigamento do culto a "mulher de verdade".

Ora ao reflexionarmos brevemente quanto ao contexto histórico percebemos que a mulher em muitos períodos, inclusive a.C. já apresentava uma demanda e postura relevante perante a sociedade, não sendo taxada somente como alguém pertencente ao lar.

O retorno da mulher frente aos trabalhos extradomésticos, trouxe a tona um retorno ao tema quanto a valoração desse ser, e qual o poder deveria ser conferido a ela, sem que com isso desfigura-se a imagem utópica da fragilidade.

Ao transladamos o valor da mulher no decorrer histórico somos confrontados quanto sua quase linear conceitualização, e sua reinterada vinculação ao lar.

Destarte, o tema valor tem sido alvo de discussões atuais, pois não basta dizer que as mulheres têm direito ao voto, a tratamento digno, a paridade de saldo remuneratório, mas além disso o que vemos de fato, assim como o caso concreto narrado no presente trabalho é que a mulher mesmo tendo igualdade de "instrumentos" - estudos, conhecimento, aplicabilidade prática - esta encontra em seu caminho muito mais obstáculos para o

desenvolvimento de seu trabalho do que se pertence-se ao sexo oposto.

Para ser mulher com reconhecimento de seu trabalho no mercado faz necessário o implemento de conhecimento, perseverança e mais determinação do que seu colega ao lado, pois uma falha ou falta representa não uma ocasionalidade, mas sim um total descredenciamento de suas capacidades.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELEM, EULER DE FRANÇA. A história da criação da música. "Amélia" por Mário Lago e Ataulfo Alves». *Jornal Opção, Edição 2075. Cópia arquivada desde o original em 4 de dezembro de 2016*. Consultado em 4 de dezembro de 2016 Verifique data em: 08/02/2017.

BIBLIA SAGRADA: Nova Versão Internocional/ (traduzida pela Comissão de Tradução da Sociedade Bíblica Internacional). - São Paulo: Editora Vida, 2000.

CAUBET, Amanda. Trabajo y seguridad social. - 1º ed. - Buenos Aires. Errepar, 2002. pg.469.

CIVITAS só a um o cidadão o romano, condição de romano. <https://pt.wiktionary.org/wiki/civitas>.

"Édito de Milão in Artigos de apoio Infopédia [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2017. [consult. 2017-02-15 21:28:35]. Disponível na Internet: [https://www.infopedia.pt/\\$edito-de-milao](https://www.infopedia.pt/$edito-de-milao). Disponível em 15/02/2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Edição Histórica 100 anos. Curitiba: Positivo Livros, 2010.

<http://www.suapesquisa.com/imperioromano/>Disponível: 10/02/2016.

IGLESIAS. Juan. Direito Romano. 1º edição brasileira, traduzida a partir da 18º edição espanhola, publicada pela Sello Editorial, Barcelona, 2010.pg.692

SÓFOCLES. Édipo Rei. Antígona. Editora Martin Claret, 2006.

A “PRECARIZAÇÃO” OU “POBRETIZAÇÃO” DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS) COMO FORMA DE AFASTAR A PRESTAÇÃO UNIVERSAL CONSTITUCIONAL À SAÚDE

Marcelo Augusto Travezani¹

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo a organização e prestação do direito a que faz *jus todo* cidadão ficou a cabo do Estado. Teremos, no início, os direitos humanos, inerentes da própria condição de *ser humano*, posteriormente foram sendo reconhecidos pelas ordens jurídicas dos diversos Estados, através da positivação em Cartas e Textos Constitucionais, e elevados à esfera de Direitos Fundamentais.

A saúde tem inquestionável importância na preservação da dignidade humana e não há como cogitar a existência de uma vida digna se não assegurado a todos os cidadãos os préstimos e variáveis existentes na preservação e luta pela saúde. Portanto a saúde deve ser resguardada pelo Estado e qualquer argumento que vise à redução do conteúdo deste Direito, importa em clara violação Constitucional.

No Brasil, esses direitos estão garantidos no Texto Constitucional de 1988. Mas a efetividade desses Direitos não

¹ Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário; Mestre em Direitos de titularidade difusa e coletiva pelo Centro Universitário Salesiano - Unisal - UE Lorena, professor de Direito do Trabalho nos cursos de pós graduação da Universidade Estácio de Sá, Unisal UE Lorena e Unifatea. Professor de Direito e Processo do Trabalho e Previdenciário da Faculdade de Ciências Humanas de Cruzeiro - FACIC.

implica em pequenos investimentos. Então surge um grave conflito entre a necessidade dos indivíduos de verem seus direitos garantidos e a impossibilidade econômica do Estado de prestá-los, frente à escassez de recursos financeiros. Assim os atuais administradores Públicos, representado principalmente pelo Poder Executivo, vêm gradativamente “sucateando” o Sistema Único de Saúde e colocando a falsa ideia de que o Sistema Único de Saúde, bem como a prestação da Saúde no Brasil se destina à pessoa carente, pobre na acepção da palavra. É claro que existe a obrigação estatal de promover a igualdade e assistir aos mais necessitados, mas sem excluir da prestação os que possuem, de certa forma, condições.

Contudo o Poder Judiciário guardião das normas, vem entendendo sistematicamente que tal alegação é desprovida e descabida, e sendo assim torna-se claro que o SUS é de acesso universal bem como igualitário a todos os cidadãos residentes no Brasil.

2 DO DIREITO À VIDA

O Direito à vida passa pelo estudo prévio de um princípio supraconstitucional e universal que é a Dignidade da Pessoa Humana. Este é o princípio basilar de uma sociedade democrática.

No artigo 1º, inciso III, da CF, este princípio compõe o rol de fundamentos de um Estado Democrático de Direito, sendo, também, fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo segundo a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Dignidade da pessoa humana é um princípio de ordem universal, apesar de estar abarcado pela Carta Magna Republicana é um princípio de ordem supraconstitucional.

Alexandre de Moraes (2006, p. 128/129) nos traz a definição sobre o tema:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Não obstante, Adilson Sanchez (2012, p.109) nos ensina:

Nenhum outro princípio revela-se tão próximo à questão social. Ao Estado cabe a prerrogativa de atender a dignidade dos cidadãos para o seu bem-estar, para a possibilidade de se viver com felicidade.

Assim, analisamos que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um critério unificador de todos os direitos fundamentais, o qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau. Para termos a justiça social, necessário se faz que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana seja eficaz.

O direito à vida, considerado um dos direitos humanos por todas as declarações internacionais, surge como o mais importante deles, por ser pressuposto indispensável para aquisição e o exercício de todos os demais direitos.

A vida humana tem início com a fecundação, mas a sua proteção jurídica enquanto tal só tem início a partir do momento em que o óvulo fecundado se fixa na parede uterina e principia a gestação, até que ocorra o nascimento, cujo marco inicial são as contrações para a expulsão do feto.

Sob a ótica da Lei civil brasileira, Lei 10.406/2002, considera-se pessoa o ser humano que nasce com vida. Em termos jurídico-penal, a vida humana é tutelada desde o período intra-uterino. Assim é que, quando o legislador define a conduta delitiva do aborto, tem-se como objeto jurídico a vida humana.

O direito à vida, disposto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, deve ser compreendido de acordo com uma visão global que dele se faça, incluindo na sua interpretação outros valores superiores, entre os quais se destaca a dignidade humana, elevando-o à categoria de princípio fundamental da República Federativa do Brasil.

Para José Afonso da Silva (1996, p.195):

Consiste no direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo ao contrário ao estado da morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por esta razão que se considera legítima defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação própria.

Então o Estado tem a obrigação de cuidado de toda a pessoa humana que disponha ou não de recursos suficientes para subsistência, bem como a efetivação de órgãos competentes públicos ou privados, por meio de permissões, concessões ou convênios, para prestação de serviços públicos adequados que pretendam prevenir, diminuir ou extinguir as desigualdades existentes para um mínimo de vida digna da pessoa humana, mas sem, contudo excluir os menos necessitados, ou aqueles que possuem condições, mesmo porque estes cidadãos que possuem condições são, em grande parte, os trabalhadores contribuintes do Sistema da Previdência Social que por sua vez é a principal fonte de custeio da Saúde no Brasil.

Historicamente, os direitos humanos de segunda geração começam a serem pensados na Revolução Industrial europeia, a partir do início do século XX em decorrência das péssimas condições de trabalho e da forma degradante em que se encontravam os trabalhadores da época. Após a Primeira Grande Guerra surgem dois importantes documentos que vão tratar dos direitos sociais, a Constituição de Weimar em 1.919 na Alemanha e o tratado de Versalhes, que dentre outros temas cria a OIT. Assim os direitos humanos de segunda geração vão abordar os direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo assim aos direitos de igualdade.

Atualmente, no Brasil, o capítulo II do Título I da Constituição da República Federativa do Brasil nos traz os direitos sociais. Ressalta-se que a as normas garantidoras fundamentais têm sua aplicação imediata segundo a regra da autoaplicabilidade prevista no § 1º do artigo 5º da Norma Constitucional. Isso implica que o Estado é responsável pela implementação dos direitos fundamentais sociais, que são essenciais para que os seres humanos usufruam de um padrão mínimo de dignidade, e caso

não cumpra com este dever constitucional, é permitido ao Poder Judiciário atuar e conferir a proteção e garantia dos direitos aos indivíduos.

Na definição de José Afonso da Silva (1996, p.277):

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualação de situações desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

O artigo 6º da Carta Magna enumera de forma não taxativa, os principais direitos sociais que são: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. Este rol constitui em um mínimo vital, sendo esses direitos essenciais para que o ser humano desfrute de uma vida digna. Ao prescrever tais direitos como um mínimo existencial, o legislador Constituinte objetivou dar a todos os seres humanos que vivem em nosso país uma melhor condição de vida.

Para José Joaquim Gomes Canotilho (2008, p.38):

(...) posituação dos direitos sociais, através da consagração constitucional de garantias institucionais (Institutionelle Garantien), obrigando o legislador a proteger a essência de certas instituições (família, administração local, saúde pública) e a adotar medidas estritamente conexas com o calor social eminente dessas instituições;

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior (2008, p.705/706):

(...) os direitos sociais representam uma garantia constitucional das condições mínimas e indispensáveis para uma existência digna. E o princípio da dignidade da pessoa humana é o melhor fundamento, entre tantos outros, para a aceitação de um direito subjetivo público aos recursos materiais mínimos concernentes à saúde. Desse modo, é obrigação do Estado Social proporcionar ao indivíduo os recursos necessários à garantia de um padrão mínimo de satisfação das necessidades pessoais, como modo de realização de sua plena felicidade. Ressaltamos que, na Alemanha, onde inexistia previsão constitucional de muitos direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a “garantia do mínimo existencial”, defendendo a necessidade de o Estado Social intervir para assegurar a existência vital da pessoa humana.

Fica claro que o ser tem o direito, e o Estado o dever, a preservação da vida. Não se trata da vida pura e simples no sentido de existência, trata-se da preservação da vida como um direito fundamental, garantindo uma vida digna.

O Direito à saúde é parte integrante do conjunto de direitos chamados direitos sociais, que tem como inspiração o valor da igualdade entre as pessoas. Com toda certeza, o pior momento da vida de um ser humano é quando ele se defronta com a perda ou redução de caráter temporário ou definitivo de sua qualidade de vida bem como de sua locomoção, decorrente de doenças ou problemas de saúde.

Têm, portanto, a saúde inquestionável importância na preservação da dignidade humana e não há como se cogitar a existência de uma vida digna se não for assegurado a todos os cidadãos o Direito à saúde, sendo este abarcado como mínimo para a existência do ser humano. Nos ensinamentos de Frederico Amado (2012, p.78):

De efeito, a saúde é certamente um dos direitos fundamentais mais difíceis de ser implementado com qualidade, justamente em razão dos seus altos custos de operacionalização. É tratada na Constituição de 1988, especialmente pelos artigos 196 a 200, com regulamentação dada pela Lei 8.080/90, sendo dever do Poder Público e, todas as suas esferas prestá-las a todos os brasileiros, estrangeiros residentes e mesmo aos não residentes, havendo uma solidariedade entre todos os entes políticos.

Caberá ao Estado o dever de resguardar tal Direito sem a possibilidade de argumentação visando redução do conteúdo deste Direito, importando em violação ao texto Constitucional em seu

artigo 196. Nesta senda José Afonso da Silva (1996, p.761), explica:

A saúde é concebida como direito de todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução di risco de doenças e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam. As ações e serviços de saúde são de relevância pública, por isso ficam inteiramente sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização.

Ingo Wolfgang Sarlet (2013, p. 4165 e-book), nos traz:

Conforme expressamente dispõe o texto constitucional, a saúde é direito de todos, cuidando-se, portanto, de direito de titularidade universal, pois parece elementar que a saúde – à semelhança, aliás, de outros direitos fundamentais –, quer por sua vinculação com os direitos à vida e à integridade física e corporal, quer por sua própria natureza, há de ser um direito de todos (de qualquer um), não podendo ter sua titularidade restrita, pelo menos não de forma generalizada e sem exceções, aos

brasileiros e estrangeiros residentes no País. De outra parte, se até mesmo é possível priorizar, no campo da efetivação do direito à saúde, uma tutela processual coletiva, isto não significa que ao direito à saúde possa ser negada a condição de direito de titularidade individual.

No mesmo sentido estabelece o artigo 2º da Lei 8.080/90 ao afirmar que *“a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”*.

Como nos relata Frederico Amado (2012, p.78) supracitado, um dado importante no que se refere ao direito à saúde, o seu alto custo. Mas o Estado brasileiro, por conta da má gestão dos recursos públicos e desvios de verbas, não pode se eximir da prestação do serviço de Saúde alegando em sua defesa ausência de recursos. Temos no Brasil uma alta carga tributária que assola os trabalhadores e empresas, portanto falta de recursos não pode ser uma alegação plausível para não investimento na área da saúde, nem tão pouco segmentar e escolher a quem dar a prestação na área da saúde, por conta da má gestão aplicada pelos entes públicos.

Diante do abarcado, verifica-se que a Constituição Federal em seu artigo 6º em consonância com o artigo 196, reconhece a saúde como um direito social, fundamental ao ser humano. Com tal conceito, pode-se concluir que a saúde é indissociável de todos, postulando-se em quase todos os princípios resguardados pela constituição. A vida, a dignidade e a igualdade são direitos que não podem ser exercidos plenamente sem que o indivíduo tenha acesso às formas de proteção de sua saúde e deve ter seus direitos reconhecidos.

Para Sérgio Pinto Martins (2008, p.502):

O art. 2º da Lei nº 8.212 dispõe que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Verifica-se que a saúde é um direito público subjetivo, que pode ser exigido do Estado, que, por contrapartida, tem o dever de prestá-lo. Está, assim, entre os direitos fundamentais do ser humano.

A saúde, ainda compreende não só a sua prestação efetiva através da prevenção e da cura, mas também temos fatores determinantes como a alimentação, a moradia, o saneamento básico, etc. A mesma saúde deve ser assegurada pelo Estado e qualquer argumento que vise à redução do conteúdo deste direito não pode ser admitido, importando em violação do texto constitucional.

3 A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO E DO ACESSO À SAÚDE

Como mencionado, temos segundo o artigo 196, da Constituição da República de 1.988, as disposições que asseguram a prestação jurisdicional do Estado em termos de Saúde Pública. Neste sentido leciona Alexandre de Moraes (2006, p.2.095):

(...) a Constituição da República consagra ser a Saúde direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços

para a sua promoção, proteção e recuperação (CF, art. 196), sendo de relevância pública as ações e serviços de saúde cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

Assim, políticas públicas para que este direito seja efetivado é dever do Estado, nas três esferas, Federal, Estadual e Municipal, sendo que as atribuições e competências do Sistema de Saúde são trazidas pelo artigo 200 da Constituição, e refletem o caráter não eminentemente curativo, mas, preventivo e protetivo do direito à saúde.

Temos então que o direito fundamental à saúde implica na existência de deveres do Poder Público, em todas as suas esferas, na organização e no desempenho institucional das políticas públicas de saúde, em relação às suas atribuições relativas à participação no SUS. Deve-se também levar em conta a participação da iniciativa privada quando atuante na área da saúde. Assim, por exemplo, deve-se ter a proibição de legislação que venha impor uma opção exclusiva pela medicina curativa estritamente farmacêutica em detrimento de medidas protetivas mais amplas.

Neste sentido, carece, também, a correta compreensão de princípios constitucionais informadores das políticas públicas, como a integralidade, a universalidade e a não discriminação, princípios norteadores do SUS. Ainda devemos ter uma análise relativa aos direitos e deveres dos titulares à saúde, sejam eles indivíduos, sejam agrupamentos, tem incidência cotidiana e

decisiva na vida de inúmeros cidadãos que se utilizam dos serviços de saúde, especialmente públicos.

É cediço que o Sistema Único de Saúde brasileiro é um dos maiores projetos públicos que visa à inclusão social tendo por objetivo a inclusão social proporcionando acesso a todos os cidadãos aos serviços inerentes à saúde.

Nas palavras de Frederico Amado (2012, p.82 e 83) temos que:

A saúde pública **consiste no direito fundamental às medidas protetivas ou curativas de enfermidades, sendo dever estatal prestá-la adequadamente todos, tendo a natureza jurídica de serviço público gratuito**, pois prestada diretamente pelo Poder Público ou por delegatários habilitados por contrato ou convênio, de maneira complementar, quando o setor público não tiver estrutura para dar cobertura a toda a população.

Portanto, pelo preceito constitucionalmente previsto, abarcado também pelo ordenamento infraconstitucional que prevê a regulamentação do Sistema através da Lei 8.080/1.990 temos os objetivos, princípios e diretrizes que irão reger as competências e atribuições de gestão e execução entre os entes da Federação. Outro dispositivo legal a ponderar é a Lei Complementar 141/2012 que vem dispor sobre o financiamento do SUS.

Destaque-se, em relação aos objetivos e atribuições do SUS, o artigo 5º, inciso II e III, da Lei 8.080/1.990, a necessidade de formulação de política pública na área da saúde destinada a promover, nos campos econômico e social, visando à redução de riscos de doenças e no estabelecimento de condições assecuratórias do acesso universal e igualitário às ações e serviços voltados à

efetiva prestação da saúde, pelos entes federativos, sendo este o entendimento de Fábio Zambite Ibrahim (2009, p. 7): *“Por isso, a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, com o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços necessários para a sua promoção, proteção e recuperação”*.

Essa situação vem reafirmar a dupla condição do direito à saúde como direito individual e direito coletivo, sendo passível de proteção judicial sempre que lesões afetarem tanto a esfera subjetiva do titular do direito enquanto indivíduo, quanto violarem a esfera metaindividual dos direitos coletivos ou difusos à saúde. Essa constatação tem especial relevância em face de demandas objetivando o direito ao fornecimento de medicamentos ou tratamento pelo SUS.

Por fim, o preceito protetivo do SUS, como já relatado, é direito de todos e dever do Estado, que deverá ser garantido por políticas públicas na esfera social e econômica visando não só a redução do risco de doenças, já que temos sérios problemas em relação ao saneamento básico, quanto no tratamento efetivo da saúde, sem a necessidade de qualquer contraprestação ou contribuição. Assim, pela simples leitura do artigo 200 da CRFB, a principal finalidade do SUS é propiciar as pessoas sem distinção, um serviço de saúde adequado às necessidades bem como um serviço público de qualidade que atenda a todos os cidadãos sem qualquer tipo de distinção, seja pobre ou rico.

Temos, inicialmente, o Princípio da Universalidade que está diretamente relacionado ao acesso aos serviços de saúde e todas as pessoas têm direito ao atendimento e cabe ao Estado assegurar este direito. Possui caráter constitucional, não podendo o Estado fazer qualquer tipo de distinção entre seus usuários. Esse princípio não necessita de requisitos para sua fruição devendo ser igualitário e universal o acesso às ações e serviços de saúde.

Portanto, o acesso à saúde independe de qualquer fator contributivo, ou outro tipo de contraprestação por parte do assistido, devendo o Estado apresentar a possibilidade de acesso universal ao Sistema, ainda que o necessitado tenha condições de custear o tratamento ou medicamento pela rede particular.

O Princípio da Integralidade considera a pessoa como um todo atendendo todas as suas necessidades. Sendo assim, deve integrar as ações de promoção, prevenção, tratamento e reabilitação e promover a ligação com outras políticas públicas. Há a prioridade para ações preventivas sem prejudicar os serviços assistenciais que tem por finalidade eliminar ou controlar as causas das doenças.

Já, o Princípio da Equidade tem por objetivo principal minimizar as desigualdades, o que significa tratar desigualmente os desiguais proporcionando um maior investimento onde a carência é maior, como é o caso do saneamento básico nas periferias das grandes cidades. Todo cidadão é igual perante o Sistema Único de Saúde, e o mesmo será atendido conforme as suas necessidades. Com base nesse princípio o SUS tem por objetivo orientar as políticas de saúde de forma satisfatória a toda população. Na lição de Leonardo Martins (2013, p.473 e-book):

Independentemente dessa distinção meramente quantitativa, o preceito constitucional da igualdade é o parâmetro para a aplicação da lei infraconstitucional, que não poderá fazer “distinção de qualquer natureza”. A expressão significa que os órgãos públicos não poderão fazer distinção quando da aplicação da lei ordinária e sugere que a igualdade neste contexto é, conforme já salientado, igualdade em sentido formal, pois implica proibição de distinção, vale dizer, de diferenciação formal, pelo

aplicador do direito (Administração e Judiciário) que não tenha correlato no texto da lei.

Assim, o SUS, sistema previsto constitucionalmente, é garantia institucional da sociedade e submetido à proteção estabelecida às demais normas fundamentais, e tais princípios supracitados servem de escudo para esta efetiva proteção, resguardando contra medidas de retrocesso em geral, pois a saúde pública é salvaguardada pela tutela constitucional protetiva.

4 A FALSA IDEIA DE QUE O SUS É PARA OS POBRES

O Sistema Único de Saúde apresentou um grande crescimento e desenvolvimento nesses últimos anos através de uma maior cobertura dos serviços de saúde e maior acesso da população. Outro fator importante foi à participação popular em ações e serviços de saúde. No entanto, o problema atual do sistema está relacionado com o posicionamento de “sucatear” sob o argumento de grandes gastos com casos que demandam não só um aporte tecnológico, mas também um alto custo que prejudicam o orçamento destinado à saúde.

O fato do Poder Público, independente da esfera, não investir adequadamente seus recursos em saúde não justifica o atual descaso. Com toda a certeza a classe mais atingida é a população carente que se vê refém desse sistema falido. Todas as vezes em que se fala em SUS – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE, logo se tem a imagem do descaso. Tanto é assim que a maioria das pessoas que têm um pouco mais de condições financeira paga duplamente para ter assistência à saúde, sendo um caso de bitributação velada. O fato é que o descaso com a Saúde pública no Brasil leva o contribuinte ao pagamento de um plano de saúde,

pois teme ser atendido de forma precária pelo SUS, assim com o pagam seus impostos e seu plano de saúde para ter sua prestação efetiva e de maneira digna.

O SUS, se dúvida é um dos maiores projetos públicos que tem por objetivo a inclusão social e proporcionar o acesso de todos os cidadãos aos serviços de saúde. No entanto, é certo que apresenta vários problemas como organização, gestão e financiamento. A finalidade principal é propiciar as pessoas sem distinção, um serviço de saúde adequado as suas necessidades bem como um serviço público de qualidade, sendo que a realidade é bem diferente. Necessário se faz que tomem iniciativas adequadas para o bom desenvolvimento e funcionamento do SUS, pois ao continuar desta forma, há uma grande chance deste continuar sendo um serviço disponível somente para a parcela pobre da população, enquanto que os planos privados pra quem pode pagar, o que é uma visão inconstitucional e ilegal, que o Poder Público implanta no ideário da sociedade.

Esta visão é prejudicial não só porque há uma precarização ou “pobretização” do SUS com o claro intuito de fazer a discriminação social, através da segregação econômica que ocorre em relação à prestação de saúde no que tane os planos de saúde, ou seja, o Poder Público deixa a seguinte impressão: O SUS é local de pobre, que não necessita de serviço com qualidade. Quer qualidade no serviço de saúde, pague um plano particular.

Analisando tal fato, o Estado não nos reserva o Direito Constitucional de uma prestação de Saúde com o mínimo de dignidade como prevê a lei e a Carta Republicana de 1988. E mais, reforça a ideia que o indivíduo que paga seus impostos e tem condições de arcar com plano de saúde não podem usar o SUS. Ora tal fato é uma afronta. A liberalidade de se pagar um tratamento particular ou plano de saúde não afasta a obrigação de

uma prestação com qualidade fornecida pelo Estado na área da Saúde. Este sofisma aplicado pelo Poder Público nos dias atuais não pode prevalecer.

Ressalte-se que a intervenção positiva do Poder Judiciário, está firmada na coerção do Poder Executivo em não fugir às suas responsabilidades com relação à prestação obrigatória proposta pela legislação pátria, a fim de garantir a prestação eficiente de assistência pelo SUS, independente de classe econômica. Ora, com efeito, temos no Poder Judiciário o guardião da Carta Republicana e sua obrigação é fazer valer o cumprimento da Lei Maior, em face ao caos gestacional que vive o poder executivo.

As decisões de nossos Colendos Tribunais além de rechaçar a possibilidade da Reserva do Possível, ou qualquer outra forma de discriminação vêm trabalhando no sentido do Estado, seja na esfera Federal, Estadual ou Municipal, efetiva a obrigatoriedade da prestação Universal e satisfatória do Sistema Único de Saúde, pois como amplamente debatido o Direito à Saúde é um Direito personalíssimo, inerente a cada pessoa individualmente concebida.

Por diversas vezes nas demandas judiciais propostas o Poder Público – seja União, Estado ou Município – alega em sua defesa que não há como efetuar o fornecimento adequado da prestação do Serviço de Saúde por ausência de verba. Ora, é fato que o Brasil é um dos países que mais arrecada impostos e sem oferecer mínimo retorno à sociedade, como informa a revista Exame:

Planejamento Tributário (IBPT) mostra que, dentre 30 países pesquisados, o Brasil é que oferece o pior retorno em benefícios à população dos valores arrecadados por meio dos impostos.

O levantamento avaliou os países com as maiores cargas tributárias do mundo, relacionando estes dados ao Produto Interno Bruto (PIB) e ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) de cada nação. O resultado é expresso no Índice de Retorno de Bem Estar à Sociedade (IRBES).

No Brasil, a carga tributária equivale a 35,13% do PIB. Em 2011, o IRBES do país foi de 135,83 pontos, o pior resultado no grupo de 30 economias pesquisadas. Itália, Bélgica e Hungria vêm em seguida no ranking (veja abaixo as 10 primeiras posições).

