

DIRECTORES

Reyler Rodríguez Chávez
Rogério Cangussu Dantas Cachichi

COORDINADORES

César Buendía Romero
Lafayette Pozzoli
Ilton Garcia da Costa
Fernando Alves Brito
Edgar Cruz Acuña

**II CONGRESO
LATINOAMERICANO POR LA PAZ
MEMORIAS
Grupos de Trabajo**

*Lima Norte, Capital Latinoamericana de la Paz
06, 07 y 08 de Septiembre de 2017*

REVISIÓN Y CORRECCIÓN

Sandra Carminia Padilla Pacaya
Giovana Chilón Quiroz

PRÓLOGO

Reyler Rodríguez Chávez
Rogério Cangussu Dantas Cachichi

APRESENTAÇÃO

César Buendía Romero
Ilton Garcia da Costa
Lafayette Pozzoli
Fernando Alves Brito

1ª Edição - Curitiba - 2017

Instituto Memória Editora
CENTRO DE ESTUDOS DA CONTEMPORANEIDADE

© Todos os direitos reservados

Instituto Memória Editora & Projetos Culturais

Rua Deputado Mário de Barros, 1700, Cj. 117, Juvevê

CEP 80.530-280 – Curitiba/PR.

Central de atendimento: (41) 3016-9042

www.institutomemoria.com.br



Editor: Anthony Leahy

Projeto Gráfico: Barbara Franco

Revisão final realizada pelos próprios autores

ISBN: 978-85-5523-0

X, X.

TÍTULO. AUTOR. Curitiba: Instituto Memória.
Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2017.

00 p.

1. 2. 3. I. Título.

CDD:

PRÓLOGO

La paz social es un bien universal con un valor de tal trascendencia, que su promoción y defensa son pilares fundamentales de toda sociedad y de todo ordenamiento, cuyos fines sean el establecimiento de relaciones de convivencia justa y pacífica, duradera e imperecedera.

La paz es una institución que tiene un contenido esencial capaz de movilizar a las civilizaciones y estados, a establecer acciones concretas para lograr su establecimiento. De allí que muchos de los conflictos presentes y pasados, hayan tenido como fin último, la recuperación de la paz, como aquél estadio de convivencia pacífica entre los hombre y naciones, donde existe respeto mutuo y adecuada tutela de los derechos esenciales de la persona como fin supremo, individual y colectivo. En este contexto, la paz se muestra no solo como un concepto teórico y abstracto, sino además, como un concepto pleno en contenido y sustancia, pragmático y palpable.

Hablar de paz, no solamente es referirse a una mera literalidad, sino sobre todo a un orden de cosas concretas que simientan las relaciones cotidianas, en base a la armonía, la solidaridad y el respeto mutuo. Por ello, en momentos difísiles por los que atraviesa constantemente el mundo, como conflictos y guerras de cualquier magnitud e intensidad, la paz es el faro luminoso que orienta y motiva a las personas a buscar una solución de calma y tranquilidad. La paz es el catalizador que mueve a las personas, los estados y al mundo entero. Y es también la paz, el alma presente en esta importante organización por la Paz (Conpaz), como espacio para promover, discutir y proponer acciones y medidas para el fortalecimiento de la paz en los países hermanos de América Latina y en todo el mundo.

En ese sentido, la presente publicación de las Memorias de los Grupos de Trabajo del *II Congreso Latinoamericano por la Paz*, es una muestra de la gran preocupación que hay por un tema tan vital e importante, siendo necesaria su divulgación como un aporte de CONPAZ para la promover la paz en el mundo.

Dr. Reyler Rodríguez Chávez

Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Directores

APRESENTAÇÃO

O II Congresso Latino-Americano da Paz, realizado nos dias 6 a 8 de setembro de 2017, no campus da Universidad Católica Sedes Sapientiae - UCSS, reforça a integração acadêmica entre as universidades brasileiras UNIVEM e UENP com a finalidade de manter um importante espaço de diálogo sobre o tema da paz em seus mais diferentes sentidos e perspectivas. Esse espaço democrático de difusão de ideias e valores produziu muitos bons frutos, entre eles intensa produção acadêmica nos grupos de trabalho, em que pesquisadores de ambos os países produziram conhecimento que agora se disponibiliza ao público em geral. Nessas memórias segue também a “Carta de Lima”, que, como a “Carta de Marília” publicada no I CONPAZ/2016, constitui importante documento a ser considerado por aqueles que lutam pela paz na América Latina.