Diante deste cenário, a alegação de falta de verba cai por terra, deixando expostos dois males que afloram em todas as esferas do Poder Público Executivo: **A CORRUPÇÃO E A MÁ GESTÃO DO DINHEIRO PÚBLICO.**

É inadmissível e desumano, sucatear o SUS com o intuito de reduzir a sua utilização somente as pessoas carentes. As ações que vem sendo julgadas pelas Cortes são no sentido de que todos, indistintamente, têm o direito à saúde de qualidade, que deverá ser ofertada pelo Estado. Assim, independentemente da condição financeira da pessoa o acesso a Saúde de qualidade deve ser garantida pelo Estado.

Em que pese o acima descrito, a intervenção do Judiciário na prestação à Saúde no processo 0000501-85.2014.8.26.0220, movido por D. A. V. face à Prefeitura Municipal de Guaratinguetá – São Paulo e a Fazenda Pública Estadual abarca toda a matéria acima debatida. O menor, portador de autismo, necessita de alimentação especial para seu tratamento. Seus pais não são desprovidos de recursos, nem tão pouco pobres na acepção da palavra. A alegação da municipalidade é que a obrigação de prover

saúde é do Estado e da União, portanto é parte ilegítima para a presente lide, alega também que o autor não é hipossuficiente. Já a tese defensiva da Fazenda Pública do Estado alega que há protocolo geral afastando a necessidade da alimentação solicitada após vinte e quatro meses de vida. Foi concedida a antecipação da tutela jurisdicional, e confirmada liminar pelo Tribunal de Justiça de São Paulo a após a interposição de Agravo de Instrumento. Em sede de recurso de apelação (reexame necessário) ao mesmo Tribunal foi confirmada a sentença de primeiro grau. Das decisões proferidas no presente Processo, ainda cabem recursos aos Colendos Tribunais Superiores (STJ e STF). Com efeito, ressaltamos a necessidade da restrição do estudo somente à fase processual atual.

A sentença em primeiro grau expõe de maneira brilhante a universalidade e a obrigatoriedade do Estado, em qualquer esfera seja União, Estados ou Municípios, em prestar o serviço de saúde.

O Tribunal de Justiça de São Paulo em sede de Apelação / Reexame Necessário nº 0000501-85.2014.8.26.0220, em seção realizada em 27 de janeiro de 2015 na 3ª Câmara de Direito Público, presidida pelo Nobre Desembargador Antônio Carlos Malheiros, tendo como relator o Desembargador Relator Luiz Edmundo Marrey Unit, e a presença do Excelentíssimo Desembargador Camargo Pereira confirmou a sentença de primeiro grau.

Podemos extrair alguns detalhes importantes sobre a obrigatoriedade da prestação de saúde pelo ente público. Primeiramente a capacidade financeira não pode ser óbice para a prestação à saúde por parte do Estado, que se reserva no direito de alegar que o SUS é destinado à prestação de saúde do mais necessitado, ferindo o princípio da prestação universal à saúde. Resta claro nos mais variados artigos que compõe a Constituição

Cidadã de 1988, que esta não só prevê expressamente a existência de direitos fundamentais sociais (artigo 6º), especificando seu conteúdo e forma de prestação (artigos 196, 198 entre outros), como não faz distinção entre os direitos e deveres individuais e coletivos e os direitos sociais, ao estabelecer que os direitos e garantias fundamentais sociais foram acolhidos como autênticos direitos fundamentais. Nessa medida, não paira a menor dúvida que as demandas que buscam a efetivação de prestação de saúde devem ser resolvidas a partir da análise de nosso contexto constitucional, bem como de suas peculiaridades. Todos os entes da Federação são responsáveis pela prestação da saúde, e da promoção de políticas sociais e econômicas para garantir tal prestação de todo e qualquer cidadão que desse direito necessite. Ora, tal argumento, mesmo que por meio de uma apertada tentativa de interpretação gramatical do artigo 196 da CF/88, não passa de um sofisma para justificar a ingerência pública na área da saúde.

Em segundo lugar, o afastamento da desculpa do Estado da chamada reserva do possível cabendo ao judiciário em caso de inércia estatal a realização da obrigação constitucional do cumprimento de um direito fundamental, como é o caso do direito a saúde.

Por fim não há que se falar na intervenção judicial na gestão do orçamento ou ofensa a discricionariedade administrativa uma vez que o Estado não cumpriu com sua obrigação constitucional de prover a saúde, o judiciário como “guardião” da Constituição Federal está cumprindo seu papel diante da omissão estatal.

Não pode prosperar a tese de que o julgamento favorável de uma pretensão dessa natureza importa em mácula ao princípio da divisão das funções estatais. A tripartição do poder estatal e sua

independência em seu exercício, sendo esta divisão dos poderes, em essência, um instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais.

Resta claro que a intervenção judicial, ou ativismo judicial, só está ocorrendo em larga escala no Brasil perante a omissão dos poderes Legislativo e Executivo na concretização e execução de suas obrigações na gestão do país. Assim a intervenção judicial se faz necessária, pois esta omissão e apatia dos entes que compõe a administração pública são claras, sem a prática de políticas públicas eficientes que retornem à população o mínimo necessário para uma vida com dignidade, e não há como haver dignidade sem a prestação de saúde com qualidade à todos independentemente de suas condições financeiras, pois como exposto o SUS é regido pelo princípio da universalidade de sua prestação não podendo fazer qualquer tipo de discriminação ou restrição.

Em caso de restrição no orçamento estatal, falta de recursos, poderia haver uma objeção em face os direitos fundamentais sociais, uma vez que para sua efetivação há que se ter disponibilidade de recursos financeiros. Então o Estado, pela condição econômica, deixaria de praticar certos atos que visem atenuar as desigualdades sociais. Esta limitação se denominou da Reserva do Possível. Assim, nos traz José Joaquim Gomes Canotilho (1998, p.477):

Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo

contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (Vorbehalt des Möglichen) para traduzir a idéia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Assim, face à omissão de implementação de políticas públicas por parte do Poder executivo, e a inércia em instituir leis eficazes por conta do Poder Legislativo, o Judiciário através de ações afirmativas vem combatendo a inércia e a omissão dos outros Poderes, a fim de combater a discriminação ou diferença que existe no país em relação ao tratamento de saúde fornecido pelo SUS. A intenção do Poder Judiciário através de suas decisões é corrigir mitigar ou corrigir ou mitigar os efeitos presentes em nossa sociedade, bem como permitir a concretização da igualdade e acesso aos direitos fundamentais como o direito à Saúde pelo portador de deficiência.

Esse é o entendimento de Gilmar Ferreira Mendes (2.010, p. 838):

Daí concluir-se que o administrador não age na implementação dos serviços de saúde com plena discricionariedade, haja vista a existência de políticas governamentais já implementadas que o vinculam. Nesse sentido, o Judiciário, ao impor a satisfação do direito à saúde no caso concreto, em um número significativo de hipóteses, não exerce senão o controle judicial dos atos e omissões administrativas.

Portanto, o Estado através do Poder Judiciário vem suprindo as omissões dos demais Poderes com o intuito de promover o acesso igualitário na assistência à saúde que já existe tanto descaso em apresentar Políticas Públicas eficientes com o fim de combate aos problemas estruturais e de mão de obra pertinentes ao SUS.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção constitucional ao direito à saúde constitui direito fundamental social ao teor do disposto no art. 6º da Constituição Federal. Assim, individual e concretamente o paciente deverá ser tratado adequada e proporcionalmente as suas necessidades apuradas pelo médico de acordo com as condições existentes no momento do mesmo tratamento. Cuida-se, de uma interpretação conforme a Constituição que não poderia ignorar a hermenêutica proporcional e razoável que o juiz deve dar as normas.

A limitação ao tratamento fornecido pelo Sistema Único de Saúde não pode se restringir somente aos menos favorecidos, pois afrontaria claramente o princípio da Universalidade de Prestação, permitindo somente aquelas pessoas necessitadas tivessem acesso ao tratamento dispensado pelo poder Público.

Não se poder admitir a limitação do tratamento somente aos mais necessitados, e aplicar o descaso com a Saúde para que sua precarização evite uma assistência a todos, tendo em vista que diante das péssimas condições impostas pelo Poder Público na prestação de saúde leve o cidadão que possui um pouco mais de condições a pagar por um plano de saúde, arcando assim duplamente com o custeio do sistema já que não há uma isenção de imposto ou reembolso do valor dispensado ao pagamento do plano de saúde. Ressalte-se que o fato de receber abatimento no

Imposto de Renda não importa na devolução integral do montante pago com planos de saúde ou despesas médicas.

Temos, então, que o direito à saúde é um direito personalíssimo e como tal deve ser tratado por ser cada pessoa única e a forma medicamentosa ou o tratamento pode sofrer alterações em cada caso, mas o acesso deverá ser de forma universal, difusa, atendendo a todas as pessoas indistintamente.

O mérito se circunscreve, portanto, à prestação de saúde pelo Poder Público de forma universal e igualitária, como depreende o ordenamento jurídico pátrio. Assim caberá ao judiciário, como guardião constitucional, a coerção, perante a omissão e consequente elaboração de políticas públicas eficientes por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Caberá ainda ao judiciário, compelir o Estado na obrigação em fornecer tratamento digno, universal e igualitário. Não há que se falar na intervenção judicial no orçamento. Trata-se de omissão e má gestão do dinheiro público, que em muitas vezes se perde por conta a corrupção institucionalizada em nosso país. O ativismo judicial neste caso se faz necessário para suprir a omissão estatal sem fazer qualquer limitação a aplicação do direito, independente de requisitos como condição econômica.

O Estado não pode se valer da precarização ou “pobretização” do SUS com o intuito de compelir as pessoas com condições a terem planos de saúde e afastar a obrigatoriedade do Estado em prover saúde com qualidade, excluindo a necessidade da prestação estatal pessoas com condição. Este ato só faria sentido se todos que tivessem planos de saúde fossem isentos de pagamento dos tributos, pois quando se paga imposto pela saúde e plano de saúde temos uma bitributação velada. Ainda que se restitua parte do pagamento no Imposto de Renda, a restituição não é total.

É cediço que a fonte de custeio com a Saúde se encontra, grande parte na Seguridade Social. Portanto todo trabalhador ao recolher sua contribuição previdenciária contribui também com a Saúde. Assim a violação e segmentação estatal na prestação da Saúde, seja pela falaciosa ausência de recursos, reserva do possível, ausência de políticas públicas eficientes é uma afronta ao Estado Democrático de Direito, pois viola intimamente os direitos fundamentais. Ainda há que se ressaltar que em nosso país, talvez a grande ausência de recursos se dá pela má gestão do recurso público e pela corrupção que assola todas as esferas do Poder Público, seja no Executivo, no Legislativo ou Judiciário.

Portanto, a gestão de forma incorreta do dinheiro Público por parte de seus administradores, não pode tornar-se subterfúgio para o não cumprimento de um Direito supraconstitucional ligado diretamente ao Direito à Vida que é o Direito à Saúde.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. *Direito e Processo Previdenciário sistematizado*, 3ª ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 41. ed. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo A. Comentário ao artigo 1º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. x-y.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*, 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

JÚNIOR, Dirley da Cunha. *Curso de Direito Constitucional*, 2.^a ed. Salvador: *Jus Podivm*, 2008.

_____. Lei n.º 8080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. DOU, Poder Executivo, Brasília, DF, 20 set. 1990.

_____. Lei Complementar n.º 141 de 13 de janeiro de 2012. Regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor 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; revoga dispositivos das Leis n.ºs 8.080, de 19 de setembro de 1990, e 8.689, de 27 de julho de 1993; e dá outras providências. DOU, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de janeiro de 2012.

_____. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002.** Institui o Código Civil brasileiro. Publicado no DOU em 11 de janeiro de 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito da Seguridade Social*, 26^a ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, 6^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

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

SANCHEZ, Adilson. *Advocacia Previdenciária*, 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13^a ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ARTE E DIREITO: Literatura, cinema e a ciência jurídica

Maria Gabriela de Assis Souza¹
Jannice Amóras Monteiro²

1 INTRODUÇÃO

A arte pode ser conceituada como sendo “a *capacidade humana de criação e sua utilização com vistas a certo resultado, obtido por diferentes meios*”, de acordo com a definição do Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa (2010, p. 143). Por esse conceito básico, podemos dizer que todas as criações realizadas pelo ser humano para expressar uma visão ou abordagem sensível dos fatos cotidianos ou de acontecimentos do mundo, seja este real ou fruto da imaginação, são representações de arte. Através de recursos plásticos, linguísticos, visuais ou sonoros, ou ainda a cumulação de vários desses recursos, a arte permite expressar ideias, emoções, percepções e sensações.

O direito, no sentido jurídico do termo, é “*palavra derivada do latim, *directu*, que substituiu o termo *jus*, do latim clássico, por ser mais*

¹ Advogada e aluna do Curso de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela UBA – Universidade de Buenos Aires.

² Registradora de Imóveis. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo (USP). Discente do Curso de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela UBA – Universidade de Buenos (UBA). Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), sendo aprovada com nota máxima. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP). Graduada em Direito e em Administração Comércio Exterior. Concluinte dos cursos de pós-graduação Contratos Internacionais, na Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP), e Direito e Economia das Relações Comerciais Internacionais, na Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP).

expressiva. O jus era o conjunto de normas formuladas pelos homens, destinadas a dar ordem à vida em sociedade”, de acordo com a definição de GUIMARÃES (2010, p. 99). E explica que, remotamente, a palavra direito significa conduzir, guiar, porém, atualmente, a palavra traduz o conjunto de normas de conduta impostas para regularizar a convivência humana.

A princípio, tendo um frente as duas concepções básicas de arte e direito já podemos identificar uma possível relação entre as duas disciplinas, que mostram-se, em primeira análise, bastante semelhantes, pois ambas são criações humanas. A diferença está no objetivo que se dá a cada uma dessas matérias quando de sua aplicação.

Enquanto a arte possui o objetivo clássico de expressar ideias, emoções, sensações e buscar a compreensão do mundo ou mesmo materializar o sentimento ou pontos de vista do artista, por meio de criações do imaginário e intelecto humano, o direito mantém relação com esse objetivo, pois não deixa de vislumbrar, de um ponto de vista mais formal, a expressão de ideias, emoções, valores, sensações e a compreensão do mundo por meio de normas e regras jurídicas de rodeiam o dia a dia em sociedade. A diferença pode estar, então, na forma como uma pessoa vê a arte e o direito.

Podemos extrair, então, a possibilidade de integrar as duas ciências, mostrando que a arte e o direito podem ser vistos em conjunto, um complementando e aperfeiçoando o outro, com vistas a um determinado objetivo, que é a formação de um jurista crítico-sensível.

A finalidade este breve trabalho de pesquisa é analisar a interdisciplinaridade entre a arte e o direito, demonstrando os aspectos em que ambas as ciências podem ser utilizadas para a expressão de ideias, emoções, valores e demais sentimentos e

criações derivadas da consciência humana, em conjunto com normas que realmente reflitam a sensibilidade real das pessoas que vivem em uma sociedade organizada e submissa a normas.

Será utilizado como exemplo a utilização de recursos cinematográficos para demonstrar, na prática, os efeitos e concepções reais que a arte pode provocar, no sentido de instigar a observação de problemas sociais, talvez de forma muito mais eficaz do que regras positivadas. Para tanto, faremos, em primeiro plano, uma verificação do jurista tradicional e, posteriormente, a análise da minissérie brasileira “Amazônia – de Galvez a Chico Mendes”, em que o autor da obra conseguiu demonstrar de forma clara e bastante real, questões jurídicas de relevância nacional.

2 O JURISTA TRADICIONAL, O JURISTA CRÍTICO E O JURISTA CRÍTICO-SENSÍVEL

José Alexandre Ricciardi Sbizera (2015, p. 99), nos dá a razão pela qual um jurista tradicional está intimamente arraigado a concepções de produção jurídica estritamente formal, afirmando que essa característica é consequência de vários fatores, em especial o racionalismo histórico da ciência jurídica e o positivismo ideológico.

O positivismo ideológico do jurista tradicional é fruto de uma crença na aquisição avalorativa e eticamente neutra de seu conhecimento e pensamento jurídicos; da aliança entre a produção do fenômeno jurídico ao Estado enquanto detentor do monopólio da produção da lei e da força de coerção; e da confusão entre lei e direito, e que mais tarde faz com que uma teoria do direito estatal positivo seja alçada à categoria de uma teoria da justiça.

(...)

Levando esse positivismo às ciências humanas e também ao Direito, chegou-se às ideias de que a sociedade é regida por leis naturais, invariáveis e independentes da vontade e ação humanas, de modo que na vida social reina uma harmonia natural; de que a sociedade pode ser epistemologicamente assimilada pela natureza a ser estudada pelos mesmos métodos e processos com que se estudam as ciências naturais; (...)

Em resumo, o jurista tradicional possui uma ideologia dominante e conservadora que perpetua a dogmática, fazendo-o vislumbra o direito como inevitavelmente vinculado à lei, de modo que o objeto de estudo desse jurista será sempre e apenas as normas jurídicas.

É o que, a exemplo dessa afirmação, pretendeu Hans Kelsen (2009, p. 5), com sua ideológica positivista, retirar da ciência jurídica qualquer outro elemento, elevando a norma ao status absoluto de organização e formação da convivência social.

Sbizera, citando Aguiar e Silva que os juristas que mantem distanciamento da arte e negam a necessidade de relacionar as ciências para produzir conhecimento crítico sensível, tem prejudicada a sua percepção do mundo e do verdadeiro sentido do direito. Para ele:

Se incapazes de imaginar ligação efetiva e afetiva entre Arte e Direito e Direito e Literatura, tampouco poderiam perceber nesta aproximação um terreno fértil na produção de acesso e fomento de conhecimento empático, esta identificação emocional com o outro e sua situação, suas dores, sofrimentos e alegrias, algo tão

essencial aos juristas neste século XXI. (Aguiar e Silva, 2001, p. 120-121, *apud* Sbiziera).

No mesmo sentido, diz Raymundo Faoro (1986, p. 32) “que direito é entendido, entre os juristas, como um corpus autonomia, dotado de princípios abstratos e objetivos, capazes de articular uma teoria pura” e afirma que “Este é o direito que se ensina e o direito que se pratica, que gravita em torno da lei”.

De fato, a ciência jurídica ensinada nas universidades, bem como a prática existente nos tribunais, doutrinas e jurisprudências seguem o critério técnico de aplicação e interpretação de lei, sempre por um prisma formal e mais objetivo possível.

Essa concepção é ainda muito forte, apesar as evoluções históricas das ciências humanas e da preocupação maior com a justiça social e uma visão mais humanizada do direito. Contudo, o modelo tradicional de análise do direito ainda se mantém, de certa forma, sobreposto e intocável, havendo ainda um movimento tímido do sentido de formar juristas crítico-sensíveis.

Há movimentos atuais no sentido de desmistificar a ideia que tem o jurista tradicional de que o direito atual é o ápice de todas as elaborações jurídicas de todas as civilizações precedentes, como se fosse o resultado linear de uma evolução histórica.

O jurista crítico, por sua vez, passa a estuar os marcos teóricos oriundos de outras áreas, possuindo cada vez mais conhecimento do todo, no sentido humano. Enquanto o jurista tradicional restringe-se a descrever o Direito estabelecidos e contemplar seus fenômenos como se fossem dados, e não construídos, o jurista crítico, por sua vez, articula teorias e práticas múltiplas, ensejando um pensamento revolucionário do estudo do direito e da realidade que o cerca.

Afirma Sbizzera (2015, p. 127) diferencia o jurista crítico do jurista tradicional:

Em seus estudos, o jurista crítico denuncia mitos e falácias que sustentam e reproduzem o saber da ciência jurídica tradicional, do universo jurídico oficial; repensa, dessacraliza e rompe com a ordem dogmática, propiciando as condições necessárias para um processo de esclarecimento, autoconsciência, emancipação e transformação da realidade social.

(...)

Enquanto o jurista tradicional opera termos técnico-legislativos, com um vocabulário formal-ritualista burocrático, que percebe no Direito apenas um uso instrumental e manifesta sua ciência a partir de um lugar neutro e avalorativo, o jurista crítico, de outro modo, tem por finalidade usar o saber do Direito, aliado a outras áreas do conhecimento, com a finalidade de constantemente atingir um maior grau de esclarecimento e emancipação do humano.

De acordo com o que até agora foi exposto, o jurista tradicional diferencia-se do jurista crítico. Aquele está dominado pelo sistema das normas. Este, embora utilize o mesmo discurso do jurista tradicional, convoca à luta, tem uma postura mais solidária, busca pela justiça, liberdade e igualdade. No entanto, ambos não possuem sensibilidade para se relacionar com os outros e com o mundo de uma forma mais próxima, humana.

É por essa razão de Sbizzera vê a necessidade de se formar juristas crítico-sensíveis, que tenham a capacidade de captar sentimentos, visões e necessidades das outras pessoas, aplicando

essa sensibilidade ao direito. Por isso afirma o referido autor que “Em um tempo onde todo modo de comunicação que quer ser eficaz deve passar também pelo tato, pelo som e pela imagem, o Direito permaneceu no estágio do discurso, e primordialmente, do discurso escrito, redigido.

Levanta-se essa ideia para refletir sobre a integração da arte, enquanto mecanismo que visa despertar os sentidos para outras formas de interpretação da realidade, e inserir essa noção quando da interpretação do Direito.

3 A INTEGRAÇÃO DA LITERATURA, DO CINEMA E DO DIREITO PARA A FORMAÇÃO DO JURISTA CRÍTICO-SENSÍVEL

Todos os tipos de literatura, seja poética, ficcional, abstrata ou dramática, nasce na criação humana e de alguma forma está inserida em algum nível da sociedade, revelando as várias faces culturais. É por essa razão, buscamos neste trabalho, demonstrar que o fato de um texto artístico literário ser fictício ou imaginário não impede o caminho para o conhecimento, inclusive do pensamento jurídico.

Vale lembrar que, como ressalta Warat (1988), pode ser que não haja ficção maior do que o próprio direito, com suas normas, regras e formalismos oriundos da criação e pensamentos humanos. E considera ainda:

É como se amplificando emocionalmente as ficções, pudéssemos nos aperceber de sua existência nas apresentações sentadas do mundo. Desta maneira, poderemos dar-nos conta de que o ficcional não é só um tema dos contos fantásticos. As ficções formam parte de nossos vínculos simbólicos. A força alienante de um discurso depende do

potencial persuasivo das ficções que o sustentam, das ficções que terminamos admitindo como dados naturais do mundo: os absurdos negados do real.

A literatura deve ser destacada neste trabalho por sua relação mais próxima com o direito. O direito é o local de domínio da palavra dita e principalmente da palavra escrita, assim como o é a literatura, com, é óbvio, algumas diferenciações de linguagem.

Menciona Sbizzera que somente pela arte é que podemos sair de nós mesmos e nos colocar no lugar e no sentimento da outra pessoa, tentando refletir e enxergar com seus olhos e seu coração.

A literatura possui uma força de universalidade que não pode ser negada, mas que, infelizmente, até mesmo na escola é tida como algo sem a devida importância, pois seu espaço foi mitigado para uma utilidade meramente recreativa, de entretenimento e simples prazer lúdico.

É por meio da literatura que os sentidos humanos podem ser aguçados, e as percepções e pensamentos produzidos pelo imaginário se tornar a realidade na visão do leitor. Acrescenta o autor acima citado que não só o cinema tem essa característica de proporcionar conceitos-imagens, pois a literatura também o tem, pois exerce um impacto emocional e instaura uma experiência de imaginação em quem lê.

Os benefícios da literatura para a ciência do direito é de significativa importância, para a observância de realidades, da captação de informações e compreensão das problemáticas existentes no conteúdo literário. Esse exercício de interpretação, imaginação e sentimentos pode conferir ao jurista uma visão mais sensível do direito, com uma percepção menos técnica e, portanto,

mais ampla, para lidar com as questões da realidade, com os problemas de causas reais e possibilidades de visualização de caminhos outros que não apenas a aplicação da letra fria da lei.

Além disso, outros tipos de artes surgem da literatura, da qual podemos citar a arte cinematográfica.

No que diz respeito a integração da Arte do cinema com a literatura, direito e outras ciências, entendemos ser importante destacar o pensamento de Júlio Cabrera (2006), um filósofo argentino que leciona no Departamento de Filosofia da Universidade de Brasília, e, dentre muitos defensores da utilização de vários meios para percepção do mundo, se destaca por um importante trabalho em que se refere a linguagem cinematográfica, ao que ele chama de conceitos-imagem, aliando filosofia ao cinema.

Para Cabrera (2006, 12), conceitos e imagens não estão assim tão afastados quanto a tradição da filosofia nos faz pensar. Afinal, tudo aquilo que a arte nos diz sobre guerra, amor, linguagem, conhecimento e condição humana sempre poderia ser apresentado de outro modo, variante à perspectiva de cada indivíduo. Todavia, o mesmo pode acontecer com um texto científico, embora isso não seja admitido. Uma das diferenças entre arte e ciência, então, é que esta, quase sempre, se propõe a falar de um local lógico, neutro e privilegiado enquanto a arte explora o humano em todas as potencialidades, sem rodeios, de maneira muito mais perturbadora do que os textos científicos e filosóficos.

Sbizera (2015, p. 143) afirma que os conteúdos críticos e problematizadores de um filme são processadas através de imagens que tem um efeito emocional esclarecedor.

Tanto é assim que de obras literárias se desenvolvem produções cinematográficas que irão revelar um sentimento do

ponto de vista de alguém (o produtor, diretor, etc.) e que por consequência, vai incutir no imaginário de quem assiste outras concepções e sentimentos.

Conforme escreve Cabrera (2008):

O que o cinema proporciona é uma espécie de superpotencialização das possibilidades conceituais da literatura ao conseguir intensificar de forma colossal a “impressão da realidade” e, portanto, a instauração da experiência indispensável ao desenvolvimento do conceito, com o conseqüente aumento do impacto emocional que o caracteriza. Certamente nada disso descarta, ab initio, a possibilidade de que um leitor de literatura tenha a sensibilidade adequada para se impressionar extraordinariamente com o que lê, com a mesma eficácia emocional do cinema.

Muitas vezes a literatura, em qualquer de suas vertentes, revela um carácter social muito importante. Podem revelar momentos históricos, culturas de regiões e de épocas, os anseios da sociedade, as dificuldades das pessoas, as lutas por direitos, enfim, diversos sentimentos, sofrimentos, virtudes ou defeitos que de uma análise do ponto de vista jurídico, são fontes riquíssimas de conteúdo de direito, que possibilitam o exame de contextos muitas vezes compatíveis com a realidade.

Os artistas, autores podem expressar pela sua arte a visão de mundo e essa visão pode influenciar na interpretação das necessidades humanas e resultar em consequências positivas para a aplicação do direito, uma interpretação mais sensível e humanizada a ciência do direito.

Não são raras as produções literárias, artísticas e cinematográficas que se transformam em referências de análises

jurídicas dos acontecidos nela retratados, seja para uma interpretação de direitos específicos, chamando a atenção para uma necessidade ou mesmo para a interpretação da sociedade como um todo.

Como exemplo da importância da literatura e do cinema para uma análise jurídica de problemas sociais, podemos destacar a obra “Amazônia – de Galvez a Chico Mendes”, uma das diversas minisséries brasileiras, baseada na literatura romancista, que retratam a realidade de uma época.

4 ANÁLISE DA MINISSÉRIE “AMAZÔNIA”: Uma abordagem jurídica baseada em romances literários

Dada a importância de fatos históricos, foi produzida a minissérie brasileira chamada “Amazônia – De Galvez a Chico Mendes³”, retratando por meio de uma mescla de realidade e ficção a corrida da ocupação, exploração, e desenvolvimento do atual Estado do Acre e da luta do povo para sobreviver aos desafios da floresta Amazônica brasileira em busca de prosperidade.

De autoria da conceituada autora brasileira Glória Perez⁴, filha de acreanos, a obra foi escrita com base nos livros de

³ Foi produzida em 2007 pela emissora de televisão brasileira Rede Globo, com elenco composto por muitos dos principais nomes da dramaturgia brasileira. A minissérie foi exibida em rede nacional de janeiro a abril de 2007, em 55 capítulos, divididos em 3 fases da história do Acre.

⁴ “Gloria Maria Rebelo Ferrante nasceu no dia 25 de setembro de 1948, no Rio de Janeiro. Seu pai era o advogado Miguel Jerônimo Ferrante, e sua mãe, a professora Maria Augusta Rebelo Ferrante. Os dois nasceram e moravam em Rio Branco, no Acre, para onde a filha retornou logo após seu nascimento e onde permaneceu até os 16 anos. Em seguida, mudou-se com a família para Brasília, depois para São Paulo e, finalmente, para o Rio de Janeiro, onde se casou. cursou direito e filosofia na Universidade de Brasília e formou-se em história na Universidade Federal do Rio de Janeiro”. Disponível em: <http://memoriaglobo.globo.com/perfis/talentos/gloria-perez/trajetoria.htm>.

romance “Terra Caída⁵” e “Seringal⁶”, narrando o contexto da vida nos seringais e a revolução que conquistou o Acre para o Brasil.

A fonte de pesquisa utilizada para este trabalho foi a minissérie adquirida no sítio eletrônico da empresa Globo Comunicações e Participações Ltda (Globo Marcas Digital), que é dividida em 12 partes de aproximadamente 120 minutos cada uma.

Destas, 8 partes referem-se a primeira fase⁷; 3 referem-se a segunda fase⁸; e 1 refere-se a terceira fase⁹.

⁵ “Com tramas paralelas, nas quais a disputa por riquezas e mulheres leva a traições e assassinatos, o romance de José Potyguara reconstitui o ambiente e a época do ciclo da borracha – que deu cores épocas a luta pela sobrevivência do homem em meio as forças destrutivas da natureza e da exploração social”. (Apresentação do livro “Terra Caída”. Editora Globo)

⁶ “Seringal reúne personagens emblemáticos da vida brasileira: o coronel autoritário e paternalista, o político venal, a jovem ultrajada e uma miríade de homens que sustentam seus sonhos numa terra inóspita. Ambientadas no Acre, no início do século XX, as histórias dos seringueiros se acumulam e se repetem, parecendo indicar que mundo sucumbiu ao ciclo da natureza, eternizando a injustiça”. (Apresentação do livro “Seringal”. Editora Globo)

⁷ A primeira fase retrata o primeiro ciclo da borracha, entre os anos de 1899 a 1912, quando a ocupação do território acreano começou a aumentar para a exploração dos seringais. Narra a tentativa dos bolivianos em tomar posse do Acre e a reação dos brasileiros locais que queriam a independência da região e lutaram por ela, dando suas vidas para a proteção e conquista do território em favor do Brasil. Termina mencionando a decadência da produção da borracha brasileira em razão da produção de látex em seringais cultivados na Malásia com sementes levadas da Amazônia.

⁸ A segunda fase da minissérie traz a continuação da história e da vida de alguns personagens principais, após aproximadamente 30 anos da primeira fase, quando em plena 2ª guerra mundial a borracha brasileira é novamente valorizada no cenário internacional e os seringais recuperam a importância e lucratividade, fato que foi chamado de 2º ciclo da borracha.

⁹ Na terceira fase, a vida no acre é retratada nos anos de 1980, quando a borracha já não tem tanta importância para a economia da região, pois predomina a agricultura e a criação de gado. Narra a trajetória de vida de Chico Mendes, um líder seringueiro que criou um movimento pela

Por uma necessidade de limitação do trabalho, e considerando a independência de cada uma das fases tratadas na obra objeto de observação, a análise desta investigação será restrita aos acontecimentos narrados na primeira fase da minissérie, em conjunto com informações históricas e complementares sobre o assunto, extraídas de outras fontes.

4.1 Os enfoques principais

Misturando a realidade com a ficção, sem retirar o romance característico das produções de teledramaturgia brasileiras, a trama principal se desenrola com enfoque em três pontos principais, que destacamos neste trabalho como sendo representação das condições sociais, políticas, econômicas e jurídicas da época e no contexto apresentado na minissérie. Primeiro, a vida confortável da família do Coronel¹⁰ Firmino, dono do seringal chamado Santa Rita, no Acre. Com sua esposa Júlia e seus filhos Augusto e Tavinho, desfrutam de uma abastada vida em sociedade, com todos os luxos da cidade de Manaus, que se tornou a capital da borracha e centro comercial mais próspero do Brasil.

Com a necessidade de mão-de-obra para o trabalho nos seringais, os seringalistas, entre eles o coronel Firmino, iludem o povo pobre, principalmente do nordeste, com a promessa prosperidade e enriquecimento rápido com a extração da borracha.

preservação da floresta que estava sendo devastada há anos por pecuaristas para transformá-la em pastagens. Lutava sem armas, utilizando apenas o diálogo para a busca de seus ideais de preservação ambiental, até que em 1988 foi assassinado.

¹⁰ Assim os donos de seringais (seringalistas) gostavam de ser chamados, mesmo não tendo oficialmente a patente, mas apenas por hábito em razão de relações com importantes autoridades políticas.

Daí surge o segundo enfoque da trama, que é a vida de uma família de retirantes que fogem da insuportável seca do nordeste brasileiro, especificamente do Estado do Ceará. O pai de família Sebastião tem a esperança de dar uma vida melhor para sua esposa, Angelina e seus filhos Delzuíte e Bento através do sonho de prosperidade na Amazônia.

Paralelamente a vida no seringal, retratada em torno do Coronel Firmino, sua família e o trabalhador seringueiro Sebastião e sua família, está a trajetória de luta pelo território do Acre, entrando em cena o ex-diplomata espanhol Luis Galvez Rodriguez de Arias, e depois o major e agrimensor José Plácido de Castro, que assumem em momentos distintos a liderança de uma revolução pela independência do Acre.

Em um dado momento da trama, as vidas dos coronéis, seringueiros e líderes revolucionários irão se encontrar para construir o que se chamou de revolução acreana, com a conquista definitiva do Acre para o território brasileiro.

4.2 A riqueza da borracha

O coronel Firmino é um personagem fictício criado para retratar a realidade dos seringalistas no auge da borracha. Dono do seringal Santa Rita, no Acre, comandava com mãos de ferro sua propriedade, de onde retirava toda a riqueza¹¹ que possuía, oriunda da exploração da borracha e a escravização de seringueiros nordestinos.

¹¹ “A exportação da borracha havia alcançado cifras astronômicas. Nadava-se em ouro. Navios abarrotados de gêneros de primeira necessidade, de esquisitos objetos de luxo, de bebidas finas, de tudo o que a civilização criava para o conforto e a corrupção do homem” (...) (FERRANTE, Miguel Jeronimo. *Seringal*. 3ª ed. São Paulo, Globo, 2007. p. 87)

Os coronéis estavam sempre em conflito com os índios por entenderem que eles impediam o crescimento dos seringais. A ordem de Firmino era para dizimar todas as tribos indígenas existentes nas florestas, oferecendo aos seringueiros a recompensa de um rifle para cada par de orelhas de índios que lhe fossem entregues.

Mantinha sua esposa Júlia e seus filhos Tavinho e Augusto em sua confortável casa em Manaus¹², cidade que prosperou rapidamente e se tornou a capital mundial da borracha.

Numa sociedade patriarcal em que a mulher era considerada incapaz e totalmente submissa, também comandava com rigidez a família. Júlia e Tavinho nunca gostaram do seringal, preferindo o conforto de Manaus, sendo que só iam quando obrigados por Firmino. Já Augusto, o mais novo, desde criança acompanhava o pai nas viagens ao Santa Rita.

¹² “Em Manaus, capital mundial da borracha, o dinheiro e a loucura saltavam mais aos olhos do que em qualquer outro lugar. Diferentemente dos barões do café e dos magnatas de outros produtos primários, os barões da borracha não moravam em suas propriedades. Por causa da localização central de Manaus, a maioria preferia morar lá, e concentrações extraordinárias de riqueza chegaram a um local que fora uma pequena cidade da selva. (...) O mundo todo estava representado em Manaus. Administradores ingleses, franceses, alemães e portugueses gerenciavam as operações da borracha; e espanhóis, italianos, libaneses e sírios eram proprietários de pequenos negócios. Era possível comprar revólveres Smith e Wesson, relógios Omega, manteiga escandinava, uísque Black and White, máquinas de escrever Underwood e perfumes Lubin. Um joalheiro calculou que o consumo per capita de diamantes da cidade era o maior do mundo. A libra-esterlina era usada tão livremente quanto os mil-réis brasileiros, mas era o estilo francês que moldava os gostos dos barões da borracha e suas esposas.” (JACKSON, Joe. *Um ladrão no fim do mundo: Como um inglês roubou 70 mil sementes de seringueira e acabou com o monopólio do Brasil sobre a borracha*. Cap. 12. Loucura da Borracha. Tradução: Saulo Adriano. 1ª edição. Rio de Janeiro. Objetiva, 2013. p. 275/276).

Certa vez, após chegar de Paris onde estudava, Tavinho foi obrigado por seu pai a passar um tempo no seringal, pois como costume da época, os negócios eram passados do pai para o filho primogênito. Mas Tavinho acaba ficando doente e retorna a Manaus.

Nos períodos em passava em Manaus, Firmino, assim como todos os outros coronéis, deixavam suas esposas em casa ao argumento de que teriam reuniões de negócios e iam se divertir nos cabarés da cidade, relacionando-se com prostitutas a quem presenteavam com joias de diamantes.

Firmino tinha Justine como sua amante no cabaré. Ela engravidou, teve o filho chamado Leandro e depois foi embora para trabalhar na Espanha deixando-o com a dona do cabaré, Lola. Sabendo disso, Firmino planeja para que Lola deixe a criança na porta de sua casa como se tivesse sido abandonado e Júlia¹³ resolve criá-lo como filho, sabendo que na verdade, é filho de seu marido com a amante.

Quando Justine retorna da Espanha a família está no seringal, para onde vai sem avisar e reclama o filho de volta. Antes que Firmino a encontre Júlia promete sustentá-la para que não lhe retire o menino, mas enquanto estão na cozinha do casarão Júlia não se sente bem e resolve fazer um chá com folhas que encontrou em cima da mesa e que Justine sabe que são venenosas, mas não lhe avisa. Ao tomar o chá Júlia morre e Justine se torna esposa de Firmino, como sempre desejava.

¹³ As mulheres eram totalmente submissas ao marido e embora soubessem de suas noitadas com diversas mulheres de cabaré, Júlia, assim como toda boa esposa, preferia ficar quieta, fingindo nada saber, pois pior do que ser traída era a possibilidade de ser rejeitada pelo marido e viver como mulher separada. Isso sim lhe retiraria a dignidade.

4.3 A miséria da borracha

A minissérie começa mostrando Sebastião, sua esposa Angelina e seus filhos Delzuíte e Bento ainda crianças, andando por uma estrada de chão do nordeste, fugindo da seca. Em seguida eles já estão dentro do barco do Coronel Firmino a caminho do Acre, fazendo planos para a vida nova e de fartura que acreditam que terão na Amazônia¹⁴. Tratam-se de personagens fictícios, criados para demonstrar a realidade agonizante vivida por uma família se retirantes da seca que se tornaram escravos nos seringais.

Chegando no seringal após mais de 2 meses de viagem, os trabalhadores ficam maravilhados com tanta água e tanta floresta verde a sua volta, vendo a terra produtiva, algo que não viam há muito tempo no nordeste árido. Estavam felizes e cheios de esperança de enriquecerem e depois voltarem para suas terras com suporte suficiente para uma vida melhor. Contudo, essa alegria não duraria muito tempo.

Os recém-chegados foram informados sobre as regras do lugar¹⁵.

Por determinação do coronel Firmino, existiria uma sociedade entre o seringueiro e o patrão na produção da borracha, porém, o seringueiro só era autorizado a vender a sua parte na borracha para o próprio patrão, pelo valor estipulado por ele. Existia um Armazém no seringal, onde os seringueiros poderiam

¹⁴ A narração da minissérie relatou que aproximadamente 100.000 nordestinos migraram para a Amazônia naquela época em busca das riquezas da borracha em razão da grande seca que assolou o nordeste nos anos de 1877 a 1879. Para eles, que viviam a realidade da seca insuportável e extrema pobreza, o fato de ir para a Amazônia, cercada por imensos rios de água doce e floresta tropical já representava a prosperidade.

¹⁵ Essas regras eram impostas pelo próprio seringalista, visto como a única autoridade geral e absoluta do seu seringal.

pegar todas as mercadorias e mantimentos necessários para sua manutenção, ficando anotadas todas as suas despesas para que fosse pago ao final do mês. Era fornecida uma colocação (casa) no meio da mata para cada seringueiro e sua família, porém, era terminantemente proibida a cultura de horta ou qualquer plantação, ainda que para exclusiva subsistência familiar, sendo obrigados a adquirir produtos no armazém do seringal por valores elevados.

Diante dessas condições, que foram intencionalmente omitidas antes de irem para o seringal, Sebastião se opôs e pediu para ser mandado de volta ao Ceará com sua família, mas foi informado que até poderia sair do seringal, desde que pagassem o que estavam devendo, referente às passagens, a alimentação e os gastos da viagem até aquele momento.

Assim, todos os trabalhadores já chegavam ao seringal com dívida com o patrão e só poderiam sair de lá depois que a pagassem. Como não tinham dinheiro e nem autoridades a quem reclamar, muito menos condições de fugir no meio da selva, permaneciam escravizados, a maioria deles até a morte.

Os anos foram se passando e Sebastião nunca conseguia quitar sua dívida para com o coronel, sendo obrigado a trabalhar para sobreviver com sua família em extrema escravidão¹⁶. E assim seguem suas vidas miseráveis.

Angelina fica grávida e dá luz um menino, chamado Antônio.

¹⁶ Sem alternativa, os seringueiros viviam em uma verdadeira escravidão no seringal, pois sempre estavam devendo para o coronel valores absurdos cobrados do patrão pelas suas despesas. Sendo todos analfabetos, não sabiam fazer as contas e contestar os valores abusivos que lhes eram cobrados. Essa era a realidade dos seringais da época, como estratégia dos coronéis para manter a mão-de-obra no seringal a força. Aproveitavam-se do fato de que não existiam leis e nem justiça naquela região onde só tinha floresta.

Tão logo tornou-se moça Delzuíte¹⁷ foi prometida a um jovem seringueiro chamado Viriato, que se interessou por ela. Em razão da falta de mulheres no seringal seus pais temiam que fosse atacada por seringueiros e queriam que casasse o quanto antes. Mas Delzuíte sonhava em ir para a cidade grande, vestir-se bem, conhecer outras pessoas e deixar a miséria do mato.

Delzuíte conheceu Tavinho quando este foi obrigado por Firmino a permanecer um tempo no seringal e se encantou por ele. Já Tavinho, jovem rico e irresponsável, iludiu a moça ingênua com promessa de casamento e vida em Manaus. Acaba engravidando ela e depois retorna para Manaus escondido e nunca mais volta ao seringal.

Abandonada, Delzuíte inventa que está grávida do boto¹⁸ para não ser rejeitada pelo noivo e nem espancada e expulsa pelo pai. Todos acreditam na lenda e seguem suas vidas.

Certo dia, a família de Sebastião sofre mais um golpe. Delzuíte deixa o pequeno Antônio sozinho em casa e vai até o rio buscar água. Quando retorna encontra apenas as roupas rasgadas e

¹⁷ “Naquele tempo, mulher era fruta rara e cobiçada nos seringais. A grande distância, a incômoda viagem em morosos gaiolas, as dificuldades de comunicação sem correio nem telégrafo, o espantinho das doenças, tudo isso agravado pelas histórias de animais ferozes e de índios antropófagos, fazia da região amazônica um mundo misterioso, um degredo sob o domínio da morte, uma espécie de vestibulo do inferno, que só os homens – e nem todos – ousavam conhecer” (POTYGUARA, José. *Terra Caída*. 3ª ed. São Paulo, Globo, 2007. p. 15).

¹⁸ Muitas são as lendas sobre criaturas e seres misteriosos da floresta. A minissérie mostra personagens falando das diversas lendas do folclore brasileiro, como a lenda do boto que teria engravidado Delzuíte. Diziam que o boto-cor-de-rosa em noites juninas se transforma em um elegante rapaz que seduz moças e podem engravidá-las. Alguns personagens também mencionaram a mãe-d'água (sereia das águas doces dos rios amazônicos, que encantam os pescadores), o caboclinho da mata (ser invisível que protege os animais), e o mapinguari (um animal peludo, malcheiroso, medindo uns 2,5 metros que vive no meio da mata e ataca os caçadores).

ensanguentadas do bebê que acabara de ser devorado por uma onça.

Delzuíte se casa com Viriato, mas ainda pensa em fugir para Manaus a procura de Tavinho. Dá luz à seu filho Ramiro e depois de alguns meses o abandona com a sogra e foge para Manaus no barco de um turco vendedor de joias que lhe promete casamento. Em Manaus Delzuíte deixa o turco e vai atrás de Tavinho na casa de Firmino, mas ele finge não a conhecer. Sem poder voltar para o seringal e nem retornar para a casa do turco, é encontrada na praça por Lola que a leva para o cabaré e a faz uma de suas moças.

No seringal, Sebastião e outros seringueiros são recrutados e treinados para as batalhas contra os bolivianos para a proteção do território do Acre. Um dia, quando Sebastião não estava em batalha é surpreendido por soldados bolivianos que o matam a tiros.

Bento, mesmo contra a vontade de sua mãe, decide ir para a Guerra a fim de vingar a morte de seu pai.

Como era o costume da época, a mulher viúva no seringal tinha que casar-se novamente, ou por escolha própria ou por arranjo do próprio coronel, a fim de que fosse mantida uma família na produção da borracha. Angelina, contudo, recusa-se a casar novamente e pede ao coronel Firmino que a deixe no seringal produzindo, ela mesma e sozinha, a borracha para se sustentar. Surge um toque de independência feminina e busca por igualdade de direitos.

Sebastião e sua família, assim como tantos milhares de sertanejos brasileiros, buscaram a prosperidade, mas encontraram a miséria e a destruição de suas vidas na Amazônia. Não conseguiram sequer viver com dignidade, tampouco enriquecer e retornar para suas terras, como era planejado.

4.4 Uma revolução no coração da floresta amazônica

A minissérie retrata na primeira fase, além da vida cotidiana de um seringal da época, o fato histórico que ficou conhecido como Revolução Acreana, ocorrido na virada do século XX, e que envolveu de forma direta os ocupantes da região.

A valorização da borracha no cenário internacional no final do século XIX chama a atenção da Bolívia para a expansão dos seringais explorados por brasileiros no território do Acre (área pertencente à Bolívia), alavancando a economia do norte do Brasil¹⁹ e voltando os olhos do mundo para a nova matéria-prima que só existia na floresta tropical.

O clima e as condições geográficas da floresta não atraíram os bolivianos para o Acre, mas o interesse pela borracha fez com que o governo da Bolívia iniciasse em processo de tentativa de retomada do território. O estopim que provocou a infamação dos ânimos foi a instalação de um posto alfandegário boliviano no Acre, em 1899, como tentativa sutil da Bolívia em mostrar a quem pertence aquelas terras²⁰. Mudam o nome do local para Puerto Alonso e hasteiam a bandeira boliviana²¹.

¹⁹ O território do Acre era uma parte da floresta que estava sendo explorada, não vinculada, obviamente, a nenhum ente federativo do Brasil por ser oficialmente território boliviano. Porém, a trama mostra que o Acre contribuía diretamente para a economia dos estados do Amazonas e Pará, que tinham cidades estruturadas para escoamento da produção da borracha. Além disso, os donos de seringais não moravam em suas propriedades, mas sim, em cidades próximas, principalmente Manaus e Belém.

²⁰ Impunham a cobrança de impostos sobre a borracha produzida e multas a quem descumprisse as determinações do governo boliviano. Além disso, começaram a limitar e fiscalizar a navegação nos rios do Acre e hasteiam a bandeira boliviana no local que passam a chamar de Puerto Alonso.

²¹ Não bastassem as intempéries a que os povos da região, seringueiros e índios, eram obrigados a suportar para manterem-se vivos no meio da selva,

Essa interferência preocupa os seringalistas, que resolvem se reunir para discutir a questão. José de Carvalho, um advogado amigo dos coronéis e funcionário público do governo amazonense se compromete a ir até Manaus conversar com o governador Ramalho Neto, pedindo providências contra as condutas bolivianas, mas é informado que nada pode ser feito, pois o governo federal brasileiro reconhece o Acre como território boliviano²².

A trama narra três conflitos revolucionários dos brasileiros contra as tentativas bolivianas de dominar o Acre. A primeira comandada pelo boêmio e ex-diplomata espanhol Luiz Galvez Rodrigues de Arias; a segunda, comandada pelo jornalista Orlando Correa Lopes e a terceira, comandada pelo major José Plácido de Castro.

Galvez²³ é tido como aventureiro e sedutor, que trabalha escrevendo artigos para um jornal em Manaus, mas ao tomar

uma guerra era anunciada para derramar ainda mais sangue no solo fértil da floresta amazônica.

²² Antes de uma revolução armada, o advogado e amigo dos coronéis José de Carvalho, por sua conta e com apoio apenas dos seringalistas, vai até o cônsul boliviano presente no Acre levando um manifesto assinado pela população acreana, pedindo a retirada dos bolivianos do Acre. O representante boliviano aceita o pedido e retira-se do Puerto Alonso com os seus soldados. Em seguida, José de Carvalho proclama a independência do Acre e volta a Manaus para informar seu feito ao governador. Ramalho Neto já havia recebido a notícia da ação de José Carvalho e o repreende por ter realizado uma conduta sem a autorização do governo brasileiro, que resolve devolver o Acre para a Bolívia. Informa que por causa disso José Carvalho será demitido e processado por crime de lesão à pátria.

²³ “Luiz Galvez Rodrigues Arias era um jornalista de origem espanhola, que pretendeu ocupar o vazio deixado pela momentânea ausência das autoridades bolivianas, espantadas com a fúria dos seringueiros. Poliglota, duelista audaz e boêmio, Galvez era diretor do jornal Comércio do Amazonas, e escorado pelo governador Ramalho Júnior, tomou a peito realizar uma incursão ao Acre.” (BUENO, Ricardo, op. cit. p. 56)

conhecimento da questão acreana, interessa-se por iniciar e liderar uma revolução contra a Bolívia e a favor do Brasil.

Por meio de um amigo Cônsul fica sabendo que o governo boliviano não tem condições de explorar o Acre, mas não quer perder seu território, motivo pelo qual decidem arrendar o local para os Estados Unidos²⁴, por meio de um acordo que envolve, além da autorização para que os americanos explorem a floresta e os rios, também para que promovam resistência armada contra qualquer interferência brasileira.

Galvez convence Ramalho Neto de que pode liderar uma revolução para conquistar o Acre e devolvê-lo ao Brasil e este aceita financiar sua expedição desde que não seja divulgado o seu apoio. Galvez vai ao Acre como se estivesse interessado em explorar seringais, reúne-se com seringalistas e recebe apoio, inclusive com a autorização de falar com os seringueiros sobre a revolução e incitar neles o desejo de lutar pelo território em que vivem.

Antes que forças armadas bolivianas retomem a posse do Acre, Galvez, apenas com diálogo e apoio do povo, proclama a República Independente do Acre pela primeira vez, e se põe governador provisório, baseando seu governo nos ideais de liberdade e justiça. Muda o nome de Puerto Alonso para Porto Acre, onde será instalada a capital do novo Estado, adota a língua

²⁴ “Fora o próprio Luís Galvez que, trabalhando então para o cônsul boliviano em Manaus, descobriu que os bolivianos estavam em tratativas de passar o controle do território do Acre para o Anglo-Bolivian Syndicate, de Nova York, que tinha o milionário Withridge como seu acionista principal. Era um contrato do tipo conhecido como chartered companies, muito em voga na África naquela época, pelo qual uma empresa concessionária qualquer, europeia ou americana, praticamente assumia as funções soberanas sobre certa área que ela desejava explorar economicamente. Detinha não só o monopólio sobre a produção e exportação, como também auferia os direitos fiscais, mantendo ainda as tarefas de polícia local.” (Ibidem, p. 61)

portuguesa e a moeda do Brasil, proclama eleições para 15/01/1900, cria a bandeira acreana e promulga a Constituição do Estado Independente do Acre²⁵.

Apesar disso o governo brasileiro, com base no tratado internacional de Ayacucho (1867), considera o Acre território boliviano e envia tropas que dissolvem a República do Acre, devolvendo-o aos bolivianos. Galvez, que governou por 8 meses é expulso do Acre e depois de algum tempo no Brasil retorna definitivamente para a Espanha.

No entanto, os bolivianos continuam encontrando muita resistência dos habitantes brasileiros.

Houve a tentativa de mais uma expedição, desta vez composta por intelectuais, comandados pelo jornalista Orlando Correa Lopes e que ficou conhecida como Expedição dos Poetas²⁶. Tiveram o apoio do governador do Amazonas, Silvério Neri, que inclusive forneceu um canhão aos revolucionários.