Ficam nossos agradecimentos pelo notável empenho e comprometimento ao Instituto Essencia Juris e ao magistrado Dr. Reyler Rodríguez Chávez que viabilizaram a impressão desse material em tempo exíguo. Oportunamente, os leitores brasileiros poderão ter acesso à obra, que será publicada pelo Instituto Memória, editora que tem prestado extraordinário suporte ao evento desde a primeira edição em 2016. Da mesma forma, tudo isso não seria possível sem o apoio incondicional da Diocese de Carabayllo e do Poder Judicial do Peru, pelo que agradecemos especialmente a Monsenhor Lino Panizza e a Dr. Edgardo Torres Lopez. Que esse projeto continue a frutificar na América Latina, inclusive com o impulso de outras instituições como a Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE e a ITAIPU Binacional, todos comprometidos com projetos de divulgação da paz e da justiça.

R.P. Dr. César Buendía Romero

Rector de la Universidad Católica Sedes Sapientiae – UCSS

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Docente da UENP

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli

Docente do UNIVEM

Prof. Dr. Fernando Alves Brito

Docente da UENP

SUMÁRIO

GRUPO DE TRABALHO 1:

“Paz, Constituição y Políticas Públicas”

POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS NO BRASIL E A ALDEIA GUARANI RIO SILVEIRAS.....00

Bruno Bernardo Nascimento dos Santos

CONSTITUCIONALISMO, TRIBUTAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTOS E DIRETRIZES, NO BRASIL, FRENTE A SOLIDARIEDADE SOCIAL.....00

Renan Ruschel Nunes

Carhla de Oliveira Alves

O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS DE CULTURA DE PAZ E CIDADANIA.....00

André Leonardo Copetti Santos

PUBLICIDADE VERSUS INTIMIDADE: UMA TENSÃO NO PROCESSO ELETRÔNICO.....00

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã

Mário Furlaneto Neto

Rogério Cangussu Dantas Cachici

A CIDADANIA GLOBAL E POLÍTICAS PÚBLICAS TRANSACIONAIS COMO ALTERNATIVAS À RELATIVIZAÇÃO DAS FRONTEIRAS FÍSICAS E CULTURAIS.....00

Edivane Brum

Mayara Pellenz

Suzete Habitzreuter Hartke

A INFÂNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A SUA INEFICÁCIA PRÁTICA NA RESSOCIALIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES.....00

Fernando Cesar Mendes Barbosa

Gabriele Delsasso Lavorato Manfré

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb

ENSAIO A CERCA DO CONTROLE JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....00

Fernando Cesar Mendes Barbosa

João Victor Mendes de Oliveira

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb

REFLEXÕES SOBRE CULTURA E MEMÓRIA DO ENSINO SUPERIOR EM ARAGUAÍNA – TO.....00

Glenda Carvalho de Sousa

Geraldo Alves Lima

GRUPO DE TRABAJO 3:

“Paz y Teorías de la Justicia”

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA COMO FORÇA PROPULSORA DE MUDANÇAS PARA MELHORAS DE CONDIÇÕES VIDA NO CONTESTO DE JUSTIÇA SOCIAL.....00

Roberto Carlos Ferreira Soares

Guilherme Bittencourt Martins

Leonardo Sboldrim Soares

GRUPO DE TRABAJO 4:**“Paz, Educación y Libertad Religiosa”****ANTROPOLOGIA E USOS DEVIDOS E INDEVIDOS DO RELATIVISMO CULTURAL E DA TOLERÂNCIA.....00**

Laércio Fidelis Dias

EDUCAÇÃO E ÉTICA: O DESAFIO DE FORMAR SUJEITOS ÉTICOS.....00

Nilo Agostini

Luzia Batista de Oliveira Silva

Carlos Roberto da Silveira

O EXERCÍCIO DO PODER SOBRE A IDENTIDADE DE GÊNERO: UMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA.....00

Giovane Moraes Porto

Maria de Fátima Rodrigues Oliveira

PLURALIDADE DEMOCRÁTICA: TENSÕES ENTRE A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS E A LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO.....00

Wagner Vinicius de Oliveira

GRUPO DE TRABAJO 5:**“Paz, Derecho, Dignidad Humana y Fraternidad”****ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.457/2017, A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA FRATERNIDADE NO ATENDIMENTO AO SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA.....00**