Chegaram a lutar contra soldados bolivianos e proclamar, pela segunda vez, a independência do Acre em novembro de 1900, tendo o jornalista Rodrigo de Carvalho assumido o cargo de presidente, porém, a falta de experiência militar e administrativa, associada a existência de muitos comandantes (todos os intelectuais queriam o comando) em menos de um mês foram

²⁵ Por sua coragem e popularidade, Galvez é proclamado presidente do Acre. Ele escreve um comunicado ao presidente brasileiro e outros chefes de Estado pedindo o reconhecimento da independência do Acre e implanta projetos públicos como saneamento, saúde e educação para os seringueiros, inclusive com escola de alfabetização itinerante, que vai de seringal em seringal para ensinar o povo a ler e a escrever. Informa que serão cobrados impostos dos seringalistas, pois o Estado precisa de recursos para manutenção e criação de serviços públicos.

²⁶ Os intelectuais resolveram dar a expedição o nome oficial de Expedição Floriano Peixoto, em homenagem ao Marechal Floriano Peixoto que em 1889 havia proclamado a República no Brasil.

derrotados e voltaram para Manaus, dissolvendo novamente a república independente do Acre.

Depois da segunda tentativa frustrada, os principais seringalistas se reúnem para analisar a situação de armar mais uma estratégia. Firmino, Joaquim Vitor, Galdino, juntamente com os jornalistas Orlando Gomes e Rodrigo Carvalho, tomando conhecimento da experiência de José Plácido de Castro, um militar que estava trabalhando como agrimensor no seringal de Galdino e que conhece bem a região, resolvem procurá-lo para propor que comande os revolucionários acreanos.

Plácido decide aceitar o desafio²⁷. Assim, em 6 de agosto de 1902 foi enviado ao Acre e iniciou, de fato, a Revolução Acreana, com estratégias militares²⁸, porém, não tinha soldados e nem o apoio do governo federal brasileiro. A primeira batalha de Plácido seria a de transformar seringueiros em soldados e ascender neles a chama de um ideal, que era a criação de um Estado independente, com governo que realmente se preocupasse com o bem estar de seus cidadãos e com a proteção e prosperidade daquela terra.

Todos os seringalistas apoiaram Plácido e colocaram seus seringais e seringueiros a disposição das forças revolucionárias. Os seringueiros receberam treinamento de guerra de Plácido e armas do governo do Amazonas. Foram para a batalha e em algum tempo tomaram a maioria das regiões, deixando por último Puerto

²⁷ Ao aceitar comandar a revolução, Plácido impõe 3 condições: 1ª - Nenhuma interferência do governo de Manaus nas suas decisões; 2ª formar uma comissão de guerra que será dissolvida quando iniciar os combates, ficando apenas Plácido como comandante absoluto a quem todos os revolucionários devem obedecer; Que qualquer revolucionário que não obedecer suas ordens ou trair o ideal será fuzilado.

²⁸ Ele tinha a vantagem de conhecer bem a região das selvas em razão do seu trabalho de agrimensor, demarcando os seringais.

Alonso, onde estava situada a sede do governo boliviano. Existiram alguns ataques a sede de Puerto Alonso e os bolivianos se renderam em janeiro de 1903, mas havia promessa do governo boliviano de resistir e enviar soldados ao local. Em razão disso, depois da rendição local boliviana e pela iminência de uma guerra de maiores proporções, a diplomacia falou mais alto e foi anunciada pelo então presidente brasileiro Rodrigues Alves e pelo seu Ministro de Relações Exteriores Barão do Rio Branco²⁹, um acordo entre Brasil e Bolívia, proclamando-se então, pela terceira vez, a independência do Acre. Mas agora, sob o comando militar do governo e da diplomacia Brasileiras, por intermédio do general Olímpio da Silveira. Cessaram os conflitos e os revoltosos não se opuseram às determinações do governo do Brasil.

Por meio de um acordo assinado em março de 1903 e depois ratificado pelo Tratado de Petrópolis³⁰, Brasil e Bolívia estabeleceram definitivamente a integração do Acre ao território Brasileiro.

Plácido de Castro tornou-se muito popular em todo o Acre e um grande mito para os seringueiros, considerado um símbolo da revolução acreana³¹.

Comprou um seringal no Acre e passou a cuidar dos seus negócios particulares juntamente com seu irmão Genesco, porém, sempre foi perseguido por inimigos que fez dentre seus próprios companheiros de guerra. Por isso, em 08 de agosto de 1908 foi vítima de uma emboscada no meio da selva, a mando do coronel

²⁹ Em homenagem a diplomacia do ministro, a capital do Acre recebeu o nome de Rio Branco.

³⁰ A minissérie dá ênfase ao fato de que o Brasil, por meio do tratado de Petrópolis, pagou ao governo boliviano o valor de 2.000 libras esterlinas, como indenização pela exploração do látex.

³¹ Em homenagem ao líder revolucionário existe uma cidade no Acre chamada Plácido de Castro.

Gabino e do subdelegado Alexandrino, sendo baleado e socorrido pelo irmão e outros companheiros. Dois dias depois, vem a falecer em razão dos ferimentos³².

Embora tenha tido o seu feito reconhecido pelo governo brasileiro, nunca houve investigação e responsabilização dos assassinos de Plácido, gerando a revolta de sua família.

Tempos depois Firmino aparece lendo um jornal em um Café de Manaus, que tem como notícia principal a queda do preço da borracha brasileira no cenário internacional, em razão da produção de seringueiras cultivadas na Malásia³³, dando a indicação aos espectadores de que o monopólio do Brasil sobre a produção da borracha havia acabado.

A primeira fase da minissérie termina com a mãe de Plácido de Castro dizendo que não aceitava homenagens póstumas a ele e que a posteridade é que julgará seu filho.

³² “Ainda que transformado em mito vivo aos olhos dos seringueiros, não conseguiu fazer frente às práticas traiçoeiras da política das selvas. No dia 8 de agosto de 1908, foi vítima de um atentado tramado pelo coronel Gambino Bezouro e pelo subdelegado Alexandrino José da Silva, que lhe montou uma tocaia. Baleado pelas costas, Plácido veio a falecer dois dias depois na companhia do seu irmão, Genesco, em um lugarejo chamado Benfica. Seu corpo foi trasladado para Porto Alegre e sepultado no Cemitério da Santa Casa, sendo que a família mandou gravar sobre a lápide o nome dos 14 jagunços que participaram do crime, para que a infâmia jamais fosse esquecida. O nome dele foi dado a um município que hoje conta com pouco mais de 15 mil habitantes.” (BUENO, Ricardo. op. cit. p. 64)

³³ Sobre a decadência da produção do primeiro ciclo da borracha no Brasil, sugere-se a leitura do livro “Um ladrão no fim do mundo: Como um inglês roubou 70 mil sementes de seringueira e acabou com o monopólio do Brasil sobre a borracha.”, do escritor Joe Jackson, que conta como o inglês Henry Wickham contrabandeou 70 mil sementes de seringueiras da Amazônia a fim de cultivá-las em outros lugares do mundo e acabou com o monopólio do Brasil na produção da borracha e pôs fim ao primeiro ciclo da borracha brasileira, período este retratado neste trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise realidade neste trabalho teve como objetivo revelar a possibilidade de se formar juristas crítico-sensíveis, aliando a utilização das artes como mecanismos de interpretação do direito, destacando a literatura e as produções cinematográficas como opções de interpretação de problemas e situações sociais, bem como, a partir desses problemas, buscar soluções no direito.

O conhecimento jurídico não pode ficar alheio as situações que ocorrem na sociedade, pois é esta que, de acordo com a evolução e a necessidade, determinaram a criação, alteração e revogação de normas, que devem se adequar aos anseios da sociedade.

A título de exemplo, destacamos uma produção cinematográfica brasileira, produzida a partir de romances literários que relevância social. A obra apresentada traz ao espectador fatos que marcaram a sociedade e a história do Brasil entre os anos de 1889 a 1910. Pudemos observar que os fatos tratados causaram impactos sociais, econômicos, jurídicos e políticos de relevância para a época.

Houve a migração de grandes contingentes da população nordestina para a Amazônia, fugindo da seca e criando uma nova área de povoação dentro do Brasil. Foi a partir desses acontecimentos que se intensificaram as políticas sociais de colonização da região amazônica, com o desbravamento e ocupação de outras regiões próximas e que hoje são cidades desenvolvidas. Nos anos que se seguiram a Revolução Acreana o Brasil se preocupou em criar meios de manter as fronteiras do país sob controle, mediante políticas de distribuição de terras.

A região norte, praticamente inabitada à época, passava a ser considerada pelas sociedades das regiões centrais um lugar possível de se viver e explorar. No entanto, a exploração

desenfreada também não poderia acontecer, o que fez com que se preocupasse também com a preservação da floresta e políticas de fiscalização e desenvolvimento sustentável dos recursos naturais.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUENO, Ricardo. **Borracha na Amazônia: Cicatrizes de um ciclo fugaz e o início da industrialização**. Editora Quattro Projetos, Porto alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.premiocnh.com.br/livros/livro2012.pdf>>. Acesso em: 25/07/2015.

CABRERA, Julio. **O cinema pensa**: Uma introdução à filosofia através dos filmes. Tradução de Rytá Vinagre. Rio de Janeiro: Rocco, 2006.

FERRANTE, Miguel Jeronymo. **Seringal**. 3ª ed. São Paulo, Globo, 2007.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. Coordenação de edição Marina Baird Ferreira. 7ª ed. rev. atual. Curitiba: Editora Positivo, 2008. p. 143.

Globo Comunicações e Participações. Memória Globo. Amazônia: de Galvez a Chico Mendes. 2013. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/entretenimento/minisseries/amazonia-de-galvez-a-chico-mendes.htm>>. Acesso em: 25/07/2015.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri (org). **Dicionário compacto jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2010. p. 99.

JACKSON, Joe. **Um ladrão no fim do mundo: Como um inglês roubou 70 mil sementes de seringueira e acabou com o monopólio do Brasil sobre a borracha**. Tradução: Saulo Adriano. 1ª edição. Rio de Janeiro. Objetiva, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. Tradução de João Batista Machado: São Paulo, Martins Fontes, 2009.

POTYGUARA, José. **Terra Caída**. 3ª ed. São Paulo, Globo, 2007.

SBIZERA, José Alexandre Ricciardi. **Arte e Direito: o lugar da literatura na formação do jurista crítico-sensível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SCHECHTMAN, Marcos. **AMAZÔNIA: de Galvez a Chico Mendes**. Rio de Janeiro. Grupo Globo Produções. 2007. (1ª fase – 944 minutos divididos em 12 partes). Disponível para venda em arquivo digital em: <<http://www.globomarcas.com.br>>.

WARAT, Luiz Alberto. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Academia, 1988.

A EDUCAÇÃO DOMICILIAR DEVE SOFRER SANÇÃO PENAL POR ABANDONO INTELECTUAL?

Michele Cristina Michelin¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo acadêmico visa trazer contribuição do debate existente em torno da ausência de regulamentação do ensino domiciliar ante a obrigatoriedade de intervenção estatal no ensino obrigatório, sob pena do cometimento de infração penal.

Abordarem o surgimento de homeschooling, seu objeto, o que gera sua opção, bem como direito fundamental dos pais de escolha do gênero de instrução escolar a ser ministrada aos filhos, como direito social, que gerou movimento social em busca de sua aceitação nacional em detrimento de limitação ou coação penal punida pelo Estado, porquanto discorreremos sobre a prática ou não de crime pela concessão de ensino sem influência e controle direto público.

2 CONCEITO DE HOMESCHOOLING

Neste artigo trataremos inicialmente do conceito de *homeschooling*, palavra de origem inglesa, formada pela junção de

¹ Advogada, Pós-graduada em Direito Civil pela Faculdade Damásio de Direito, pós-graduada em Direito do Trabalho pela Faculdade Presbiteriana Mackenzie, Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade Cândido Mendes, Aluna Regular dos Cursos Válidos para Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires.

duas palavras *home* (casa) e *school* (escola), que pode ser traduzida no português como ensino domiciliar, educação em casa, educação doméstica, escolaridade em casa. Referido instituto pode ser conceituado como o fornecimento de ensino e/ou educação pelos pais dentro de sua própria residência, sem atuação direta do Estado.

Segundo Maria Celi Chaves Vasconcelos e José Carlos Bernardino Carvalho Morgado, *homeschooling* “são os processos de escolaridade que ocorrem nos espaços privados, sob a responsabilidade dos familiares e sem a interferência direta do Estado”².

Para Carlos Cabo González:

homeschooling (escuela em casa) es el término más extendido y utilizado em el mundo entero. Em su lialidad, expresa um traslado de las competencias educativas de la escuela a la casa o la familia, dejando entrever uma certa relación de subsidiaridad respecto a esa institución, pues em realidade no la niega totalmente, sina que la incorpora esencialmente a sua práctica, dando a entender que lo que realmente se produce es um camibo de escenario, uma traslado de la experiencia escolar a la casa. Esta cercania semântico-etimológica com la escuela hace que muchos homeschoolers rechacen esta denominación y, em sua lugar, opten otras menos sospechosas de alinza com esta institución.³

² DESAFIOS À ESCOLARIZAÇÃO OBRIGATÓRIA: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal. p. 4

³http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf. El Homeschooling em españa: descripción y análisis del fenómeno. Universidad de oviedo. p. 33. Acesso em 14/04/2-15 às 23:02hs.

A *Asociación por la Libre Educación* detentora do site *Educación Libre* entende que a educação domiciliar:

Significa asumir de forma integral la educación de nuestros hijos, tanto en los aspectos de la adquisición de conocimientos y habilidades, como en la transmisión de valores y principios, sin delegar ninguna de estas funciones en instituciones educativas - lo que no excluye el contactar con profesionales o especialistas para ampliar su educación.⁴

O *homeschooling* é uma forma de prover ensino aos filhos pelos pais dentro de casa, sem comparecer à escola, isto é, concede-se a liberdade dos pais escolherem a maneira mais adequada de prover o melhor método de educação aos filhos.

3 HISTÓRIA/ORIGEM

Em breve síntese, o *homeschooling* é o ensino dentro da própria casa; tem origem nos primórdios da história quando a educação era proporcionada pelos próprios pais em casa ou nas vilas, tendo perdido espaço com a criação do ensino obrigatório.

No Brasil, a chegada dos Jesuítas trouxe métodos pedagógicos que permearam até 1759, quando era fornecida à camada dirigente (nobreza e seus descendentes). Sua expulsão por Marques de Pombal culminou na chegada da Família Real, modificando-se a forma de educação, por meio da criação de centros de ensino e da Universidade de São Paulo em 1934⁵.

⁴ <http://www.educacionlibre.org/iniciarc.htm>. Acesso em 14/05/2017 às 23:19hs.

⁵ Bello, J.L.P A História da Educação. <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.ifro.edu.br%2Fsite%2Fwp-content%2F>

Tem-se que devido às transformações políticas, em especial com a vinda da Família Real e a independência brasileira, as formas de organização escolar também sofreram consequências em especial a grande deficiência qualitativa e quantitativa, porquanto era difícil encontrar amparo profissional e de recursos financeiros ante a população mínima⁶.

A escola era vista de forma secundária, vindo a sofrer modificações de acordo com o desenvolvimento dos lapsos históricos, o que ajudou no surgimento da ideia de *homeschooling* no Brasil.

Salienta-se que no Brasil, ante as transformações sofridas prezou-se pelo ensino obrigatório para as crianças durante o ensino fundamental, conforme estipula a Constituição Federal e Estatuto da Criança e Adolescente, sob pena de infração penal.

O *homeschooling* ganhou relevância internacional a partir dos anos 70, sendo aceito e praticado por mais de 50 estados nos Estados Unidos da América, conforme divulgado em gráfico estatístico pelo *National Home Educational Research Institute*⁷.

No Brasil, referido instituto surgiu com a imigração de famílias norte americanas, que trouxeram esta forma de educação em casa, vindo a ganhar adeptos no decorrer dos anos, devido aos benefícios mencionados como segurança/proteção contra drogas, *bullying*, sexo, álcool, maior acompanhamento acadêmico, customização da educação, individualização no ensino, famílias mais unidas⁸. Apesar, da vinculação brasileira a obrigatoriedade

ploads%2Fdocumentos%2Fprojea%2Fpanorama_geral_da_eja%2Fhistoria_da_educacao_no_brasil.doc&ei=EQE5VZmuGITsATLhYDIDQ&usg=AFQjCNEJO_wWd3LaSf_tXiJukYkWLiwVXg&bvm=bv.91427555,d.cWc.

Acesso em 23/05/2017 às 11:32hs.

⁶ Idem. p. 49.

⁷ <http://www.nheri.org/>. Acesso em 23/04/2017 às 13:09hs.

⁸ Idem. Acesso em 23/04/2015 às 13:13hs.

escolar dentro das instituições de ensino durante o período escolar, passou-se a buscar “brechas” na lei para o ensino doméstico, ante a ausência de norma legal, pois a educação “era prerrogativa somente da educação escolar ou escolarização”⁹. Assim, iniciou-se no Brasil, a discussão sobre a educação fornecida em casa, sem a atuação e supervisão direta do Estado.

4 HOMESCHOOLING: Movimento social, características e benefícios

As transformações sociais geram modificações na forma de ensino e vivência, vindo a surgir novos mecanismos de comunicação interpessoal, logo, é possível comunicar-se pela internet e aprender à distância. Neste segmento tem-se que o *homeschooling* é o ensino fornecido diretamente pelos pais no âmbito domiciliar, sem a atuação e fiscalização direta do Estado.

Este não visa somente ensinar conteúdos programáticos, mas também percepções de mundo, crenças, ideologias¹⁰, “desenvolvimento da busca pelo conhecimento autônomo”¹¹, acrescido do compromisso na educação integral dos filhos, possibilidade de realização de mais atividades extracurriculares, flexibilidade escolar, em detrimento a precariedade do ensino público, desrespeito valores e princípios pessoais, além da proteção contra drogas, bullying, perseguições.

Com os anos, referido instituto ganha mais adeptos, conforme informado pelo site da *National Home Education Research*

⁹ Vasconcelos, M.C.C e MORGADO, J.C.B.C. DESAFIOS À ESCOLARIZAÇÃO OBRIGATÓRIA: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal. p. 208.

¹⁰ Idem. p. 206.

¹¹ ARANHA, Sonia. Educar em Casa Tem Sido Opção de Muitos Pais. <http://www.soniارانha.com.br/tag/homeschooling/>. Acesso em 23/04/2017 às 13:53hs.

Institute desde a década de 70, vindo a passar 2 milhões de crianças nos Estados Unidos, o qual tem regulamentada sua prática em mais de 50 países.¹²

No Brasil houve aumento de sua prática, culminando com seu debate nos tribunais, ante a ausência de regulamentação legal e o fornecimento de educação obrigatória em instituição publica ou privado durante o ensino fundamental, o que ensejou a elaboração de projetos de leis que não foram votados até o momento.

Verificando-se os estudos já existentes, não delimite “um tipo específico de família” optante pela educação domiciliar, geralmente são famílias com cunho religioso ou pais com maior nível escolar que a média nacional, pois se consideram hábeis a repassar conhecimento aos filhos sem a ideologia de uma escola, conforme informa Cristina López Sánchez:

En todo caso, ante la pregunta de qué tipo de familias escogen el homeschooling, tendríamos que contestar que actualmente lo practican familias de todo tipo, raza, condición socioeconómica, ideología, etc. Pero todas ellas tienen en común el poseer gran confianza en su habilidad para llevar a cabo un trabajo competente en relación con la educación de sus hijos con un mínimo apoyo institucional¹³.

Desta forma, há um movimento social para regulamentação e aceitação da educação domiciliar, no qual se busca garantir aos pais o direito a livre escolha pela opção da

¹² <https://www.nheri.org/>. Acesso em 23/04/2017 às 14:08hs.

¹³ Patria Potestad Y Derecho A La Educacion A Propósito Del Homeschooling. p. 83.

educação fornecida aos filhos, nos termos do art. 26, da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Vale dizer, a crescente procura de brechas na lei para sua regulamentação viabilizou o surgimento de movimento social pela luta contra a doutrinação ideológica escolar.

Muitos defensores justificam sua opção devido a precariedade pedagógica existente no ensino público/privado, infraestrutura, distância geográfica, necessidades especiais da criança, como deficiência motora e/ou mental, dislexia, superdotados, hiperatividade, problemas de integração social com os colegas.

Carlos Cabo González, em sua tese de doutorado, afirma que algumas das causas para a educação em casa, segundo pesquisa de campo realizada com praticantes são: ausência de respeito a individualidade da criança, dificuldade de adequação ao ritmo de ensino, não despertar na criança interesse e gosto pelo saber, não promover a criatividade, não considera a aprendizagem natural, regime de disciplina inadequado, rigoroso e exigente, competitividade, transmissão de conteúdo inapropriados, modelo de ensino unidirecional, horários excessivos, generalização da saúde da criança, pouco exigente, não dá importância a línguas estrangeiras, controle excessivo e rigoroso das crianças, classificação das crianças por idade e não conhecimento¹⁴.

Ante as falhas estruturais e educacionais apresentadas pelas escolas, os pais tentam tomar para si a instrução do filho, retirando-o do Estado, o que é aceito por diversos pais, contudo, não regulado pelo Brasil, vindo a ser objeto de infração penal.

¹⁴<http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/analisis%20cualitativo%204%20motivos.htm>. El *Homeschooling* En España: Descripción Y Análisis Del Fenómeno. Acesso em 23/04/2017 às 14:52hs.

Assim, devido ao aumento do número de adeptos ao *homeschooling* criando, fazendo, surgiu a Conferência Global do *Home Education*, realizada em 03 de novembro de 2012 na Alemanha com a participação de pais, líderes e adeptos da educação domiciliar, que trataram de discutir sua ocorrência, aceitação, mundialização, direitos humanos. Eles entendem tal instituto como direito fundamental dos pais escolherem a educação/ensino que darão aos filhos, conforme tratados internacionais¹⁵.

Esta organização é parte do movimento social intentado para garantir o direito livre à educação, bem como visa apresentar estatísticas, estudos científicos e resultados para regulamentação naqueles países que não normatizaram sua ocorrência, seja por razões estruturais, legais, filosóficas, pedagógicas ou religiosas.

Segundo Edíson Prado de Andrade, “*o desejo dos pais por praticarem um modo de ensino descolado do sistema escolar é defendido como expressão legítima das mudanças sociais que se fazem necessárias e que precisam ser reconhecidas como ponto de vista do Direito*”¹⁶.

No Brasil, um dos mecanismos de luta pelo livre direito de escolha da educação dos filhos ocorre via Associação Nacional de Educação Domiciliar, que apresenta como objetivos a luta pela regulamentação da educação em casa, divulgar este instituto, promover troca de experiências¹⁷.

¹⁵ <http://www.ghec2012.org/cms/content/about-ghec-2012.html>. Acesso em 23/04/2017 às 15:42hs.

¹⁶ Tese de Dissertação. A educação descolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. São Paulo: 2014. p. 24

¹⁷ <http://www.aned.org.br/portal/index.php/quem-somos/objetivos>. Acesso em 23/04/2017.

A título de exemplo nesta luta cita-se também a Aliança Nacional para Proteção à Liberdade de Instruir e Aprender¹⁸.

Neste sentido, vislumbra-se o crescimento deste movimento que busca garantir direito humano fundamental, bem como eliminar os pré-conceitos existentes sobre o mesmo, ante os resultados positivos apresentados mundialmente.

5 DAS NORMAS SOBRE ENSINO DOMICILIAR NO BRASIL

O ensino domiciliar no Brasil, atualmente, tem sido objeto de grandes discussões, por ser considerado transgressão penal sem a imputação de grave penalidade, conforme estipula o Código Penal, *“como já o foi na primeira metade do século XIX, nem os pais que educam em casa costumam delegar a tarefa para terceiros (preceptores ou professores particulares). Antes, assumem-na quase que integralmente”*¹⁹.

No Brasil, não há norma expressa que autoriza a prática do ensino em casa, apesar da existência de projetos de leis. Dentro do ordenamento jurídico temos a Constituição Federal nos artigos 205 c/c 227 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, art. 2^a, que afirma que a educação é dever do Estado e da família, sendo dever do Estado o ensino fundamental obrigatório (art. 208, §§ 1^o e 2^o, CF).

¹⁸ <http://www.anplia.org/>. acesso em 23/04/2017 às 16:38hs.

¹⁹ VIEIRA, Andre De Holanda Padilha. Monografia de graduação submetida ao curso de Ciências Sociais sob o título “ESCOLA? NÃO, OBRIGADO”: Um retrato da homeschooling no Brasil”. Universidade De Brasília. Instituto De Ciências Sociais. Departamento De Sociologia. Brasília. 2012. p. 25. <http://www.mises.org.br/files/literature/TCC%20-%20Andr%C3%A9%20de%20Holanda%20-%20Vers%C3%A3o%20UnB.pdf>. Acesso em 23/04/2017 às 16:32hs.

É sabido que a família é a base da sociedade, devendo o Estado garantir meios que lhe propicie o Bem Estar Comum, bem como recursos para fins de saúde, educação, moradia, dignidade humana.

Há também a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que no artigo 26 garante aos pais a escolha da educação que será ministrada aos filhos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação nos artigos 1º, 2º e 3º²⁰, garante o desenvolvimento do educando via processos formativos com a liberdade de escolha, ensino, arte, pluralismo de ideias, fundamentos esses que se baseiam alguns operadores do direito para defender a incidência do ensino domiciliar no país.

Segundo Domingos Franciulli Netto:

Ora, se os pais se mostram capazes de garantir educação de qualidade aos seus filhos, não há motivo ontológico e teleológico suficiente para a interferência do Estado em detrimento do direito natural da família. Ao Estado cabe um poder coordenador; não determinador ou impositor²¹.

O artigo 1634, I, CC dispõe que é obrigação dos pais dirigir a educação dos filhos durante o ensino obrigatório, “*ainda que apoiados na instituição pública, o ensino fundamental e médio*”²².

²⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em 01/06/2017 às 12:11hs

²¹ Aspectos Constitucionais E Infraconstitucionais Do Ensino Fundamental Em Casa Pela Família http://www.anced.org.br/portal/downloads/Aspectos_Constitucionais.pdf. p. 12. Acesso em 23/04/2015 às 17:33hs.

²² FUJITA, JS; SCAVONE JR., L.A.; CAMILLO, C.E.N. e TALAVERA, G.M. (coordenadores). Comentários ao Código Civil Artigo por Artigo. 3ª edição revisada e atualizada. Ed. RT. São Paulo: 2014. p. 1487.

No campo do Estatuto da Criança e Adolescente, o artigo 55 dispõe que os pais tem obrigação de matricularem os filhos na escola durante da idade escolar.

Há também o Projeto de Lei n^o 4.122/2008²³, o qual dispõe sobre a permissão do ensino domiciliar no Brasil, entretanto, foi arquivado em 31 de janeiro de 2011 e logo desarquivado em 15 de fevereiro de 2011, não sendo apresentada emenda nem foi objeto de votação até o momento. Neste mesmo sentido, encontra-se o Projeto de Lei n.º 3.179²⁴ de 2012, que também não teve aprovação.

Em igual seguimento há a Proposta de Emenda Constitucional n^o: 444/2009, que acrescenta o parágrafo 4^o do artigo 208, CF, para regulamentação do ensino domiciliar, sendo que em 31 de janeiro de 2015 estava na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados quando foi arquivado pelo art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados²⁵.

Desta forma denota-se que este instituto ainda encontra-se “ilegalidade”, pois as leis que dão o embasamento para as sanções àqueles pais que não matriculam seus filhos na escola continuam inalteradas”²⁶.

Entretanto, há diversas ações que buscam a regulamentação nacional, para que deixe a ilegalidade e garanta aos

²³ Câmara dos Deputados. <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/920138.pdf>. Acesso em 26/05/2017 às 17:44hs

²⁴ Câmara dos Deputados. http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?jsessionid=422AF7D27D21A21E314984349017E95C.node2?codteor=966871&filename=Avulso+-PL+3179/2012. Acesso em 26/05/2017 às 17:51hs.

²⁵ Câmara dos Deputados. <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=463248>. Acesso em 26/05/2017 às 17:55hs

²⁶ Vasconcelos, M.C.C e MORGADO, J.C.B.C. Desafios À Escolarização Obrigatória: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal. p. 217.

pais o direito de proporcionarem a educação que entendam adequada seja via Estado ou casa.

6 CONCEITO DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL

Neste ponto passamos a tratar do crime de abandono intelectual elencado no artigo 246, CP, consistente na infração penal imposta aos pais que deixarem de prover instrução fundamental aos filhos.

Segundo Luiz Regis Prado é obrigação dos pais e Estado prover educação às crianças, porquanto entende que a Constituição Federal impõe aos pais “*o dever de assistir, criar e educar os filhos menores (art. 229). Incumbe-lhes dirigir espiritual e moralmente os filhos, aconselhando-os e proporcionando-lhes a adequada formação. Para tanto, é indispensável o provimento dos meios adequados à subsistência e à instrução, de acordo com os recursos disponíveis*”²⁷.

Denota-se da leitura da doutrina, que o abandono intelectual não será punido pela ocorrência de força maior, consistente na justa causa com a comprovação da exclusão do dolo, como dificuldades financeiras e de transporte, isto é, “*só casos de penúria comprovada e de dificuldades irremovíveis é que podem constituir a justa causa que elide o crime*”²⁸.

²⁷ Comentários ao Código Penal. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007. p. 757.

²⁸ COGAN, A. Abandono Intelectual. <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y97202.pdf>. Acesso em 23/05/2017 às 18:17hs.

7 HOMESCHOOLING X ABANDONO INTELLECTUAL: Consiste em direito não regulamentado no brasil ou crime?

Antes de adentrarmos ao âmago da discussão, devemos ver a educação como instrumento de democratização por ser meio para o desenvolvimento social, visto que com a educação (direito social) torna-se efetivamente cidadão na acepção da palavra, isto é, exerce seu direito de cidadania e passa a debater o direito ao poder, desse modo, a educação é uma forma de inclusão social.

Para que possamos aumentar o direito à democracia deve-se educar democraticamente, porquanto a educação necessita de liberdade de pensamento/ação/conhecimento/valores, e essa educação só é limitada quando atinge a liberdade do outro indivíduo.

Assim, quando falamos na escolha da forma de ensino, devemos considerar o direito universal de escolha dos pais quanto a educação que será ministrado aos filhos, não cabendo ao Direito Penal restringir referido direito, por ser meio de limitação da liberdade individual.

Vejamos o artigo 26, DUDH, como tratado internacional recepcionado pelo Brasil, é norma que garante aos pais a opção de escolha da melhor educação, em que pese a sua limitação, via Estado, para que os filhos estejam matriculados em rede escolar durante o período de ensino obrigatório, assim, poderiam os pais optar pela educação domiciliar porquanto não haveria negativa de concessão de ensino, mas sim de matrícula em rede pública e privada, visto que a educação/ensino seria proporcionada na própria residência da criança.

Os pais como detentores do poder familiar devem ter respeitado seu direito de seleção da melhor educação (ensino e valores) aos filhos, sem intromissão estatal.

O crime de abandono intelectual deve ser visto não como a infração penal pela prática de ensino domiciliar, mas sim imputado àqueles pais que não propiciam nem garantem nenhuma forma de ensino aos filhos, mantendo-os fora da rede escolar sem nenhuma educação por justa causa imotivada. È direcionado às crianças que se encontram longe da escola pública/privada ou ensino doméstico, sem qualquer razão plausível, ou por mero desconhecimento dos familiares ou mero desejo deste.

Pela leitura do artigo 246, CP (abandono intelectual) vislumbra-se que a penalidade imposta constitui crime de menor potencial ofensivo, por ter a pena de detenção de 15 dias a um mês ou multa. Referido artigo possui maior caráter preventivo, pois impõe a sociedade que garanta o direito à educação das crianças, via matrícula escolar, isto é, obriga que as crianças sejam matriculadas na escola, sob pena de criminalização dos pais; não admitindo o ensino domiciliar, que não apresenta normatização até o momento.

Deste modo, a presença deste artigo no Código Penal é uma forma de limitação e restrição do direito de escolha dos pais, que são obrigados a prova-la por meio da intervenção do Estado, ante a necessidade de matrícula em rede escolar durante o ensino primário, médio e fundamental.

Assim, há a manutenção da intervenção estatal no controle educacional em que pese ser direito humano à escolha da educação pelos pais, isto é, estes não podem gozar livremente de seu direito de conceder educação/ensino sem intervenção estatal.

Importante considerar que a manutenção da intervenção estatal na educação também é uma forma de controle social, assegurando consenso heterogênico da sociedade.

Quanto ao dever de propiciar o direito à educação ensina Eduardo Martines Júnior:

De toda forma, até pelas próprias dificuldades verificadas, não é possível afirmar que este ou aquele é responsável pela educação. Desde o Estado, passando pela família (como vimos) e pelos demais integrantes da sociedade, todos são titulares do direito à educação e devem, por isso, envidar todos os esforços na seara do próprio lar e na comunidade a que pertencem; o Estado, por suas medidas legislativas ou administrativas, ou ainda qualquer deles, buscando em juízo satisfação desse legítimo interesse. Cabe ao Estado-juiz, pela jurisdição, dizer o direito no caso concreto e, se o direito à educação não está sendo respeitado, impõe-se imediata correção.”²⁹

Contudo, a educação domiciliar deve ser vislumbrada como direito fundamental e forma de educação alternativa às famílias, que detém condições específicas adaptadas a cada aluno, que é utilizada pelos pais que não satisfizeram suas expectativas com a escola³⁰.

Importante esclarecer que o *homeschooling* não pode ser visto como infração penal, mas sim em direito fundamental a ser regularizado, já que não é ato antidemocrático, pois, apesar da criança estudar em casa, pode realizar atividades extracurriculares como idiomas, esportes, danças, lazer, não havendo privação ao

²⁹ Educação, Cidadania e Ministério Público: o artigo 205 da Constituição e sua abrangência. 1ª edição. Ed. Verbatim. São Paulo: 2013. P. 109.

³⁰ Vasconcelos, M.C.C e MORGADO, J.C.B.C. Desafios À Escolarização Obrigatória: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal. p. 224.

compartilhamento de cultura e conhecimento, ainda mais mediante a globalização mundial, motivo pelo qual não haveria segregacionismo, isolamento da criança, que posteriormente poderia cursar uma escola ou faculdade, conforme estudos científicos neste sentido.

No ensino domiciliar não há negativa a concessão de educação aos filhos, ao contrário, eles são ensinados pelos pais, às vezes estudam mais que aqueles que frequentam escolas, apresentando maiores índices de desenvolvimento/conhecimento. Deste modo, não se deveria aplicar crime de abandono aos pais adeptos, porquanto os filhos estão longe da escola, mas recebem ensino, isto é, não se encontram sem atividade educadora, motivo pelo qual perderia aplicação o crime de abandono intelectual, já que a criança recebe instrução educacional.

Vale dizer, os pais detentores do poder familiar tem a obrigação de conceder aos filhos educação, sustento, valores éticos, sociais e profissionais. Especificamente, no campo do ensino, entende Carlos Roberto Gonçalves, que deve os pais fornecerem educação sob pena de abandono intelectual, esclarecendo que compete aos pais a escolha da espécie de educação,

cabendo-lhes decidir sobre o ensino público ou privado, dentro de suas possibilidades econômicas, bem como o tipo de orientação pedagógica ou religiosa e o modelo escolar mais adequado. Não há empecilho a que os pais designem pessoa ou instituição que cuide da educação de seus filhos, especialmente em sua ausência, visto que o

direito de educar é intransferível mas o exercício não³¹.

Conforme ensina o doutrinador acima o direito a educação não é retirado, mas pode ser escolhida a forma de educação concedida, portanto, no *homeschooling* não haverá retirada da criança o recebimento de educação, com ensino de conhecimento, valores, culturas, motivo pelo qual não poderia o mesmo ser considerado crime sujeito a penalidade.

A aceitação do ensino domiciliar considera o primado da família, direito a cidadania e dignidade da pessoa humana, em detrimento da obrigatoriedade da imposição estatal, motivo pelo qual o Código Penal, via aplicação de penalidade, não é a maneira mais adequada para restringir a liberdade de escolha dos pais quanto a educação dos filhos.

Em reportagem entrevista ao Jornal o Globo de 09 de julho de 2013 às 9:12hs, o advogado Dr. Alexandre Magno expôs sua defesa ao *homeschooling*, conforme trecho abaixo transcrito quanto a interpretação ao crime de abandono intelectual:

O artigo 246 do Código Penal define como abandono intelectual “deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar”. Mas, de acordo com o advogado Alexandre Magno, diretor jurídico da Aned, quem educa seus filhos em casa não está, “de maneira alguma”, cometendo uma infração.

— O que está na lei é deixar de instruir o filho na idade obrigatória, mas não cita a escola. Não há risco de ser punido criminalmente. O Código Penal não se

³¹ Direito Civil Brasileiro. V. 6. 11ª edição. Saraiva. São Paulo: 2014. P. 423.

refere à escola, mas, sim, à instrução — interpreta Magno.³²

Portanto, da leitura supra o direito à educação consiste em direito fundamental, devendo ser protegido e garantido pelo Estado, família e sociedade, garantindo crescimento humano e aprimoramento da dignidade humana, bem como combate o retrocesso social. Contudo, o Estado obriga a matrícula das crianças durante o ensino obrigatório em instituição pública ou privada, impondo que a educação fique sob responsabilidade exclusiva do “manto estatal”, retirando da família a opção pela responsabilidade do ensino de seus filhos, isto é, não se admite, sem restrição, o ensino domiciliar ministrado pelos pais.

Referida obrigatoriedade estatal foi objeto de decisão pelo Supremo Tribunal de Justiça em ação civil pública RESP 575280 SP 2003/0143232-9, informando ser direito constitucional da criança e dever do Estado o fornecimento de educação, no caso de creche³³.

Importante salientar que o Estado tem o dever de prestação positiva, por meio dos entes federativos, devendo-se valer de políticas públicas para concretização de disposição constitucional quanto ao fornecimento de educação, consistente em direito fundamental e social de aplicação imediata.

Na educação em casa, os pais de certa forma trazem para si a responsabilidade pelo fornecimento de ensino aos filhos, devendo-se seguir o conteúdo programático fornecido pelo

³² O Globo. <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/projeto-de-lei-favor-do-ensino-domiciliar-tem-oposicao-do-mec-8950739>. Acesso em 26/05/2017 às 20:55hs.

³³ STJ - RECURSO ESPECIAL: REsp 575280 SP 2003/0143232-9. Ministro JOSÉ DELGADO. DJ: 02/09/2004. <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7284920/recurso-especial-resp-575280-sp-2003-0143232-9-stj>. Acesso em 01/05/2017 às 10:05.

Ministério do Educação e Cultura. Ocorre que os pais não deixam de fornecer educação, nem retiram dos filhos este direito fundamental, ao contrário, optam por outra maneira de concessão, motivo pelo qual não há que se falar em crime de abandono intelectual, porquanto as crianças que o utilizam, conforme estudos disponibilizados em trabalhos científicos e na entidade ANED apresentam ótimos índices de desenvolvimento estudantil, sendo inclusive aprovados no exame do ENEM.

Portanto, inexistente o cometimento de infração penal em detrimento do direito universal de escolha dos pais pela forma de ensino ministrada, devido a carência nacional da normatização do *homeschooling* com a delimitação de suas diretrizes, uma vez que consiste em maneira alternativa de transferência de conhecimento, não havendo razões de conflito com socialização nem de descontrole social.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finalizando, em nossa visão, calcada nos ensinamentos dos muitos juristas aqui citados, afirmamos em resumo, que o direito à educação é direito social fundamental de eficácia e aplicabilidade imediata por meio dos entes públicos devendo ser garantida pelo Estado, família e sociedade.

No Brasil, o direito à educação passou por grandes transformações históricas até chegar à intervenção estatal, assim, atualmente, durante a educação obrigatória as crianças devem estar matriculadas na rede escolar sob pena da prática de abandono intelectual.

Ocorre que esta intervenção do Estado conflita com direito fundamental dos pais de prioridade de escolha do gênero de instrução a ser ministrada aos filhos, ante a ausência de regulamentação do ensino domiciliar no país. Assim, há a punição

dos pais que não se adequem neste sistema mesmo que não deixem de prover ensino e educação, pois o fazem em sua residência.

Contudo, os adeptos do *homeschooling* visam promover a educação de forma diferenciada, porquanto são contrários a doutrina ideológica escolar bem como buscam “preservar” seus filhos de agressões físicas, mentais, sociais, fornecendo educação individualizada dentro dos limites de horários e aprendizado de cada um.

Entendemos que o Estado não poderia adentrar a esfera individual do cidadão para limitar-lhe o direito ao ensino doméstico, para tanto deveria regulamentar o instituto e impondo obrigações e critérios a serem cumpridos e provados pelos pais adeptos bem como avaliados por instituição de educação pública.

Assim, entendemos que o crime de abandono intelectual é preventivo, pois busca informar que a ausência de matrícula durante o ensino obrigatório constitui crime, contudo desconsidera o desenvolvimento intelectual pode ser ministrado em casa sem a intervenção direta do Estado.

Portanto, torna-se necessário o aumento dos debates em torno do *homeschooling* para mobilização das autoridades competentes para fins de sua normatização legal, porquanto, não há abandono dos filhos que aprendem em casa, ao contrário recebem instrução de forma alternativa, sem a prática de infração criminal, porquanto não houve abandono no sentido estrito da palavra.

Desta forma, concluímos ser direito fundamental dos pais a escolha do gênero de instrução, devendo comprovar o real fornecimento de ensino, valores, educação propriamente dita, proporcionando ainda a socialização da criança com a sociedade, sem serem criminalizados.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. V. 6. 11ª edição. Saraiva. São Paulo: 2014.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio; CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. e TALAVERA, Glauber Moreno (coordenadores). Comentários ao Código Civil Artigo por Artigo. 3ª edição revisada e atualizada. Ed. RT. São Paulo: 2014..

MARTINES JÚNIOR, Eduardo. Educação, Cidadania e Ministério Público: o artigo 205 da Constituição e sua abrangência. 1ª edição. Ed. Verbatim. São Paulo: 2013.

PRADO, Luiz Regis. Comentários ao Código Penal. 4ª edição revista, atualizada e ampliada. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2007.. p. 757

RIBEIRO, Maria Luísa Santos. História da Educação Brasileira: a organização escolar. http://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=mFSOagRZINoC&oi=fnd&pg=PA11&dq=historia+da+educacao+no+brasil&ots=CcWw-1m6lo&sig=Y7nM0_JtBekFvUDotbvnd-7COZI#v=onepage&q=historia%20da%20educacao%20no%20brasil&f=false. Acesso em 23/04/2017.

VASCONCELOS, Maria Celi Chaves e MORGADO, José Carlos Bernardino Carvalho. DESAFIOS À ESCOLARIZAÇÃO OBRIGATÓRIA: a inserção do homeschooling na legislação educacional no Brasil e em Portugal.

Teses de Dissertação

ANDRADE, Édison Prado de. Tese de Dissertação. A educação descolarizada como um direito da criança e do adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do direito à educação. São Paulo: 2014.

GONZÁLEZ, Carlos Cabo. <http://encina.pntic.mec.es/jcac0007/analisis%20cualitativo%204%20motivos.htm>. El *Homeschooling* En España: Descripción Y Análisis Del Fenómeno. Universidade de Oviedo. Acesso em 23/04/2017.

VIEIRA, André de Holanda Padilha. http://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf “ESCOLA? NÃO, OBRIGADO”: Um retratro da homeschooling no Brasil. Brasília:2012. Monografia da Graduação. Universidade de Brasília. Acesso em 14/05/2017.

Artigos

Bello, José Luiz de Paiva. A História da Educação no Brasil. http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CEcQFjAC&url=http%3A%2F%2Fwww.ifro.edu.br%2Fsite%2Fwp-content%2Fuploads%2Fdocumentos%2Fprojea%2Fpanorama_geral_da_eja%2Fhistoria_da_educacao_no_brasil.doc&ei=EQE5VZmuGIThsATLhYDIDQ&usq=AFQjCNEJO_wWd3LaSf_tXiJukYkWLiwVXg&bvm=bv.91427555,d.cWc. Acesso em 23/04/2017.

COGAN, Arthur. Abandono Intelectual. <http://www.revistajustitia.com.br/revistas/y97202.pdf>. acesso em 23/04/2017.

FRANCIULLI NETTO, Domingos. Aspectos Constitucionais E Infraconstitucionais do Ensino Fundamental m Casa Pela Família <http://www.aned.org.br/portal/downloads/AspectosConstitucionais.pdf>. Acesso em 23/04/2017.

SÁNCHEZ, Cristina López. Patria Potestad Y Derecho A La Educacion A Propósito Del *Homeschooling*.

Sites

Aliança Nacional para Proteção à Liberdade de Instruir e Aprender. <http://www.anplia.org/>. Acesso em 23/04/2015.

ARANHA, Sonia. Educar em Casa Tem Sido Opção de Muitos Pais. <http://www.soniaranha.com.br/tag/homeschooling/>. Acesso em 23/04/2017.

Associação Nacional de Ensino Domiciliar. <http://www.aned.org.br/porta/index.php/quem-somos/objetivos>. Acesso em 23/04/2017

Câmara dos Deputados. <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/920138.pdf>. Acesso em 26/05/2017.

Conferencia Global do *Home Education*. <http://www.ghec2012.org/cms/content/about-ghec-2012.html>. Acesso em 23/04/2017.

Educación Libre. <http://www.educacionlibre.org/inicimarc.htm>. Acesso em 14/04/2017.

National Home Educational Research Institute. <http://www.nheri.org/>. Acesso em 23/04/2017.

O Globo. <http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/projeto-de-lei-favor-do-ensino-domiciliar-tem-oposicao-do-mec-8950739>. Acesso em 26/05/2017.

Planalto. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em 01/05/2017.

Superior Tribunal de Justiça - <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7284920/recurso-especial-resp-575280-sp-2003-0143232-9-stj>. Acesso em 01/05/2017.

UNESCO. <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 23/04/2017.

LA OPINIÓN PÚBLICA Y EL STF COMO REPRESENTANTE ARGUMENTATIVO

Plauto Cavalcante Lemos Cardoso¹

“o resultado dos casos decididos pela Suprema Corte dos EUA podem ser previstos mais precisamente por meio de um punhado de variáveis, nenhuma das quais envolvendo a doutrina jurídica, do que por uma equipe de especialistas em direito constitucional.” Richard Posner²

A mi Joaquim, por supuesto.

1 INTRODUÇÃO

Es impresionante lo que vivimos como seres de una cultura de masas. Según datos de *The Growth and Structure of Human Populations: a Mathematical Investigation* publicada por la Universidad de Princeton, se calcula que en el año 1 de la era

¹ Profesor de Derecho Constitucional del posgrado de la Fundación Getúlio Vargas/Rio – red conveniada nacional, Brasil, Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina. *Master of Laws* – LL.M en *Litigation* en la Fundación Getúlio Vargas – FGVRio, Brasil. Master en Literatura Inglesa en la Universidad de Sussex, Inglaterra y Especialista en Lingüística Aplicada en la Universidad de Brasilia - UnB. Graduado en Derecho en la Universidad Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro y en Letras en la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG. Abogado, profesor y conferencista en las áreas de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Derecho & Literatura/Cine. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional – AAJC, y del Instituto de Estudios Políticos y del Estado de la AAJC. Miembro del Colegio de Profesores de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional y Investigador Parlamentario del Congreso de México – REDIPAL.

² POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008, p. 24.

Cristiana, la población mundial era de 300 millones, en el año 1750 se estima en 800 millones, y en 1850 había ascendido a 1.300 millones. Se observa que en 17 siglos la población aumentó en 500 millones de personas, la misma cantidad de aumento que se registró en un solo siglo, de 1750 a 1850; 1 siglo después, en el año 1950 la población aumentó a 2.500 millones. La ONU estimó en 6.400 millones la población mundial para el año 2000³.

El más reciente estudio publicado el 21/06/17 por el Departamento de Asuntos Sociales y Económicos de la ONU y titulado *Las Perspectivas de la Población Mundial 2017*, estimó la población mundial actual en 7.600 millones, prevé 8.600 millones para el año 2030 y que llegaremos a la alarmante cifra de 9.800 millones en 2050, alcanzando increíbles 11.200 en 2100.⁴ Añadimos 500 millones de personas en los 17 siglos anteriores a la revolución industrial y ahora prevemos en apenas 12 años – entre 2017 y 2030 – un aumento de 1.000 millones de nuevos seres humanos para educar y cuidar.

Sea como sea, vivimos culturalmente profundas transformaciones. La propia palabra cultura, usada como adverbio en la frase anterior, ya no puede ser tomada de forma consensual o con el mismo sentido que tenía en el siglo que dejamos atrás hace poco tiempo. Cultura, que antes era una conciencia que nos impedía darle la espalda a la realidad, hoy es sinónimo de una cultura de la distracción⁵.

3 COALE, Ansely. **The Growth and Structure of Human Populations: A Mathematical Investigation**. Princeton: Princeton University Press, 1972, cap. II.

⁴ Disponible en <https://www.un.org/development/desa/es/news/population/world-population-prospects-2017.html>. Acceso: 23/06/17.

⁵ Para ver más sobre este asunto, hacemos referencia al lector al fundamental LLOSA, Mario Vargas. **La civilización del espectáculo**. 1ª ed. Buenos Aries: Alfaguara, 2013.

El Derecho, como un claro producto cultural, no pasa incólume por estos tiempos de posverdad, “*la idea de que no hace falta someterse al chequeo de las informaciones y hechos que pretenden presentarse como verdaderos*”⁶ Seguramente no podemos seguir usando los mismos conceptos de la misma manera que fueron utilizados en la Francia revolucionaria para tratar temas como la opinión pública y la separación de poderes⁷. ¿Cómo entonces pensar el derecho en este contexto? Se percibe una enorme mezcla de conceptos del presente y del pasado que vuelven los debates sombríos, desesperanzados y claramente infructuosos.⁸

Como nos sugieren Englemann y Penna⁹,

abordar la producción intelectual de los profesionales del Derecho del punto de vista de las ciencias sociales tiene como presupuesto evitar la representación ideológica que los juristas construyen al respecto, en especial de que el debate doctrinario es un debate “técnico”, objeto

⁶ SARLO, Beatriz. Buenos Aires, 26/02/17. Entrevista concedida al periodista Alejandro Czerwacki del diario

Clarín. Disponible en: http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica_0_ryHPH8Rug.html. Acceso: 10/03/17.

⁷ Para más sobre una perspectiva histórica del concepto de Opinión Pública, recomendamos el imprecindible BERCHOLC, Jorge. Opinión Pública y Democracia: influencia y efectos de los medios de comunicación masiva. Buenos Aires: Lajouane, 2015.

⁸ Para más, ver CARDOSO, Plauto, et al. **Constitucionalismo en América Latina: evolución, retos y perspectivas para el siglo XXI**. Ciudad de México, Editora Sedia, 2017. http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV_X_10_17_Resumen.pdf. (en prensa)

⁹ ENGLEMAN, Fabiano; PENNA, Luciana Rodriguez. “Constitucionalismo e Batalhas Políticas na Argentina”. In: **Estudos Históricos**: Rio de Janeiro, vl. 29, n. 58, p. 505-524, mayo-agosto, 2016, p. 507.

de especialistas y autónomo en relación a las polarizaciones políticas. (Traducción propia)

Apenas en los últimos doce meses que dejamos atrás, el Supremo Tribunal Federal (STF) brasileño suspendió del cargo y del mandato al presidente de la Cámara de Diputados, suspendió al presidente del Senado –que se rehusó a cumplir la decisión– se atuvo a su jurisprudencia para abstenerse a debatir el mérito del juicio del *Impeachment* de la ex presidente de la República, Dilma Rousseff, y suspendió del mandato al senador y candidato a la Presidencia de la República en la fórmula opositora a la de la ex presidente Rousseff, Aécio Neves.¹⁰

El Supremo es pop. Llevó algún tiempo, pero el STF es una institución ya consolidada en el imaginario popular. La cuestión es saber exactamente qué imagen es esta. Tuvimos la primera transmisión televisiva de una sesión del plenario de la Suprema Corte en 23 de septiembre del 1992 con el juzgamiento del Mandado de Seguridad 21564, impetrado por la defensa del entonces Presidente de la República, Fernando Collor, contra acto del Presidente de la Cámara de Diputados aún en una fase preliminar del juicio del *Impeachment* del ex presidente Collor en 1992 ¹¹. Diez años más tarde, en 14 de agosto del 2002, la TV

¹⁰ Para más sobre la amplitud del debate en la Corte a lo largo del año 2016, sugerimos el excelente texto **Onze Supremos: o supremo em 2016**, organizado por FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego; FELIPE, Recondo (org.). Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

¹¹ Disponible en http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfSobreCorte_pt_br&idConteudo=196222&modo=cms. Acceso: 23/06/17.

Justicia inició las transmisiones en vivo de las sesiones del plenario de la Corte Constitucional¹².