Luiz Gustavo Boiam Pancotti

Heloísa Helena Silva Pancotti

ATUAÇÃO DA PASTORAL DA CRIANÇA NA CONSTRUÇÃO DA PAZ SOCIAL.....00

Francisca Fabiana da Silva

José Carlos Martins da Silva

Ivanaldo Santos

A APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE.....00

Lafayette Pozzoli

Larissa Fatima Russo França

O ASPECTO FRATERNAL E MISERICORDIOSO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO À EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.....00

Gislaene Martins Fernandes

ORIGEM E EFEITOS DOS CONFLITOS DECORRENTES DA CRISE SOCIAL PROVOCADA PELO MULTICULTURALISMO SOB A ÓTICA DA REALIDADE EUROPEIA E A ASCENSÃO DE MOVIMENTOS ULTRANACIONALISTAS.....00

Daniel Mayer de Brum

O EMPODERAMENTO DA MULHER PELA CULTURA DE PAZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: O CONFLITO ENTRE RELIGIÃO E CULTURA NO CASO DO ESTUPRO CONTRA MULHERES NO BRASIL.....00

Charlise Paula Colet Gimenez

Rosângela Angelin

PAZ PARA BOKO HARAM: O DIREITO FRATERNAL COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS NA ÁFRICA OCIDENTAL.....00

Bruna Escobar Teixeira

ERGUENDO MUROS E EXCLUINDO OS DIFERENTES: MAL-ESTAR, SUBJETIVIDADE E CULTURA.....00

Carla de Oliveira Alves

Bruna Gazella Michael

Gustavo Henrique Maronez

REFÚGIO: NO CAMINHO PELA PAZ.....00

Nívia de Castro Orlandi

Cirdelei Honório dos Santos

MEDIAÇÃO E CONFLITO: A APLICABILIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA A MENORES INFRATORES COMO FORMA DE ACESSO A JUSTIÇA.....00

Claudia Valéria Alves dos Santos

Amaisa de Jesus Santos

SER PAI PODE SER UMA ESCOLHA, MAS SER FILHO É UM DIREITO: UM ESTUDO DO ETHOS SOBRE A PATERNIDADE EVOCADA NA MEDIAÇÃO COMO UM MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS.....00

Amaisa de Jesus Santos

DIGNIDADE, SUSTENTABILIDADE E DIREITO: REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIMENTAÇÃO DA FRATERNIDADE E DA SOLIDARIEDADE EM BUSCA DA PAZ.....00

Mayara Pellenz

Nádine Amábile Pasta

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS-APAX: UM PASSO DIGNO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO E REINTEGRAÇÃO DE CONDENADOS.....00

Natasha Mirella Melo Costa

Ricardo Bispo Razaboni Júnior

Heloísa Helena da Silva Pancotti

O CRITÉRIO ECONÔMICO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL APOIADO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....00

Ilton García da costa

Jonathan Cezar Fernandes Camargo

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb

EFICIÊNCIA E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....00

Igor Henrique dos Santos Luz

Valter Foletto Santin

Ilton Garcia da Costa

CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO BRASIL POR ESTRANGEIRO E FACILITAÇÃO DA MEDIDA COMO INCLUSÃO DO IMIGRANTE NO MERCADO DE TRABALHO.....00

José Antônio da Silva

Valter Foletto Santin

Antonio Sergio Cordeiro Piedade

GRUPO DE TRABAJO 7:

“Paz y Derechos Humana en Lima Norte”

LOS ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA COMO UNA ALTERNATIVA DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO INTERNACIONAL EN UN ESTADO QUE BUSCA LA RECONCILIACIÓN Y PAZ: CASOS PERUANOS.....00

Doris M. Yalle Jorge

EL DERECHO A LA PAZ EN CONTEXTOS POST CONFLICTO: ¿SIGNIFICADO NORMATIVO O SIMBÓLICO?.....00

Juan Alberto Castañeda Méndez

PROMOVENDO LA PAZ EN LIMA NORTE A TRAVÉS DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN “JUSTICIA, PAZ Y SEGURIDAD” 00