Sin embargo fue con el juicio de la Acción Penal 470, más conocida como “*Mensalão*”, que el contacto se volvió intenso y los datos podrían dar envidia a los otros poderes o astros del rock:

En 2012, año del juicio del *mensalão* y de otros casos de gran repercusión, la exposición del Supremo Tribunal Federal (STF) en 1.424 medios de comunicación escrita del país creció un 116%, en comparación con 2011. El pico en el número de citaciones al tribunal en periódicos, revistas, portales y blogs de internet verificados por empresas de medios de comunicación contratadas por el STF, fue en agosto, primer mes del *mensalão*, cuando las referencias a la corte se cuadruplicaron. El ‘año pop’ del STF también fue notado en las redes sociales. En enero de 2012 el tribunal tenía cerca de 180 mil seguidores en *Twitter*. Ese número subió a 316 mil en diciembre.”¹³ (Traducción propia)

El ex presidente del STF y relator del mediático juicio del *Mensalão* y uno de los principales protagonistas, el ex Ministro Joaquim Barbosa, sigue bajo presión para presentarse como candidato a la Presidencia de la República en 2018. Los liderazgos de partidos como la Rede, el PSB y hasta el PT ya se reunieron con él recientemente. Barbosa aparenta también ser popular entre

¹² El término Corte Constitucional es utilizado aquí para designar a las cortes y tribunales creados a imagen y semejanza de la Corte Suprema Estadounidense – caso del STF brasileño, así como sus pares europeos.

¹³ Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/88400-visibilidade-do-supremo-mais-que-duplica.shtml>. Acceso: 20/06/2017.

parte de la clase artística¹⁴. En una encuesta de opinión pública realizada por el instituto Datafolha a fines de 2012, Barbosa llegó a tener 10% de las intenciones de voto para la Presidencia de la República, ocupando el tercer lugar entre los posibles candidatos¹⁵.

Marcelo Novelino sugiere que

“La intensa exposición mediática y la presión ejercida por la opinión pública a favor de la condenación de los reos parece haber influenciado, en mayor o menor medida, la actitud de parte de los Ministros. No faltaron críticas dirigidas a la supuesta mudanza en la jurisprudencia del Tribunal, en el sentido de que se distanció de su tradición garantista y flexibilizó la interpretación y los criterios de admisión de determinadas pruebas. Algunos especialistas en Derecho Penal llegaron a afirmar que la “teoría del dominio del hecho”, adoptada como fundamento teórico para parte de las condenaciones, habría sido aplicada equivocadamente, con una finalidad distinta de aquella para la cual fue desarrollada.” (Traducción propia)

[...] “Vale recordar que poco antes del inicio del “juicio del *mensalão*”, el periódico *Folha de S. Paulo* publicó una encuesta de opinión pública en la cual cerca del 70% de los brasileños estaba a favor de la

¹⁴ <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2017/06/1894741-estou-mais-para-nao-ser-diz-joaquim-barbosa-sobre-sair-candidato.shtml>.

Acceso: 23/06/17/

¹⁵ DATAFOLHA, Opinião Pública, 14/12/2012, Disponible en: http://datafolha.folha.uol.com.br/po/ver_po.php?session=1281. Acceso: 19/12/2012.

condenación de los reos.”¹⁶ (Traducción propia)

Corte Suprema alguna en un mundo tan mediático está libre de la presión resultante de la exposición pública¹⁷. Los eventos y manifestaciones presenciales y virtuales en Argentina y especialmente en Buenos Aires después que se conoció el caso Muiña, popularmente conocido como el 2x1, son una prueba contundente de tal hecho. Las consecuencias legislativas adoptadas enseguida por el Senado argentino, las declaraciones en forma de mea culpa de jueces pop como Zaffaroni para los medios de comunicación también son una prueba de esta influencia de la opinión pública sobre los jueces¹⁸.

En este artículo **analizamos** de que manera la Corte Constitucional brasileña (STF) escoge manejar la opinión pública con protagonismo activo en contraste con el rol contramayoritario idealizado para este tipo de institución. No es ningún secreto que cuantitativamente el Supremo no es una “corte constitucional” en el sentido original en que ese tipo de institución fue pensada. “*En números absolutos, está mucho más próximo de una “corte recursal suprema”*”. “*No es una corte que escoge lo que juzga fundamental juzgar.*

¹⁶ NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF, p. 267. Disponível em <http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/A-influ%C3%Aancia-da-opini%C3%A3o-p%C3%BAblica-no-comportamento-judicial-dos-membros-do-STF.pdf>. Acceso en 10/05/2017.

¹⁷ Para un debate sobre las presiones sufridas por jueces en procesos mediáticos, ver CARDOSO, Plauto. “Precedentes Judiciais: o papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica”. In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) **Latinoamerica Y Derecho en Exposición**. Vol. VI. Olinda: Editora Livro Rápido, 2017.

¹⁸ Para más detalles, ver <http://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-prisi-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>.

Es más bien una corte escogida por la parte. No construye su destino. Su destino es construido por cada recurso que le llega por deliberación ajena, de terceros” ¹⁹. En este contexto, verla ser maestra de sus elecciones llama la atención y merece ser estudiada en mayor profundidad.

La **metodología utilizada** tiene como base investigación de doctrina relevante tanto en Argentina como en Brasil, artículos relevantes publicados en periódicos, análisis de fallos de jueces de la Corte, de entrevistas, de datos cuantitativos y cualitativos de encuestas sobre el tema, de grabaciones e informes de sentencias de las Cortes Constitucional Brasileña, además de estudios comparativos sobre su par americano, La Corte Constitucional Americana.

Se intentan contestar preguntas fundamentales sobre lo que nos parece ser el mito de la dificultad contramayoritaria, como es la pregunta madre: **¿En el ámbito del control de constitucionalidad, decisiones contramayoritarias son una regla o apenas una excepción?** Y las preguntas que le siguen como consecuencia lógica: ¿Quién, de hecho, es alcanzado por la declaración de inconstitucionalidad de una ley? ¿La protección de los derechos de las minorías presupone, necesariamente, una actuación contramayoritaria? **¿qué es lo que lleva a una sociedad democrática a permitir que un pequeño grupo de personas que no fueron elegidas substituya las elecciones hechas por sus representantes democráticamente escogidos a través del control de constitucionalidad de las leyes?** ¿Cuáles son las razones subyacentes a la convergencia entre la opinión pública y el comportamiento de los miembros de una Corte Constitucional? ¿El alineamiento de opiniones significa necesariamente una influencia? ¿Quién influencia a quién? ¿Por

¹⁹ I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo. FGV, p. 21. Disponible es <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>. Acceso: 20/12/2017

qué razón los jueces no sometidos al voto popular y protegidos por la garantía de la inamovilidad vitalicia se preocuparían con el público general?

Nuestras conclusiones son dos. Primero, la dificultad contramayoritaria, los datos parecen nos apuntar, es un mito que no corresponde tan poco con al realidad de cómo falla la Corte Constitucional brasileña. El hecho de que no tenemos los datos del STF sobre este asunto como por ejemplo tenemos de la Corte Suprema Norteamericana no debe paralizarnos y hay seguramente algunos puntos muy interesantes se pueden abordar en este debate. Nos parece, y esta es la premisa de este artículo, que la tensión entre la Corte Constitucional y la Teoría Democrática aparenta ser una creación académica y a priori no respaldada por la práctica, por lo menos, de la corte constitucional norteamericana.

Finalmente, y por consecuencia, sostenemos que una dicotomía irreflexiva entre mayoría y minoría puede opacar una visión más realista y conducir a respuestas desnecesariamente antagónicas. Una Corte Constitucional puede actuar de manera esencial no apenas en la protección de los derechos de las minorías contra eventuales excesos de la mayoría, sino también en el rol apuntado por Robert Alexy de “*representante argumentativo de la sociedad*”²⁰, fomentando el proceso de conformación de la política estatal a las efectivas preferencias nacionales existentes y/o emergentes frente a eventuales conflictos entre a legislación y la voluntad de la mayoría popular²¹. O, aún, como afirmado Luís

²⁰ ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, in: ALEXY, Robert. **Teoría del discurso y derechos constitucionales**. México: Distribuciones Fontamara, 2005. El filósofo alemán sostiene que las cortes arreglan las distorsiones generadas por el Legislativo. Para Alexy, el Parlamento representa al ciudadano políticamente y las Cortes Supremas lo hacen argumentativamente.

²¹ BARNUM, David G. The Supreme Court and public opinion: judicial decision making in the post-New Deal period. The Journal of Politics, Vol.

Roberto Barroso, en un papel representativo en el sentido contraponerse “à falta de atuação legislativa para atender essas demandas da sociedade, coube ao STF, interpretando princípios constitucionais, formular as respostas constitucionalmente adequadas.”²²

2 ¿OPINIÓN DE QUIÉN?

“Es un error garrafal tratar de formular teorías antes de tener datos. Sin darse cuenta, uno comienza a forzar los hechos para que se adapten a las teorías, en lugar de que las teorías se adapten (y expliquen) a los hechos”.

Sherlock Holmes en **Un Escándalo en Bohemia**,
de Arthur Conan Doyle.

En primer lugar, es interesante notar como **se usa la expresión Opinión Pública como si ella tuviese realmente un significado**. ¿Pero de qué estamos hablando al final cuando utilizamos el término Opinión Pública? ¿Es una clase social? ¿Son los obreros? ¿Quién es esa quimera amorfa tan usada para guiar los tres poderes de nuestras repúblicas?

Como bien nos recuerda Bercholz en *Opinión Pública Y Democracia*, Habermas nos sugiere que Opinión Pública es un “concepto que debiera dejarse de utilizar a efectos científicos dada la falta de acuerdo sobre su significado y alcance”. Peor, según el sociólogo francés Pierre Bourdieu, es algo “que definitivamente debe considerarse inexistente”²³.

47, N. 2, Jun, 1985, p. 664. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2130901>. Acceso: 22/06/17.

²² <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso>. Acceso: 20/06/17.

²³ BERCHOLC, 2015, p. 15. Le recomendamos al lector el fundamental debate profundizado sobre el tema llevado a cabo por Bercholz en la página 39, de la sesión VI del capítulo I del referido libro en el cual se analizan los posibles significados aislados de los términos “Opinión” y “Público” y los

Afirmamos que el derecho como ciencia sufrió demasiado con su artificial alejamiento de las ciencias sociales. Así, se hace menester hacer hincapié en el hecho que “opinión pública” es un concepto que se tomó prestado de las ciencias sociales y que asume múltiples sentidos. Cómo nos apunta Paulo Bonavides, *“el término es utilizado ora como la opinión de una clase, ora de toda la nación (opinión de todos), ora simplemente de la mayoría dominante o incluso de las clases instruidas, en contraste con las masas analfabetas.”*²⁴

En segundo lugar, aunque se tenga claro de quién es la opinión en cuestión, partiendo del principio de que esto es posible, **influnciar no es determinar**. Afirmar que el comportamiento judicial puede ser influenciado por la opinión pública en determinados contextos decisorios no significa que sea necesariamente determinado por ella. Si, por más experiencia que tenga, un juez difícilmente logra mantenerse totalmente indiferente al contexto fáctico de su vida como ciudadano y por ende a la opinión pública en los casos de alto destaque social y mediático, no es razonable esperar que el individuo con sólida formación profesional decida pura y simplemente basado en la voluntad popular. El principal sustrato en el *iter* decisorio aún sigue siendo el material jurídico convencional.

potenciales resultados semánticos de la expresión “Opinión Pública”, apuntando el peligro de generar una definición abarcadora, inaplicable, contradictoria e ineficaz como la siguiente: “se trataría de juicios subjetivos, pareceres, intuiciones, que no implican saber ni conocimiento, que no requieren prueba de objetividad, y que se expiden por los individuos sobre temas de interés general vinculados al Estado, a la política, a actos de gobierno y toma de decisiones, cuestiones que adquirieron publicidad y respecto de las cuales se exteriorizan opiniones a efectos de apoyar, influir o criticar, que puedan expresarse sin temor a ser aislado o discriminado, y que por ello coincidirán con la opinión mayoritaria.”

²⁴ BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 7. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988., p. 562. Traducción propia.

Como nos afirma Marcelo Novelino en *A Influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF*:

Quando se afirma que, bajo determinadas circunstancias fácticas (alto destaque social de la decisión) y jurídicas (relativa indeterminación del material jurídico convencional referente al caso), la opinión pública tiene grandes probabilidades de interferir en el comportamiento judicial, lo que se quiere decir es que los puntos de vista de la sociedad sobre determinados asuntos pueden actuar, juntamente con elementos jurídicos y otros factores extrajurídicos, como razones contributivas para la manutención o cambio de una determinada conclusión. Dicho de otra manera: en aquellos casos en que un juzgador posee serias y razonables dudas sobre cuál es el mejor camino a seguir, sobre cuál de las alternativas posibles y justificables adoptar, la opinión pública puede actuar – de forma consciente, subconsciente o inconsciente – otorgando razones a favor o en contra la elección de determinados resultados. Pese a que las decisiones del plenario sean por mayoría, cuando una Corte Constitucional se encuentra fuertemente dividida, la influencia de la opinión pública sobre el comportamiento de uno de sus miembros puede ser decisiva para moldear el resultado final.²⁵

En este sentido, el ex Ministro Carlos Ayres Britto, en su discurso de posesión como presidente del STF en 2012 afirmó que “juez no es polilla de los expedientes, no es ácaro de gabinete,

²⁵ NOVELINO, Marcelo, p. 322. Traducción propia.

y por eso, sin huir de las pruebas de los expedientes ni volviéndose rehén de la opinión pública, tiene que llevar los pertinentes dispositivos jurídicos al cumplimiento de su mediata o macro función de conciliar el Derecho y la vida”²⁶ (traducción propia).

Last but not least, es importante que se tenga en mente que los jueces no suelen admitir de manera abierta en los fundamentos de sus sentencias el rol desempeñado por la opinión pública en el contexto del fallo. Y cuando lo admiten lo hacen con cautela o de manera indirecta. Thomas Marshall demostró en su estudio que en el caso de la Corte estadounidense la opinión pública es mencionada en menos del 2% de los votos mayoritarios de la Corte. Y además, nos sugiere que solamente en cerca de una quinta parte de esos casos los jueces dejan trasparecer que el derecho debe reflejar esta opinión²⁷.

Marcelo Novelino nos alerta que “la parsimonia sobre el tema, no obstante, no es exclusividad de nuestro Supremo. Incluso en los EUA, donde el alineamiento de la Suprema Corte

²⁶ Discurso completo de posesión del Ministro Carlos Ayres Brito como Presidente del STF. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/ayres-britto-toma-posse-presidencia-supremo-tribunal-federal>. Acceso: 23/06/17. Hasta qué punto llegamos en el extremo del positivismo jurídico para que el rol del juez pueda ser visto como el de unir el derecho con la vida. Que uno de los jueces más preparados que el STF tuvo en su historia pueda concebir el derecho escindido de la vida, como si nuestro ordenamiento jurídico fuese creado en marte y en algunos momentos bajase a la tierra y hubiese un encuentro y una fortuita yuxtaposición entre derecho y vida, apunta el absurdo aislamiento del derecho de su contexto original como una ciencia social aplicada presente hasta en el discurso de uno de los más relevantes de sus doctrinadores. Para un Constitucionalista como este autor, que viene de la literatura y que ve al derecho y la literatura igualmente como productos culturales, pensar el derecho ajeno a la vida es simplemente una imposibilidad.

²⁷ MARSHALL, Thomas R. **Public Opinion and the Supreme Court**. New York: Longman, 1989, p. 35-39.

con la opinión pública es ampliamente admitido, las referencias hechas por los jueces no son comunes”²⁸.

Coincidimos totalmente con la conclusión de Novelino de que:

La inexistencia de un “pronunciamiento oficial”, pese a ello, no significa mucho en términos descriptivos. El hecho de que la opinión pública raramente sea mencionada en la fundamentación de las decisiones tiene poca relevancia en la medida de la real influencia que ella ejerce, incluso porque es bastante improbable que, al decidir, un juez diga que está cediendo a la presión pública o que ha cambiado de idea como respuesta a la evolución de las costumbres sociales²⁹.

3 ¿(EL MITO DE) LA DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA?

La Corte Suprema norteamericana es una “*institución esencialmente mayoritaria*”. Así concluyó Thomas Marshal al final de su impresionante amplio estudio sobre las decisiones del Tribunal norteamericano y la opinión pública acerca de los temas de los fallos captada en encuestas nacionales, en lo cual cruzó estas informaciones en un período de aproximadamente cincuenta años, desde mediados de 1930 hasta mediados de 1980³⁰.

Una vez más, la falta de datos puede llevarnos a certezas meramente escolásticas y etéreas. Este autor conoce a pocos abogados, juristas y hombres del derecho que no creen en el rol contramayoritario fundamental de las cortes constitucionales. Lo

²⁸ NOVELINO, Marcelo, p. 269-270. Traducción propia.

²⁹ *Ibidem*, p. 270. Traducción propia.

³⁰ MARSHALL, Thomas R., p. 192.

que pasa es que pocos se preocupan en chequear si en la práctica lo que es pensado y debatido conceptualmente se muestra como una realidad cotidiana palpable, mensurable, visible y eficaz. No se trata aquí de negarles a las Cortes tal rol, pero sí de desmitificar si este es realmente su rol preponderante como suele argumentarse.

El discurso de la función Robin Hood de las Cortes Constitucionales es seductor y, claro, encanta. ¿Pero es éste el rol que ellas realmente desempeñan y para lo que sirven? ¿Y si se descubre que el STF no tiene un rol tan rosado? ¿Esto significa necesariamente que no está sirviendo a la función para la cual fue creada? No, seguramente que no. Como ya afirmamos, una Corte Constitucional puede actuar de manera esencial no apenas en la protección de los derechos de las minorías contra eventuales excesos de la mayoría, sino también en el rol de “representante argumentativo de la sociedad”, fomentando el proceso de conformación de la política estatal a las efectivas preferencias nacionales frente a eventuales conflictos entre a legislación y la voluntad de la mayoría popular³¹.

Novelino nos recuerda que Robert Dahl afirma, por ejemplo, que es en vano la preocupación con la llamada “dificultad contramayoritaria”:

Dahl formuló la llamada tesis del “régimen dominante” (*ruling regime*) en un artículo de

³¹ En este sentido, ver el análisis sobre el debate de la aplicación del instituto original del derecho Colombiano del Estado de Cosas Inconstitucional en Brasil por primera vez en un contexto argumentativo interesante, pero con consecuencias prácticas limitadas desde un punto de vista jurídico: CARDOSO, Plauto. “Estado de Coisas Inconstitucional e Violação a Direito Fundamental no Contexto do Sistema Carcerário Brasileiro.” In: Izolani, Franciele Lung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) **Latinoamérica Y Derecho en Exposición**. Vol. VII. Olinda, Editora Livro Rápido, 2017. (en prensa)

gran influencia en la ciencia política. Según el Profesor Dahl, la preocupación con la “dificultad contramayoritaria” es algo sin fundamento, por haber sido rarísimos los casos en los cuales la Suprema Corte Norteamericana fue exitosa en el intento de bloquear la voluntad de la mayoría en cuestiones políticas importantes (DAHL, 1957). Dahl argumenta que, aunque tenga competencia para tomar decisiones políticas contramayoritarias, la Suprema Corte generalmente no lo hace por estar alineada al “régimen dominante”, esto es, con el Presidente de la República y con el Congreso. Solamente durante cortos periodos de transición, cuando la antigua alianza está desintegrándose y la nueva está luchando para asumir el control de las instituciones políticas, el papel contramayoritario tendría mayores probabilidades de ser desempeñado, teniendo en cuenta que en esos periodos el Tribunal todavía es un resquicio de la antigua coalición. De acuerdo con esta concepción, el Tribunal funciona como una especie de órgano de legitimación de las políticas de la alianza dominante y de los padrones básicos de comportamiento necesarios para el funcionamiento de una democracia, los cuales presuponen la existencia de un amplio consenso acerca de su validez y adecuación. Por estas razones, a pesar de no ser una institución formalmente democrática, por ser sensible a la voluntad de la mayoría popular, la Suprema Corte posee un carácter sustancialmente democrático.³²

³² NOVELINO, Marcelo, p. 276-277. Traducción propia.

¿Sería ese el caso del STF? ¿Podría usarse el comportamiento de la Suprema Corte norteamericana como explicación del comportamiento de su par brasileño?

Y aquí tomaremos como guía el siguiente interrogante: **¿La protección de los derechos de las minorías presupone, necesariamente, una actuación contramayoritaria?**

Más allá de la imposibilidad de afirmar que el aparente alineamiento de opiniones entre la Corte y el Público en un dado momento significa una influencia unilateral o mutua de alguna forma, las premisas aquí son dos: 1) la defensa de los derechos de las minorías no significa siempre una decisión contramayoritaria per se y 2) una decisión contra la mayoría aparente de la voluntad popular representada por un acto de agentes electos tampoco significa una decisión contramayoritaria. Tiene que quedar claro que una decisión contramayoritaria stricto sensu defiende un derecho de una dada minoría contra la voluntad de una mayoría hipotética representada por un parlamento idealmente representativo del electorado.

Dada la imposibilidad de tomar el pulso del parlamento brasileño por pura ausencia de un método de acompañamiento de los mandatos, tomaremos el pulso directamente de la población a través de encuestas de opiniones públicas cómo lo hizo Thomas Marshall en la investigación más amplia que se conoce sobre la corte norteamericana³³. En nuestro caso, utilizaremos el excelente estudio llevado a cabo por Joaquim Falção y Fabiana Oliveira, titulado “*O STF e a Agenda Pública Nacional: de Outro Desconhecido a Supremo Protagonista?*”³⁴

³³ MARSHALL, Thomas R. **Public Opinion and the Supreme Court**. New York: Longman, 1989.

³⁴ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana. *O STF e a Agenda Pública Nacional: De Outro Desconhecido a Supremo Protagonista?* **Lua Nova**, São

Los autores analizan una encuesta en la cual participaron internautas urbanos que acompañaban el noticiero político, por lo menos una vez por semana a través de diarios impresos y/o blogs y páginas web de noticias en las capitales de los estados de Rio de Janeiro y San Pablo, sobre sus opiniones al respecto de la decisiones de la Corte brasileña en los meses anteriores a la encuesta.

En un contexto que sugiere que la elección de los medios sobre lo que era publicado afectó la pauta de diálogo en este dado momento histórico, volcamos nuestra atención para las tres noticias escogidas como las más importantes por los participantes. La influencia de los medios es tan evidente que prácticamente refleja el resultado de la encuesta descrita en el Cuadro 1 abajo. Según los autores:

Uma simples pesquisa na página eletrônica de um jornal de grande circulação nacional, a Folha de S. Paulo, entre janeiro a julho de 2011, ajuda a lançar um pouco de luz sobre o assunto. A busca pelos termos de pesquisa listados abaixo, associados a STF, resultaram nos seguintes números: Cesare Battisti: 130 notícias; união homoafetiva: 40 notícias; marcha da maconha: 40 notícias; aviso prévio proporcional: 7 notícias; ICMS: 5 notícias.³⁵

Paulo, 88: 429-469, 2013. Disponible en <http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>. Acceso: 05/05/17.

³⁵ Ibidem, p. 455.

Assí, tenemos la siguiente tabla:

Quadro 1
Notícia sobre a justiça que mais chamou atenção nos últimos meses

	Total (N)	% sobre total	% considerando apenas os que declararam ter visto notícia
União homoafetiva	172	14%	23%
Cesare Batisti	96	8%	13%
Marcha da maconha	53	4%	7%
Caso Palocci	42	4%	6%
Alteração leis do processo penal	35	3%	5%
Caso do goleiro Bruno	34	3%	5%
Greve dos bombeiros	21	2%	3%
Corrupção política	27	2%	4%
Julgamento políticos - ficha limpa	13	1%	2%
Decisões do STF (sem especificar)	12	1%	2%
Corrupção no Judiciário	12	1%	2%
Juízes que não cumprem a lei da união homoafetiva	11	1%	1%
Caso Pimenta Neves	9	1%	1%
Novo código florestal	7	1%	1%
Morosidade da justiça brasileira	7	1%	1%
Greve na justiça do trabalho	8	1%	1%
Corrupção na polícia	4	0%	1%
Sobre o novo estádio do Corinthians com verbas públicas	5	0%	1%
Não lembra	125	10%	17%
Não viram notícia	458	38%	-
Base (N)	1200	1200	742

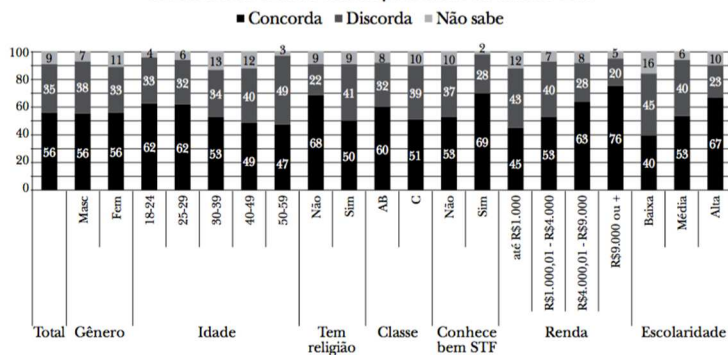
Fonte: Pesquisa *CJUS-Hello Research* / Internautas.

Afirman los autores que el STF juzgó en contra de la opinión pública y por consecuencia **contramayoritariamente** en dos de los tres casos mencionados arriba y que ocupan las tres primeras posiciones en el ranking. Lo que se busca demostrar aquí es la fugacidad y la fragilidad del análisis desde un punto de vista minoritario o mayoritario y no que las afirmaciones de los autores están equivocadas. Nuestra premisa es que el concepto contramayoritario puede simplemente ser sostenido o deconstruido según la elección de los recortes hecho de la realidad.

Veamos entonces las asertivas de los autores y los datos que las fundamentan.

Gráfico 6

Concordância dos entrevistados com a decisão do Supremo de reconhecer a união estável para casais do mesmo sexo

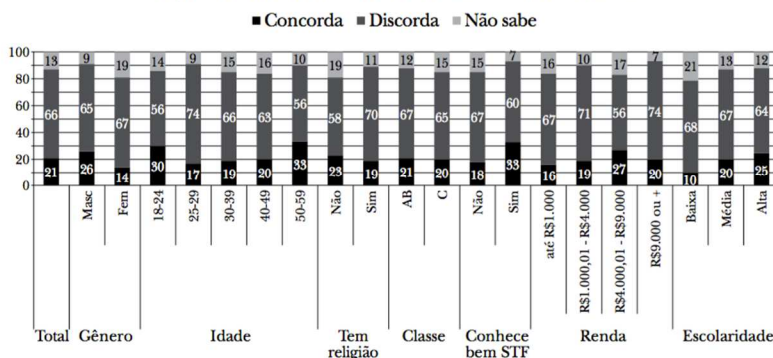


Fonte: Pesquisa *CJUS-Hello Research* /Internautas. Base: 1.032 entrevistas (acompanharam decisão sobre união homoafetiva)

En el gráfico 6, una sentencia que por naturaleza es contramayoritaria en esencia – trata del derecho de minorías – no lo fue porque la opinión de la Corte coincidió con la de la mayoría del público encuestado. Entretanto, en un país con altos niveles de

homofobia reflejados en los datos sobre violencia practicada contra gays y transexuales, este autor se pregunta si en realidad este no hubiera sido un fallo contramayoritario si la encuesta hubiera sido llevada a cabo en el contexto nacional, muy distinto del de las dos capitales más cosmopolitas del país.

Gráfico 8
 Concordância dos entrevistados com a decisão do Supremo de conceder liberdade ao italiano Cesare Battisti



Fonte: Pesquisa *CJUS-Hello Research* /Internautas. Base: 756 entrevistas (acompanharam decisão sobre Cesare Battisti)

En lo que se refiere al gráfico 8, sustentan los autores que se trata de una decisión contramayoritaria por el simple hecho de que la decisión de la Corte de conceder libertad al italiano Cesare Battisti, acusado de crímenes comunes en Italia en el marco de un pedido de asilo político que se volvió extremadamente mediático, estaba en contra de la mayoría de la opinión pública en cuestión.

Aquí tenemos algunos desafíos. En primer lugar, como nos alertan los propios autores, no es un hecho fortuito que en una simple búsqueda en la página web del diario *Folha* de San Pablo, al mismo tiempo de la formulación del trabajo aquí

analizado, se sugiere una coincidencia entre la cobertura mediática intensa sobre exactamente los tres asuntos que resultaron populares en el gráfico 1 ³⁶. Además, la manera como la presidencia del STF maneja la pauta de juicios y elige lo que es juzgado y cuándo por la Corte y siempre en el calor de los debates mediáticos, sugiere una búsqueda atenta por legitimación de sus decisiones en un accionar estratégico de la Corte sincronizado con la madurez del público sobre el asunto.

El recorte elegido – lectores de diarios urbanos de los dos estados económicamente más relevantes de Brasil – generó una situación de clara oposición como resultado de la encuesta ejecutada. Sin embargo, llamo la atención para la tabla presentada aquí abajo con los datos gubernamentales más recientes sobre el contexto de analfabetismo en Brasil.

Tabela 10

**Taxas de analfabetismo, analfabetismo funcional e população de 15 anos de idade ou mais
Brasil - 2011**

Brasil e regiões	Taxa de analfabetismo da população com 15 anos ou mais	Taxa de analfabetismo funcional da população com 15 anos ou mais
Brasil	8,6	20,4
Norte	10,2	25,3
Nordeste	16,9	30,8
Sudeste	4,8	14,9
Sul	4,9	15,7
Centro-Oeste	6,3	18,2

Fonte: IBGE/PNAD, 2010.

— — — —

Solo la región nordeste, que según lo divulgado por la agencia de geografía estadística del gobierno brasileño – IBGE - abarca alrededor del 28% de la población del país, tiene una masa del 30% de analfabetos funcionales. No es improbable que el caso

³⁶ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana, p. 455.

aislado y específico del italiano Cesare Battisti nunca llegó a ser tema de debate en los bares, las peluquerías o panaderías del nordeste brasileño. Este autor no cree que ese haya sido un asunto cercano a realidad y contexto socio cultural de esta región, por ejemplo.

Aquí estamos, muy probablemente, delante de un caso que apunta para un contexto de posibles divergencias entre la mayoría nacional y las minorías regionales o locales. En innúmeras cuestiones federales, la protección de derechos de la mayoría de la población nacional puede exigir decisiones contrarias a los intereses locales. Esto significa que una determinada decisión puede ser contramayoritaria en términos regionales o locales, pero mayoritaria en el ámbito nacional.

En este caso en particular, es difícil pensar que hubo un movimiento nacional contra la liberación del extranjero. Lo que aparenta ser una decisión contramayoritaria de la Corte en términos numéricos – un fallo en un contexto numéricamente en contra de la potencial voluntad de la población – tal vez no se mantendría como tal si la encuesta hubiera sido nacional o simplemente hubiera incluido a la población completa – de la capital y provincia – de los dos estados encuestados.

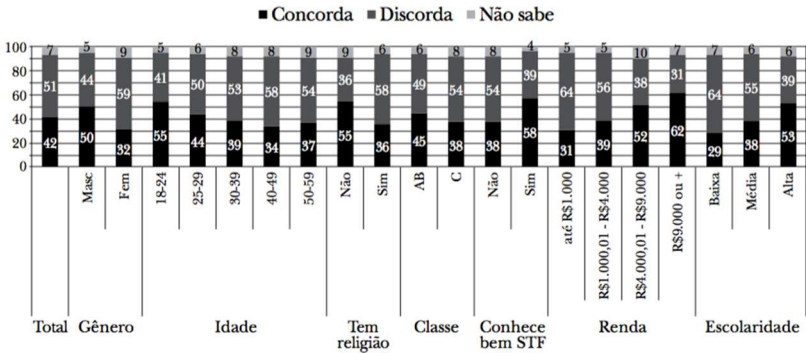
En suma, una sentencia con rasgos contramayoritarios, con un accionar de la Corte en defensa de las reglas del juego democrático y de las minorías, no necesariamente sería vista como contramayoritaria desde un punto de vista numérico en una encuesta nacional por el simple hecho de que el tema no era precisamente un tema de preocupación nacional.

Como bien apuntado por Movelino,

Las investigaciones realizadas en el ámbito de la ciencia política tienden a concentrar el análisis en áreas de mayor destaque o en

casos sobresalientes, cuya repercusión despierta un mayor interés general y en los cuales, por consiguiente, la opinión pública tiende a interferir con mayor intensidad. Por eso, parte de los estudios sobre el tema tiene un alcance limitado y termina por sobrevalorar la influencia de la opinión pública en el resultado de las decisiones. Basta recordar que la abrumadora mayoría de los casos decididos por una Corte Constitucional se caracteriza por la baja publicidad y por la poca relevancia entre el público. (Traducción propia).³⁷

Gráfico 10
Concordância dos entrevistados com a decisão do Supremo de autorizar “marcha da maconha”



Fonte: Pesquisa *CJUS-Hello Research* /Internautas. Base: 960 entrevistas (acompanharam decisão sobre marcha da maconha)

El Gráfico 10 trata de la “marcha da maconha”, una protesta urbana, organizada por los que apoyan a la despenalización de la marihuana. ¿Fallar en contra del 51% de la opinión pública resultante de una encuesta en la cual participaron lectores

³⁷ NOVELINO, Marcelo, p. 289-290.

frecuentes de diarios de las capitales de los dos estados más activos y ricos es decidir contramayoritariamente?

Y además, como señalado por los autores:

No entanto, essa questão é bastante polêmica; com relação a ela, há uma divisão marcante entre entrevistados de diferentes gêneros, idades e orientações religiosas. Metade dos homens concorda com liberação das passeatas, enquanto apenas 32% das mulheres concordam. A maioria dos jovens de até 24 anos concorda, enquanto maioria dos entrevistados acima de 24 discorda. A maioria dos religiosos discorda, enquanto a maioria dos que não segue religião concorda com decisão.

A posição também é divergente entre pessoas de baixa e alta escolaridade e renda – quem tem escolaridade e renda mais alta tende a concordar e quem tem renda e escolaridade mais baixa tende a discordar³⁸.

Es importante recordar que el 16 de enero del 2017 la agencia gubernamental encargada de liberar el uso de drogas en Brasil (ANVISA – *agencia nacional de vigilância sanitária*) aprobó el registro del primer remedio a base de *Cannabis Sativa* para el tratamiento de las enfermedades relacionadas a la esclerosis múltiple sin grandes protestas mediáticas o callejeras³⁹. Este autor no está seguro si este fallo tampoco puede ser considerado contramayoritario desde algún punto de vista concreto.

³⁸ FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana, p. 462.

³⁹ <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2017/01/16/anvisa-aprova-registro-do-primeiro-medicamento-a-base-de-maconha-no-brasil.htm>

Sin embargo, una clara sentencia contramayoritaria fue emitida por la Corte en el marco de la Ley de la *Ficha Limpa*, la cual fue puesta en marcha por iniciativa popular y que impedía políticos condenados por un largo listado de crímenes – entre ellos los en contra de la administración pública *lato sensu* – por tribunal de segundo grado, de presentarse delante del electorado como candidatos.

Cómo bien nos apunta Novelino, “*el estado de tensión entre el papel de la jurisdicción constitucional y la democracia fue destacado por el Ministro Gilmar en su voto*”⁴⁰.

Frente a la expectativa de gran parte del público en relación a la incidencia inmediata de las nuevas reglas, Mendes argumentó que la misión de la Corte sería aplicar la Constitución, independientemente de la opinión pública, siendo que el principio de la anterioridad electoral – artículo 16 de la Constitución Federal⁴¹, como garantía de la minoría, debería actuar como “una barrera contra la actuación siempre amenazadora de la mayoría.”

El voto del ministro Gilmar Mendes es mercedor de nuestra atención:

STF – RE 633.703/MG, Relator: Min. Gilmar Mendes, j. 23.3.2011: “El argumento de que la ley es de iniciativa popular no tiene aquí peso suficiente para

⁴⁰ NOVELINO, Marcelo, p. 274. Traducción propia.

⁴¹ Art. 16. *A lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência.* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 4, de 1993). Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm. Acceso: 23/06/17.

minimizar o restringir el papel contramayoritario de la Jurisdicción Constitucional. Es comprensible la acción de las varias asociaciones y de las varias organizaciones sociales teniendo en cuenta la repercusión que este tema tiene en la opinión pública. Sabemos que, para temas complejos en general, siempre hay una solución simple y en general equivocada. Y para ese caso la población pasa a creer que la solución para la improbidad administrativa, para las mazelas de la vida política, es la Ley de la *Ficha Limpá*. A partir de esto hay, en verdad, una tentativa de encarcelar, lo que nos dificulta enormemente la misión en esta Corte, como en otros casos, porque terminamos teniendo que pronunciarnos de forma contramayoritaria, claro, teniendo en cuenta la opinión pública, según las encuestas de opinión. Pero esta es la misión de esta Corte: aplicar la Constitución, aunque sea contra la opinión mayoritaria. Ese es el ethos de una Corte Constitucional. Es fundamental que tengamos esa visión. Eso ya está, en verdad, en las lecciones de los clásicos norteamericanos desde Hamilton; eso está en Alexander Bickel y su famoso *The least dangerous branch*; [...] Tengo la impresión de que este es un caso ejemplar de tensión entre jurisdicción constitucional y democracia. Es evidente que la expectativa de la llamada opinión pública era en el sentido de que nosotros nos pronunciaríamos por la aplicación inmediata de la Ley de la *Ficha Limpá*, hasta que descubrieran que esa solución sería un atentado contra la propia democracia. La Ley de la *Ficha Limpá* (LC 135/2010) fue resultado de un proyecto de iniciativa popular, suscripto por más de un millón

seiscientos mil ciudadanos brasileños. El hecho es presentado por los diversos medios de comunicación como representativo de una pujante voluntad popular de retirar del proceso electoral ciudadanos que tengan vida anterior no condcente con la probidad y moralidad necesarias para el ejercicio de cargos políticos. De esta manera se terminó construyendo y estimulando un sentimiento popular extremadamente negativo en torno del juicio de la constitucionalidad de esta Corte, al profundizarse en el examen de la Ley de la *Ficha Limpa*, decide por no aplicar esta ley a las elecciones de 2010 o encuentra problemas de constitucionalidad en uno u otro dispositivo específico de la ley, esto porque dicha ley está a favor o al menos transige con la corrupción en la política. El hecho de que la ley esté bajo el cribo e la Suprema Corte de Brasil es llevado al público en general como una amenaza a la Ley de la *Ficha Limpa* y a la moralidad en las elecciones. Es el deber de esta Corte aclarar, por medio de este juicio, el papel que cumple en la defensa de la Constitución. Por eso creo que estamos, hoy, cumpliendo bien esa misión, el ethos para el cual esta Corte se destina.” (Traducción propia)

4 CONSIDERACIONES FINALES

Así, he aquí algunos hechos importantes que deben ser tomados en cuenta cuando se analiza la influencia de la presión popular, expresada de la forma que sea, y que termina, a veces, siendo ignorada. Este autor cree que la verificación de la existencia de una sintonía real entre la opinión pública y las decisiones de un Tribunal debería tener en cuenta las consideraciones y hechos a seguir.

Primero, como en el contexto norteamericano, tal vez el concepto tradicional del STF presente en los discursos de sus ministros más activos como el defensor de los derechos de las minorías contra las imposiciones de la mayoría sea, en gran medida, incorrecto.

Segundo, lo que llamamos de dificultad contramayoritaria, definida como característica de la jurisdicción constitucional, asume como premisas conceptos idealizados y elusivos. ¿Quién garantiza que hay una identidad entre la voluntad popular y lo que eligen como prioridad los representantes electos? En un contexto como el brasileño y el argentino en los cuales hay una profunda crisis de representatividad instaurada en el seno de los poderes políticos, en los cuales prácticamente no hay herramientas de acompañamiento del ejercicio de los mandatos legislativos, la probabilidad de falta de sinergia entre la voluntad popular y la expresa por sus agentes electos es significativa.

Tercero, mucho de lo que es llamado como Opinión Pública presupone un concepto de ‘público’ idealizado por una Francia revolucionaria y que respondía a los deseos de legitimación de una burguesía de 3 siglos atrás.

Cuarto, La dificultad contramayoritaria presupone una corte idealizada y defensora de derechos minoritarios que en el contexto norteamericano se mostró empíricamente inexistente, y la acción contramayoritaria presupone un parlamento alineado y representante de la voluntad de la mayoría de los electores en un contexto como el brasileño en el cual de los 513 parlamentares, solamente 28 fueron elegidos con votos propios. Todos los demás, por lo tanto, recibieron un “aventón” para llegar al mandato. No fue en vano el shock de la nación en el reciente proceso de *Impeachment* de la ex presidente Dilma en Brasil que no se reconocía a sí misma en los nobles legisladores que se presentaban

para votar en nombre del padre, del hijo, del espíritu santo, de la madre de santo, de la suegra, etc.

Quinto, en un contexto continental como el brasileño, difícilmente la defensa de derechos de una mayoría nacional esté en sintonía con los intereses locales o regionales. La consecuencia inevitable es que una determinada decisión de la Corte puede ser contramayoritaria en términos regionales o locales, pero mayoritaria en el ámbito nacional o viceversa.

Sexto, lo que fue aprobado por una determinada legislatura en el pasado no necesariamente refleja más los intereses y necesidades de la población actual y de los miembros de la legislatura actual. Hay que tener en cuenta el lapso temporal. Así, la invalidación de una ley provocada por un cambio en los intereses políticos de la legislatura actual, no necesariamente es una decisión efectivamente contramayoritaria.

Séptimo, pero no menos importante, y visiblemente demostrado en el caso debatido en este trabajo en la decisión de la Corte de reconocer la unión estable de parejas homoafectivas y equipararlas en derecho a las heterosexuales, el Tribunal puede decidir a favor de los derechos de las minorías y, así mismo, contar con el apoyo mayoritario. La defensa de derechos de una minoría no necesariamente implica un accionar contramayoritario.

Finalmente, los datos crudos pueden ser engañosos. Un análisis simplemente cuantitativo y no profundizado del número de leyes declaradas anticonstitucionales no nos ilumina en relación a la manera que actúa una Corte. Nada nos garantiza que haya sincronía entre el accionar legislativo y los intereses de la mayoría de la población. La democracia formal en el contexto brasileño no representa ninguna garantía de legitimidad democrática sustancial. La anulación por la jurisdicción constitucional de actos de otros ramos del gobierno no siempre representa una decisión contraria a

las preferencias de la mayoría popular. En otros, la declaración de inconstitucionalidad de una ley y/o la protección de derechos de las minorías puede significar un refuerzo de la voluntad mayoritaria y no su debilitamiento.

Una Corte Constitucional puede actuar de manera esencial no apenas en la protección de los derechos de las minorías contra eventuales excesos de la mayoría, sino también en el rol apuntado por Robert Alexy de “*representante argumentativo de la sociedad*”, fomentando el proceso de conformación de la política estatal a las efectivas preferencias nacionales existentes y/o emergentes frente a eventuales conflictos entre la legislación y la voluntad de la mayoría popular⁴². O, aún, como afirmado por Luís Roberto Barroso, en un papel representativo en el sentido de contraponerse “*a la falta de actuación legislativa para atender esas demandas de la sociedad, le cupo al STF interpretando principios constitucionales, formular las respuestas constitucionalmente adecuadas.*”⁴³

Hay en este momento histórico en Brasil, un proceso muy riesgoso en el cual parece esperarse que el judicial supla la falta de legitimidad institucional que atraviesan el legislativo y el ejecutivo. No creemos que el judicial o que el STF tenga mayor competencia o que sea la institución más adecuada para acomodar el debate y la representatividad del interés popular. Sin embargo, como ya afirmamos, la tradicional mirada maniquea enfocada solamente en el binomio mayoritario y contramayoritario puede llevar a una dicotomía irreflexiva entre mayoría y minoría, opacar una visión más realista y por consecuencia conducir a respuestas

⁴² BARNUM, David G. The Supreme Court and public opinion: judicial decision making in the post-New Deal period. *The Journal of Politics*, Vol. 47, N. 2, (Jun., 1985), p. 664. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/2130901>. Acceso: 22/06/17.

⁴³ <http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramayoritario-representativo-afirma-barroso>. Acceso: 20/06/17.

innecesariamente antagónicas. Y peor, fundamentar propuestas de cambios innecesarios. Tal vez la respuesta esté situada entre los dos extremos, y a pesar de las razones fundacionales que teníamos para crear el STF, quizás su rol mayor sea el de estimular la conformación de la política a la voluntad de la mayoría popular.

6 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, in: ALEXY, Robert. *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México: Distribuciones Fontamara, 2005.

ARGUELLHES, Diego Wernek; CERDEIRA, Pablo de Camargo; FACÃO, Joaquim (Coord.). In: **Novas Ideias em Direito: resultado de pesquisas**. I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo. FGV. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros/>>. Accedido el: 20/12/2017.

BARNUM, David G. The Supreme Court and public opinion: judicial decision making in the post-New Deal period. **The Journal of Politics**, Vol. 47, N. 2, Jun, 1985, p. 652- 666. Disponible en: <<http://www.jstor.org/stable/2130901>>. Accedido el: 22/06/17.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. Disponbile en: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794/2297>>. Accedido el: 05/06/17.

BERCHOLC, Jorge. **Opinión Pública y Democracia: influencia y efectos de los medios de comunicación masiva**. Buenos Aries: Lajouane, 2015.

BERCHOLC, Diego; BERCHOLC, Jorge O. **Los discursos presidenciales en la Argentina democrática: 1883-2011**. Buenos Aires, Lajouane, 2016.

BERCHOLC Jorge O., Editor-Director. **El Estado y la emergencia permanente**. Buenos Aires: Editorial Lajouane, marzo de 2008.

BERCHOLC, Jorge O; SANCARI, Sebastián. **Justicia y Política: insumos útiles para determinar el rol de Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Aldina Editorial Digital, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 7. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Accedido el: 23/06/17.

CIJ. Centro de Información Judicial. Disponible en: <<http://www.cij.gov.ar/nota-25746-La-Corte-Suprema--por-mayor-a--declar--aplicable-el-c-mputo-del-2x1-para-la-prim-n-en-un-caso-de-delitos-de-lesa-humanidad.html>>. Accedido el: 16/06/17.

CARDOSO, Plauto C. L. “Precedentes Judiciais: o papel da hermenêutica e dos elementos não textuais da norma para a unidade do direito e a segurança jurídica”. In: Izolani, Francieli Iung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) **Latinoamérica y Derecho en Exposición**. Vol. VI. Olinda: Editora Livro Rápido, 2017.

----- “Estado de Coisas Inconstitucional e Violação a Direito Fundamental no Contexto do Sistema Carcerário Brasileiro.” In: Izolani, Francieli Iung; Oliveira, Jaqueline Sampaio (Coord.) **Latinoamérica y Derecho en Exposición**. Vol. VII. Olinda, Editora Livro Rápido, 2017. (en prensa)

CARDOSO, Plauto C. L., et al. **Constitucionalismo en América Latina: evolución, retos y perspectivas para el siglo XXI**. Ciudad de México, Editora Sedia, 2017. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/redipal/CRV_X_10_17_Resumen.pdf>. (en prensa)

COALE, Ansely. **The Growth and Structure of Human Populations: A Mathematical Investigation**. Princeton: Princeton University Press, 1972.

CONJUR. **STF exerce papéis contramajoritário e representativo**. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-13/stf-exerce-papeis-contramajoritario-representativo-afirma-barroso>>. Accedido el: 20/06/17.

ENGLEMANN, Fabiano; PENNA, Luciana Rodriguez. “Constitucionalismo e Batalhas Políticas na Argentina”. In: **Estudos Históricos**: Rio de Janeiro, vl. 29, n. 58, p. 505-524, mayo-agosto, 2016.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Luciana. O STF e a Agenda Pública Nacional: De Outro Desconhecido a Supremo Protagonista? **Lua Nova**, São Paulo, 88: 429-469, 2013. Disponible en: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n88/a13n88.pdf>>. Accedido el: 05/05/17.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego; FELIPE, Recondo (org.). **Onze Supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento: Caso do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FERREIRA, Flávio. Visibilidade do Supremo mais que duplica no ano passado. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2013. Poder, p. A10. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/88400-visibilidade-do-supremo-mais-que-duplica.shtml>>. Accedido el: 13/01/2013.

FRANKLIN, Charles H.; KOSAKI, Liane C. Republican Schoolmaster: The U.S. Supreme Court, Public Opinion, and Abortion. **The American Political Science Review**, Vol. 83, No. 3. Sep., 1989, p. 751-771. Disponible en: <<http://academic.brooklyn.cuny.edu/history/johnson/roe2.pdf>>. Accedido el: 01 jun 2017.

LLOSA, Mário Vargas. **La civilización del espectáculo**. 1ª ed. Buenos Aires: Alfaguara, 2013.

MARSHALL, Thomas R. **Public Opinion and the Supreme Court**. New York: Longman, 1989.

MENDONÇA, Eduardo (2009). A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 4, n. 13, jan/mar 2009, p. 211-247.

NACIONES UNIDAS. La población mundial aumentará en 1.000 millones para 2030. Disponible en: <<https://www.un.org/development/desa/es/news/population/world-population-prospects-2017.html>>. Accedido el: 23/06/17.

NOVELINO, Marcelo. A influência da opinião pública no comportamento judicial dos membros do STF. Disponible en: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/wp-content/uploads/A-influ%C3%Aancia-da-opini%C3%A3o-p%C3%BAblica-no-comportamento-judicial-dos-membros-do-STF.pdf>>. Accedido el: 10/05/2017.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

BRITO, Carlos. Ayres. Discurso completo de posesión del Ministro Carlos Ayres Brito como Presidente del STF. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/ayres-britto-toma-posse-presidencia-supremo-tribunal-federal>>. Accedido el: 23/06/17

SARLO, Beatriz. Buenos Aires, 26/02/17. Entrevista concedida al periodista Alejandro Czerwacki del diario Clarín. Disponible en: <http://www.clarin.com/opinion/disgusta-uso-familia-feliz-herramienta-propagandistica_0_ryHPH8Rug.html>. Accedido el: 10/03/17.

O LINCHAMENTO PELAS REDES SOCIAIS: Estamos retornando à Revolução Francesa

Walter Gustavo da Silva Lemos¹
Iury Peixoto Souza²

1 INTRODUÇÃO

A Revolução Francesa, que se desdobrou no ano 1789, é um marco, para a chamada Idade Contemporânea, tanto que os historiadores delineiam este cenário de marco que faz nascer a Idade Contemporânea, devido a radicalização política que se fez presente, na luta social empreendida contra os mandos e desmandos dos governantes para com o povo.

Na data de 9 de julho de 1789, houve uma Assembleia Nacional Constituinte, com o fito de edificar uma carta magna para a França. Significando assim que Rei deixaria de ser a pessoa que exercia de forma soberana e absoluta os poderes do Estado francês, vez que já não atendia os interesses do seu povo e dos camponeses, lutando para manter os seus próprios privilégios, da aristocracia e das classes religiosas.

A burguesia da França, em contra partida, instigou, apelando para o Povo uma resposta quanto uma manifestação, de forma que no dia 14 de julho de 1789, a população parisiense, em sua grande maioria, avança, para a chamada Bastilha, que era uma

¹ Doutorando em Direito pela UNESA/RJ. Professor da graduação do curso de Direito da FCR – Faculdade Católica de Rondônia e da FARO – Faculdade de Rondônia, ministrando as disciplinas de D. Internacional e Hermenêutica Jurídica.

² Graduado na Faculdade Católica – FCR. Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Católica – FCR.

prisão onde ficavam os presos políticos, o que era um símbolo da França Absolutista.

Nesse momento de protagonismo dos camponeses, houve a percepção dos mesmos da fragilidade da nobreza e invadem castelos, num caráter de revanche aos nobres detentores da riqueza por tanto tempo. Tais atitudes, contra propriedades também feudais, foi encabeçada e apoiada por intelectuais da época, que via essa uma forma ideal para exigir reformas na sociedade Francesa da época.

Mais é justamente nessas atitudes da revolução que desencadearam algo que posteriormente ficaria incontrolável, o ódio da população, que apoiariam depois linchamentos e decapitação, posteriormente, inclusive dos Arquitetos da Revolução Francesa, como Maximilien Robespierre.

Aqui se encontra o norte principal do presente artigo, já que o descontentamento geral do povo francês desencadeou o que há de pior na população como sociedade em si, com uma onda de linchamentos, mortes bárbaras, execuções públicas, penas de morte e a utilização da tortura como práticas empreendidas pelo povo ou pelos governos da época na busca de reformas com o absolutismo e suas mazelas. O uso da violência era corriqueiro e constante, não somente do governo real na tentativa de se manter no poder, como por aqueles que ascenderam ao governo após a deposição do Rei.

Neste ponto, podemos ver que este tipo de prática possui muitos seguidores, que acham que a obtenção de uma sociedade ordeira e pacífica se estabelece por via da promoção da violência, da força e do autoritarismo.

Mas este tipo de prática tem encontrada muitos adeptos no Brasil nestes tempos, já que o país vive um turbilhão de escândalos de corrupção, malversação do dinheiro público,

conjuntamente com uma crise na sua segurança pública e nascimentos de polos efervescentes de antagonismos ideológicos na opinião pública, onde um grupo cada vez maior clama pela promoção de ações de justiça privada.

Mas como essas reações políticas podem virar fundamentos desenfreados, voltado até em discursos? É possível ver isso em opiniões odiosas em redes sociais, de pessoas para com as outras pelo simples fato de pensar diferente politicamente, o que tem levado à separação da convivência social de quem pensa diferente. É perceptível tais atos também pelo afã de vingança que ocorre em certas atuações públicas, em todas as esferas e poderes.

A sociedade já tem agido na promoção da autotutela, colocando risco os demais membros da sociedade, inclusive a si próprios quando fazem justiça com a própria mão, com pessoas que cometem supostamente algum ato ilícito. Temos recentemente o caso do tatuador, que tatuou na testa de um suposto ladrão que tentava roubar sua bicicleta; “eu sou ladrão e vacilão”³. Tal situação gerou uma série de debates sobre a conduta coercitiva do tatuador, mostra que a sociedade hoje ainda atua com ódio, e com sua espécie atualizada, pelos dias atuais de linchamento, tanto por crimes de ódio pela internet, ou por situações como essa.

³ Homem tatua “sou ladrão e vacilão” na testa de suposto criminoso em sua casa. Notícia por Marcelo Gouveia. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.jornalopcao.com.br/ultimas-noticias/homem-tatua-sou-ladrao-e-vacilao-na-testa-de-suposto-criminoso-em-sua-casa-96948/>>

2 DOS LINCHAMENTOS NA ÉPOCA DA REVOLUÇÃO FRANCESA

Na Revolução Francesa tinha-se séries de mortes e linchamentos, acobertado pela própria sociedade, que começou invadindo castelos de Nobres e posteriormente acobertou a pena de morte institucionalizada pelo próprio Estado através da guilhotina, que desencadeou uma falta de controle no decorrer do tempo.

Contudo, mesmo com seu caráter de acontecimento de importância incontestável, houve analistas que se colocaram de forma diversas à sistematização que a Revolução Francesa acabou findando. Um deles, Edmund Burke, em 1790 já alertava sobre a ameaça do radicalismo dos revolucionários franceses. Posteriormente, no século XIX, o historiador francês chamado Alexis de Tocqueville, estabeleceu uma crítica particular à Revolução de 1789, trazida no livro *O Antigo Regime e a Revolução*.

Tocqueville, ao analisar os antecedentes da Revolução Francesa, afirma que esta foi um levante político-nacional, nos mesmos moldes que havia acontecido na Inglaterra, em 1688, mas que a Revolução Francesa fora arquitetada pelos interesses de poucos e na implementação de um sistema de pensamentos internacionais, encabeçadas pelos filósofos iluministas do século XVIII.

Esses ideais citados pelo autor, na sociedade francesa instigava a busca de uma atitude revolucionária, não voltada apenas em nome dos cidadãos franceses, mas em prol do Homem e do Cidadão de maneira geral. Com efeito, o que construía com essa ideologia, era bem mais a tal “revolução da burguesia”, mas sim um movimento maior. Sendo assim, Tocqueville fez um paradoxo com as revoluções religiosas:

A Revolução Francesa agiu em relação a este mundo exatamente como as revoluções religiosas operam em relação ao outro. Tem considerado o cidadão de uma maneira abstrata, fora de qualquer sociedade particular, da mesma maneira como as religiões consideram o homem em geral, independentemente do país e da época. Não pesquisou tão-somente qual era o direito particular do cidadão francês mas também quais os deveres e direitos gerais dos homens em matéria política.

Como parecia aspirar mais ainda à regeneração do gênero humano que à reforma da França, acendeu uma paixão que as revoluções políticas as mais violentas jamais conseguiram produzir até então. Inspirou o proselitismo e gerou a propaganda. Foi assim que pegou este ar de revolução religiosa que tanto apavorou os contemporâneos, ou melhor, tornou-se ela própria uma espécie de nova religião, uma religião imperfeita, é verdade, sem Deus, sem culto, sem Além, mas que, todavia, como o islamismo, inundou toda a terra com seus soldados, apóstolos e mártires⁴.

Dessa forma, a revolução desencadeou uma série de manifestações políticas, porém que desencadearam o fator violento da população, com o abuso da violência no empreendimento de ato de revanchismo. O maior exemplo foi o caráter político institucionalizado pelo Estado através da Guilhotina.

⁴ TOCQUEVILLE, Alexis. *O Antigo Regime e a Revolução*. Trad. Yvonne Jean. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. P. 60.

Através do fim da monarquia Constitucional, na própria revolução, teve como consequência a extinção da Assembleia Constituinte e a Convenção Nacional de um novo parlamento. A partir desse marco, partiu-se para o radicalismo jacobino exacerbado, comandando a revolução, momento do qual, ficou conhecido como fase do Terror do levante francês. Nesse período, usou-se indiscriminadamente a guilhotina como máquina de punição, que ceifou a vida do rei Luís XVI e sua esposa Maria Antonieta, e inclusive mataria, Robespierre, que figurava entre um dos protagonistas Jacobinos.

A guilhotina era utilizada de forma implacável, perante a elementos que supostamente poderiam fazer parte de algum protagonismos junto ao povo, contra aos ideais da revolução. Ou seja, para aqueles que não eram apoiadores da revolução, tinham como destino o uso da força em seu desfavor.

Em 1795, a burguesia conseguiu retomar o poder e, através de uma nova constituição, instituir uma nova fase à Revolução, chamada o Diretório, órgão composto por cinco membros indicados pelos deputados. Mas a partir deste mesmo ano a crise social se tornou muito ampla na França, o que exigiu um contorno político mais eficaz, sob pena da volta da radicalização jacobina⁵.

Com efeito, isso traz ao ponto principal do texto, que é justamente como a revolução Francesa apesar da sua importância crucial para humanidade, apresentou um caráter perverso da sociedade que através do radicalismo, advindo da insatisfação de como se encontrava o Estado, quanto a falta da representatividade da população e pela fragilidade econômica, chegou a matar nobres

⁵ FERNANDES, Claudio. Revolução Francesa. Disponível no site: <<http://historiadomundo.uol.com.br/idade-moderna/revolucao-francesa.htm>> acessado em 1 de junho de 2017.

em nome de suas ideias, e institucionalizou, posteriormente, a morte através da guilhotina, acatando ceifar a vida de outros seres humanos, pelos simples fato do antagonismo político que apresentaria.

3 DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E AS SUAS LIMITAÇÕES

O Estado Democrático de Direito presente no Brasil salvaguarda a liberdade de expressão, mas também prever sua limitação, para casos que a liberdade pode ferir direito inerente a outrem, sendo que neste momento deve se mitigar a aplicação desta liberdade para garantir a aplicação de outra.

Na Constituição Federal Brasileira, nos artigos 5º e 220, e parágrafos, tratam desta matéria de forma bem delineada ao prescreverem

Art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

(...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardo do sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;⁶

(...)

Art. 220 - A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não

⁶ BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§1º - Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;

§2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.⁷

Entretanto, há um ponto em que a própria organização de Estado, para a melhor convivência em sociedade, necessita promover a mitigação da liberdade de expressão? Sim, é possível descrever tal assertiva, já que este preceito, fundamentado como primordial no nosso ordenamento, parte do pressuposto que tal liberdade só é mitigada se ela for uma clara infração a dignidade de outrem ou a outras liberdades que a própria norma resguarda.

Nessa linha de raciocínio, a liberdade de expressão não pode ser considerada um direito absoluto, de forma que em hipótese onde o exercício de tal liberdade quebre o direito constitucionalmente previsto por outrem, há de existir essa limitação, assim como sua conseqüente punição. Com efeito, a mesma premissa vai para expressão intelectual e artística, pois se uma determinada obra literária pregar preconceito contra uma minoria, ela pode sofrer a punição com sua retirada de circulação.

Um exemplo bem emblemático, e trabalhado nesse artigo, é a forma do abuso do direito da liberdade de expressão, que é trabalhada através do discurso de ódio. O mesmo existe quando um cidadão usa de seu direito à liberdade, para discriminar outro

⁷ Op. Cit

indivíduo, com fundamentos em sexo, etnia, orientação sexual, religião, e etc.

Como é notório, volta e meia vemos em comentários na internet, a natureza humana se afluando de forma bem negativa, tecendo comentários por vezes discriminatórios, pelo simples fato de discordância de opinião.

Dessa forma, é incompatível que tais condutas preconceituosas possam acontecer no Estado de democrático, tendo em vista que qualquer discurso que pregue ódio, não é acobertado por qualquer princípio ou norma do nosso ordenamento; muito pelo contrário, o Estado democrático preserva primordialmente o princípio da dignidade humana, que não pode ser ferida por danos a honra.

Um dos desdobramentos para o nosso atual momento de sociedade tecnológica, ligada pelas redes sociais, são chamados “*haters*”. O ataque de um *hater* pode vir de várias maneiras, mas geralmente as provocações são feitas por comentários públicos ou mensagens privadas. Este termo é um meio de definir pessoas que postam comentários de ódio ou crítica sem muito critério, aproveitando postagens realizadas por outras pessoas nas redes sociais para empreender suas ações de propagação da ira⁸.

A tendência seria de utilizar a dignidade humana como baliza ou limite ao direito de liberdade de expressão. Contudo, não no sentido de um limite fundado no direito geral da personalidade, como é inequivocamente aceito, mas sim como um obstáculo às ofensas proferidas coletivamente contra determinados grupos étnicos, religiosos ou, ainda, contra aqueles que possuem

⁸ LEMOS, Walter Gustavo da Silva. **Hater e a propagação do ódio nas redes sociais**. Disponível em: <<http://painelpolitico.com/hater-e-a-propagacao-do-odio-nas-redes-sociais/>>. Acesso em: junho de 2017.

uma determinada origem social, de gênero, de orientação sexual ou de “raça”⁹.

A norma supralegal também promove a descrição de meios para que se mitigue a liberdade de expressão quando esta acabar por promover ato ofensivo, o que pode se ver no art. 13, inciso V, do Pacto de San Jose da Costa Rica que dita que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”¹⁰.

Por conseguinte, a limitação da liberdade de expressão, se faz tão somente pelo princípio basilar da dignidade da pessoa humana, seguida pelo nosso ordenamento jurídico Brasileiro, pois, a partir do momento em que usa-se o conceito da liberdade de expressar para ferir a dignidade humana de outrem, a limitação da liberdade de expressão, deve ser usada..

4 LINCHAMENTO NAS REDES SOCIAIS NA ATUALIDADE E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Atualmente as redes sociais servem para propagar ódio, em algumas esferas, como política e ideológica, aonde pessoas acobertadas a princípio pelo anonimato da internet, desenfreadamente destilam palavras de repúdio a terceiros que pensam de forma contrária. A opinião pública de um cidadão, as

⁹ NETO, João Costa Ribeiro. Dignidade Humana (Menschenwürde): evolução histórico-filosófica do conceito e de sua interpretação à luz da Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Curso de Mestrado em Direito. 2013. Dissertação (mestrado), p. 41.

¹⁰Pacto de San José da Costa Rica, 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: junho de 2017.

vezes expressada em alguma rede social, coadunando com a liberdade de expressão prevista na nossa constituição federal, é rebatida com supostos debatedores, que por analisarem opinião contrária, partem para ofensas pessoais.

Define a opinião pública, Alfred Sauvy como *“um árbitro, uma consciência, diremos que quase um tribunal desprovido de poder jurídico, mas receado. É o foro interior de uma nação. A opinião pública, esse poder anônimo, é uma força política e essa força não foi prevista por nenhuma constituição^{11”}.*

Nessa seara Paulo Bonavides afirma que: *“(...) opinião, enfim, organizada e que traduz, ao exprimir-se, a ideologia do partido único, instrumento da ditadura totalitária^{12”}.*

Entretanto, indaga-se, se a pessoa tem a sua liberdade de expressão para exprimir suas opiniões, a pessoa que rebate com palavras de cunho pessoal destilando ódio, também não exerceria sua liberdade de expressão legalmente prevista?

Claramente, tal indagação tem que ser respondida que a liberdade de expressão não pode ser trampolim para crimes de ódio. Nessa linha de raciocínio, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, afirma que

A liberdade de consciência e de crença, porém, se extroverte, se manifesta na medida em que os indivíduos, segundo suas crenças, agem deste ou daquele modo, na medida em que, por uma inclinação natural, tendem a expor seu pensamento aos outros e, mais, a ganhá-los para suas ideias. As manifestações, estas sim, pelo seu caráter social valioso, é que devem ser protegidas,

¹¹ ALFRED, Sauvy, L'Opinion Public, Paris, Presses Universitaires de France (PUF), Colection Que Sais-Je?, 1977, p. 3

¹² BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. P. 483. São Paulo, Ed.14. 2007.

ao mesmo tempo que impedidas de destruir ou prejudicar a sociedade¹³.

Dessa forma, é irremediável, que a forma que a liberdade de expressão deve ser exercida, compatibilizada com argumentos, e racionalidade, entretanto qualquer manifestação que emerja qualquer manifestação violenta ou incentive a mesma, não é acobertada por este princípio constitucional Brasileiro, tendo em vista o seu caráter irracional que afronta inclusive a dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, tal liberdade Constitucionalmente prevista, não pode ser válvula de escape para ser utilizada para ferir a intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, tampouco como uma espécie de autotutela, conforme o caso já narrado do menino que foi tatuado na testa pelo suposto ofendido que teria sua bicicleta roubada. Neste caso, além da violência física, o tatuador expôs o suposto ladrão nas redes sociais com vídeo que mostrava a barbárie lesando a imagem do referido tatuado.

Nesta mesma linha de raciocínio, ao analisamos o atual momento de conflito entre pessoas por questões políticas, ideológicas, estatais, sobre liberdades, sobre direitos, religião, entre outros temas que tem tomado conta de nossas agendas, vemos a necessidade de batalharmos contra as exceções, as arbitrariedades, as ofensas, a barbárie, em prol de uma sociedade melhor, e não a propagação do ideário bem de poucos, contrário ao conceito de um ‘homem de bem’ como tanto se propagava em regimes totalitários.

Convergindo com essa ideia, podemos analisar o conceito de “Banalidade do Mal”, exaurido por Hannah Arendt no livro

¹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 38ª ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 327.

“Eichmann em Jerusalém”, que descreve inclusive críticas a comunidade judaica. Tal obra foi posteriormente ao julgamento em de Adolf Eichmann em Jerusalém, capturado pelo serviço secreto israelita na Argentina em 1960.

Na obra, a filósofa fundamenta que em virtude da massificação da sociedade, insurgiu uma multidão que não é capaz de fazer julgamentos na esfera moral, razão ao fato de os mesmos anuírem ordens sem questionar¹⁴.

Eichmann, é colocado pela autora como um dos responsáveis pela solução do resultado, não sendo olhado como monstro, mas sim como funcionário zeloso. Porém a partir desse fato, o mal torna-se assim banal¹⁵.

O fator da “banalidade do mal” é imprescindível, como uma das normas para análise do mundo contemporâneo. Neste sentido, o mal banal caracteriza-se pela ausência do pensamento. Essa ausência provoca a privação de responsabilidade. O praticante do mal banal submete-se de tal forma a uma lógica externa que não enxerga a sua responsabilidade nos atos que pratica. Age como mera engrenagem. Não se interroga sobre o sentido da sua ação ou dos acontecimentos ao seu redor¹⁶.

A autora Arendt tinha como paradigma, na obra supracitada, o dialogo com Kant em sua obra “As Origens do Totalitarismo” (1951); Segundo o conceito deste autor, foi exaurido que o mal tem como premissa não nos instintos ou na natureza profana do homem, mas sim, nos recursos lógicos que o fazem isento. Por conseguinte, o mal não dispõe proporção

¹⁴ ARENDT, Hanna. Eichmann em Jerusalém. 1963. Editora: Companhia das letras. Ano: 1999, 1ª Edição. São Paulo

¹⁵ Op. Cit.

¹⁶ AGUIAR, Odílio Alves. Violência e banalidade do mal. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/violencia-e-banalidade-do-mal/> Acessado em 1 de junho de 2017.

ontológica, mas contingencial. Nesta seara, desencadeia assim, segundo o autor, a partir do convívio e da reação dos recursos espirituais humanas às suas circunstâncias¹⁷.

Se Eichmann nunca percebeu o que estava fazendo, para Hannah Arendt isto se deu porque ele era incapaz de pensar. Essa incapacidade de pensar está na essência do mal banal. Estamos aqui diante de uma reflexão de filosofia moral. Para entendê-la, precisamos buscar referências – aliás, esta é uma constante: quando se estuda um filósofo é necessário recorrer a outros, porque os filósofos estão sempre dialogando uns com os outros, mesmo quando parecem falar sozinhos¹⁸.

Sobre este tema, MILGRAM descreve sobre a questão da obediência da autoridade e a banalização do mal, descrevendo como este pode se dar a partir da percepção de que a barbárie é um mal necessário, pensado politicamente pelas autoridades como meio de estabelecer a ordem social.

Eichmann ficava abatido ao visitar os campos de concentração, mas para participar de assassinatos em massa precisava apenas sentar-se em seu gabinete e mexer em seus papéis. Por sua vez, o homem do campo que acionava as câmaras de gás podia justificar a sua conduta dizendo que estava apenas cumprindo ordens superiores. A pessoa que assume total responsabilidade pelo ato evaporou-se. Talvez seja esta a mais

¹⁷ KANT, Immanuel. A Religião nos Limites da Simples Razão.

¹⁸ BARROS, Luiz Ferri. Hannah Arendt e a banalidade do mal . Disponível em:< <http://emporiododireito.com.br/hannah-arendt-e-a-banalidade-do-mal-por-luiz-ferri-de-barros/>> acessado em 1 de junho de 2017.

comum característica do mal, socialmente organizado, da sociedade moderna¹⁹.

O Brasil passa por um momento conturbado em todos os sentidos, numa crise ética e moral dos representantes do poder, que não ajudam em nada a evolução da sociedade, mas o retorno ao passado, aos abusos tampouco resolverá tais situações, como também não o racha político criado nos últimos anos, aonde antagonismos políticos se tornam presentes e não se dialoga, para compreendermos os anseios da sociedade, numa atuação mais convergente e próspera.

Nessa perspectiva, para a proibição do discurso de ódio, o artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, no § 2º, estabelece a liberdade de pensamento, apesar de não estar voltada a uma censura de forma prévia, responsabiliza fatores posteriores pela utilização de pensamentos que podem ser considerados de ódio²⁰. Com efeito, o artigo 13 no §5º, prever, por exemplo, que há proibição de propaganda em prol da guerra, bem como argumentos que compactuem com ódio racional, religioso ou nacional, com intuito discriminatório e hostil²¹.

Por conseguinte, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na norma em artigo 20, § 2º, registra que: “*Será proibida por Lei qualquer apologia de ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência*”²². Algo que claramente deve analisado como caráter de punição, as pessoas que utilizam de forma arbitrária e sem qualquer bom senso, a

¹⁹ MILGRAM, STANLEY, *Obediência à Autoridade: uma visão experimental*. Rio de Janeiro: Ed. F. Alves, 1983, p. 28.

²⁰ Op. cit.

²¹ Op. Cit

²² BRASIL. Nº 592, de 6 de Julho de 1992.

internet para ofender pessoais na internet, sem se preocupar com possíveis consequências.

Este “*discurso que utiliza expressões de ódio tende, necessariamente, a diminuir a dignidade das pessoas, sua auto-estima, resultando às vezes na impossibilidade deles virem a participar de determinadas atividades e até mesmo do debate público*”²³, importa em atos que podem importar em consequências jurídicas das mais diversas maneiras.

5 DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DESTE TIPO DE CONDUTA

Discursos com natureza de ódio, desonrosa e discriminatória, tem o fito de ofender uma pessoa individualmente ou um grupo de pessoas, a partir de uma condição comum que estas detêm, seja por uma questão de identidade política, religiosa, de gênero, sexual, de cor ou qualquer outro tipo de elemento de similitude. Um exemplo ocorre quando em debate na internet, a pessoa é rebatida por outrem com palavras que desqualificam a opinião de determinada pessoa, devido a sua orientação sexual, ou até pelo fato da sua raça ser diferente.

Um dos fundamentos do Nosso Estado democrático de direito, é o princípio da dignidade da pessoa humana, como o exposto no artigo 1º inciso III da nossa Carta Magna, assim como art.3º em seu inciso IV, aonde prevê que o Estado deve promover o bem-estar de todos, sem qualquer tipo de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e outra forma de discriminação.

²³ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso do ódio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 98.

O discurso de ódio ocorre quando se promover a expressão de ideias, gestos ou condutas, de forma escrita ou representada, que importe em incitar violência ou ação discriminatória contra um grupo de pessoas ou porque ela ofende ou intimida um grupo de cidadãos. Assim, este tipo de discurso acaba por promover atos contra uma raça, gênero, etnia, nacionalidade, religião, orientação sexual ou outro aspecto passível de discriminação.

Este tipo de discurso não é amparado pelo princípio garantidor da liberdade de expressão, já que importa a realização de ato ofensivo a outrem em sua dignidade, de forma que a lei tipifica as características deste discurso como crime no Brasil, descrito no art. 20 da Lei n. 7.716/89, que pune os crimes de preconceito, entre outros delitos.

Portanto, há na norma brasileira uma restrição a esta liberdade, já não se pode expressar e propagar o ódio ou outro tipo de ato neste mesmo sentido, sendo também esta ideia amplamente amparada na legislação internacional, acerca da necessidade dos discursos de ódio serem proibidos pelo ordenamento jurídico, bem como que essas proibições não ferem o princípio de liberdade de expressão²⁴, já que acabam consagrando outros princípios constitucionais que regem a mesma matéria.

Se não há norma específica que descreve a tipificação do discurso de ódio como uma atitude delituosa, tais tipos de conduta podem importar em outros delitos, como o descrito na legislação de preconceito acima descrita, mas também pode importar na realização de conduta de crimes contra a honra, ameaça, entre

²⁴ LEMOS, Walter Gustavo da Silva. Liberdade de expressão não é liberdade de discurso de ódio. Disponível no link: <http://painelpolitico.com/liberdade-de-expressao-nao-e-liberdade-de-discurso-de-odio-por-walter-gustavo-lemos/>. Acessado em 20 de junho de 2017.

outros tipos penais específicos que podem ser aplicáveis a tais condutas.

Porém, não é somente este tipo punição que pode ser aplicada a quem promove este tipo de conduta, já que quem estabelece tais condutas comete ato ilícito cível, podendo responder pelos danos materiais e morais que causar com estas condutas de ódio, discriminação e de preconceito, podendo tais condutas serem consideradas como ofensivas à coletividade, já estamos em uma democracia e é necessário que esta se concretize por via da harmonia entre todos os grupos que a formam, já que o Estado deve objetivar sempre o bem comum como seu fim e da sociedade.

Se estes atos já importam em punição, outros podem ser tomados pelas esferas administrativas quando ocorrem condutas ou discurso de ódio. Se estivermos falando sobre ato que importe na fiscalização pela Administração Pública ou de servidor público, é possível que este tipo de conduta, de propagação de ódio ou discriminação, importe em punições nesta esfera, aplicando-se advertências, multas, suspensões, entre outras punições para quem ofende a dignidade do outro.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo da premissa que dificuldades passadas pela sociedade podem gerar revoluções, é possível dizer também que as fragilidades do Estado podem levar a dificuldades na convivência entre os seus cidadãos, o que pode desencadear a utilização de violência física, psíquica, verbais ou por outras expressões.

Se na Revolução Francesa, o grande Marco foi pela tomada da Bastilha, que posteriormente teve como desdobramentos a promoção de linchamentos por parte do povo para com aqueles que consideravam subversivos, compreendendo-

se a institucionalização da violência. Se naquele momento vivia-se uma instabilidade que causaram estas condutas, nos dias de hoje vivemos a repetição do clima de instabilidade, sendo que também se vê este clima de violência como meio de resolução destas intranquilidades sociais, só que o linchamento anteriormente ocorrido não se dá mais por ofensas corporais, mas pelo empreendimento nas redes sociais dos chamados discursos de ódio.

Passado tanto tempo da Revolução Francesa para os dias atuais, podemos dizer obviamente que a sociedade evolui ao se manifestar e ao atuar na resolução dos seus problemas em conjunto, porém seu ideal violento pode-se manifestar da mesma forma e fica sem controle, tudo partindo de uma premissa de que tais atitudes é em prol da própria sociedade, como um todo sem pensar que aquilo fere alguma garantia individual pética.

Ao analisamos a questão da guilhotina desertores de pensamento na Revolução analisada, que ceifou até os próprios arquitetos do levanta, podemos ver que atualmente, apesar de não haver pena de morte, a sociedade apresenta pessoas que exaurem discursos carregados de ódio, sem se preocupar com as consequências trazidas, pelo simples fato de pensar contrário aos seus pensamentos.

A sociedade deve fugir da intolerância, fugir de descontroles que levam a novas guilhotinas, que apesar de até não ceifar vidas, pode aparecer na modernidade como uma ceifadora de honras alheias, através de discursos de ódio.

A liberdade de expressão existe é plena no Estado democrático de direito, mas ela não é absoluta ao lidar com irresponsáveis que utilizam dela para destilar barbáries sem se importar com a dignidade da pessoa humana. O Brasil deve controlar e punir detentores do ódio social enraizado atualmente,

que apesar de as vezes se esconderem no anonimato de internet, lincham a vida de pessoas com difamações, discriminações, calúnias de tudo que é espécie para com terceiros que pensam diferente, sendo necessária a aplicação dos meios de punições cabíveis para aqueles que empreende estas condutas, nas esferas criminais, cíveis e administrativas.

Não podemos reapresentar as mesmas condutas ofensivas de linchamentos e ofensas à integridade do ser humano que foram praticadas na Revolução Francesa, onde se pregava a necessidade de extirpar da sociedade aqueles que eram contra os ideais revolucionários. Agora vemos cada vez mais a promoção de linchamentos e ofensas sendo realizadas no âmbito das redes sociais, de forma que pode parecer que alguns daqueles ideários franceses novamente se expressam, o que importa na necessidade de promover punições àqueles que realizam tais condutas. Isso é necessário para que possamos garantir a convivência democrática em nosso país, para que se promova a tolerância entre todos, de forma que a dignidade da pessoa humana seja garantida e todos os cidadãos possam viver em sociedade de forma digna.



Livro **Rápido**

Nunca foi tão fácil publicar!!!

www.livrorapido.com

Rua Dr. João Favares de Moura, 57/99 - Peixinhos Olinda-PE CEP: 53230-290
Fone (81) 2121.5307/2121.5313 e-mail: livrorapido@weblogica.com



Livro Rápido
www.livrorapido.com.br