Reyler Rodríguez Chávez

LA BÚSQUEDA DE LA PAZ SOCIAL ANTECONFLICTOS SOCIO FAMILIARES: INTERVENCIÓN PREVENTIVA ANTE LA PROCASTINACIÓN.....00

Manuel Bermúdez Tapia

LA GESTIÓN PÚBLICA, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU ¿AMBOS CONSIGUEN PAZ EN EL ESTADO PERUANO?.....00

Moisés N. Paz Panduro

FILOSOFÍA DE LA PAZ: TRES DIMENSIONES DEL CONCEPTO DE PAZ.....00

Rafael Mora Ramírez

LA BÚSQUEDA PERMANENTE DE LA PAZ SOCIAL EN EL PERÚ.....00

Fernando Fukunaga

POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL: UNA FORMA DE MEJORAR LA GESTIÓN PÚBLICA EN PRO DE UNA REDUCCIÓN DE LA POBREZA.....00

Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz

LA PAZ, LA DIGNIDAD HUMANA Y LA HERMANDAD EN LOS MENSAJES PAPALES POR LAS JORNADAS MUNDIAL DE LA PAZ.....00

Pedro Antonio Gonzales Olivera

LOS PROBLEMAS FORMALES DE LA IDEA DE JUSTICIA.....00

Miguel A. León Untiveros

DESDE LA EXPERIENCIA DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL COMO APOORTE A LA CONSTRUCCION DE UNA CULTURA DE PAZ.....00

Jesús Fernando Ramírez Bezada

POR EL DERECHO A LA VIDA: ESTUDIO SOBRE EL HOMICIDIO PIADOSO EN EL DERECHO PERUANO.....00

Cristhian Alexander Cerna Ravines

DERECHO HUMANO DE ACCESO A INTERNET COMO MEDIO PARA PROMOVER LA PAZ.....00

Jordy Arcadio Ramírez Trejo

PAZ, LEY, DIGNIDAD HUMANA Y HERMANDAD.....00

Piero Gerardo Pacheco Huaca

LA PAZ EN EL MUNDO.....00

Cecilia Wong Ronceros

TAXONOMÍA Y APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EN COLOMBIA.....00

Jaime Cubides Cárdenas

Angélica Grandas Ferrand

Juan Marcelino González Garcete

DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE.....00

Melitón Torres Tovar

Edgardo Torres López

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA PAZ EN EL SIGLO XXI.....00

Milton Miranda Paredes

RESUMOS EXPANDIDOS**GT 3 – PAZ Y TEORIAS DE LA JUSTICIA.****PAZ PERPÉTUA KANTIANA: A INTERNACIONALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO MORAL.....00**

Wagner Vinicius de Oliveira

GT4: PAZ, EDUCACIÓN Y LIBERDAD RELIGIOSA.**GÊNERO E HIERARQUIA: COMO MEDIAR A RELAÇÃO LABORAL DE MULHERES POLICIAIS.....00**

Naiara Lima Santos

Charlene Dewes Dornelles

Charlise Paula Colet Gimenez

GT5: PAZ, DERECHO, DIGNIDAD HUMANA Y FRATERNIDAD**A ASSESSORIA JURÍDICA GRATUITA COMO INSTRUMENTO DE PAZ, FRATERNIDADE, GENTILEZA E JUSTIÇA SOCIAL.....00**

Eduardo Murilo Donadel

GT5: PAZ, DERECHO, DIGNIDAD HUMANA Y FRATERNIDAD**FATORES PERTINENTES À ALIENAÇÃO PARENTAL.....00**

Thais Furlan Boschiero

ANEXOS.....00

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

“CARTA DE LIMA NORTE POR LA PAZ MUNDIAL”

“Carta de Lima Norte pela Paz Mundial”

“CARTA DE LIMA NORTE POR LA PAZ MUNDIAL”

Los organizadores y participantes del II Congreso Latino-Americano de Paz, reunidos en la ciudad de Lima Norte /Perú, del 6 a 8 de setiembre de 2017, reafirmando los 10 mandamientos de la Carta de Marilia por la Paz Mundial, de 22 de mayo de 2016, así como las ideas y compromisos asumidos en el Primer Congreso Latino-Americano de Paz; manteniendo el propósito de trabajar perseverantemente por la paz mundial; reconociendo la importancia de la amistad y dialogo entre los pueblos y rechazando cualquier acto de terror y de violencia; posicionándonos contra cualquier tipo de difusión de odios, discriminación y marginación; acordaron adicionar a los diez mandamientos de la Carta de Marilia, más veinte, convocando, con la misma firmeza, respeto y afecto fraterno, a todas las autoridades y ciudadanos del mundo para la práctica diaria de los mandamientos de Marilia y Lima Norte, para lograr la paz y la justicia duradera:

1. Reafirmar la importancia de la gratitud por el don de la vida y por todo lo que ella proporciona desde los grandes acontecimientos como los pequeños gestos de cariño, afecto y respeto por el prójimo y los seres vivos; a fin que todas las personas sin excepción podamos sentirnos agradecidas por todo y por todos, aprendiendo a amar la vida como un conjunto de realidades, actos y personas especiales e indispensables por lo que son y pueden llegar a ser positivamente.
2. Convencerse de que la vida es inestimable, no pudiendo ser vendida, cambiada, recortada, ni menospreciada. Que nada este mundo se equipara al amor de Dios y al amor al prójimo como a uno mismo; Que es posible tener una vida digna, saludable y en paz con respeto, obediencia a los mandatos divinos, y a los derechos fundamentales.
3. Reconocer que la paz no se construye con prisa, en corto tiempo, solo a través de actos grandiosos; la paz se construye día a día, en los actos sencillos, éticos y solidarios; con pequeñas actitudes que a veces no damos importancia: Una sonrisa, un saludo, una palabra amable, soluciones legales; un gesto sincero de aprecio y solidaridad constante. La paz, se construye día a día, por todos los seres humanos con el cumplimiento de los deberes y respeto a los derechos de las personas, y de la propia vida.
4. Reconocer la existencia de una sociedad global y multicultural, que abarca a todos los seres humanos, de las más diferentes razas y credos, empezando por el respeto a las singularidades de los pueblos,

y específicamente al ser humano titular de derechos, deberes, atributos y responsabilidades. Al medio ambiente, que busca la convivencia armónica, orientándonos todos juntos a un solo objetivo: La paz, la libertad y justicia constante.

5. Reafirmar la importancia de la protección a todas las generaciones, tutelando la dignidad del niño, del adolescente y del joven, así como de los ancianos, con el fin de que todas las etapas de la vida, sean valorizadas, dispensando a ellos tratamiento prioritario, que asegure su protección.
6. Contribuir a la protección del medio ambiente, recordando que la Tierra es el mayor patrimonio de la humanidad y de los seres que la habitamos; que toda la vida y la existencia dependen de la tierra, el agua, el aire, siendo necesario que se mantengan sanos, equilibrados y preservados, para la presente y futuras generaciones; fomentar una sana agricultura, y una adecuada nutrición.
7. Prevenir y erradicar la explotación de los oprimidos como simple fuerza del trabajo, el enriquecimiento a costa del sufrimiento humano; luchar contra la trata de personas; el narcotráfico y todos los vicios, que esclavizan el cuerpo y el alma de las personas que ceden a sus tentaciones.
8. Cultivar la empatía hacia los desamparados, los hambrientos y los necesitados, de modo que siempre nos coloquemos en el lugar del prójimo antes de realizar juicios y proferir prejuicios o palabras de odio; y por el contrario difundir el respeto y la gentileza para todos indistintamente.
9. Promover la plena inclusión de la persona con discapacidad, valorándola y garantizando la igualdad de oportunidades, a fin de que disfrute de todas las oportunidades y beneficios que la vida puede ofrecer.
10. Promover la eliminación de todas las formas de desigualdad y discriminación relativas a raza, color, el sexo, origen, la cultura y las creencias, buscando una sociedad más justa y equitativa, promoviendo, el trabajo equitativo, la comprensión y tolerancia, sin perder de vista que no obstante las diferencias, todos somos iguales ante la vida, todos somos seres humanos, hermanos.
11. Combatir la corrupción, que asola a las naciones que ponen por encima el desarrollo material, al desarrollo humano; siendo fuente de grandes injusticias e innumerables males, generando tristeza y sufrimiento en

todos los rincones del mundo. Que no exista impunidad para aquellos que con engaño, cinismo y delito aprovecharon de su posición o cargo, permitiendo que tantos males sean perpetrados.

12. Pensando en el respeto al prójimo, buscar que aquellos que delinquieron seducidos por el dinero mal habido, se resocialicen medidas efectivas, que siembren esperanza y den oportunidad, no perdiendo de vista que todos somos dignos de restauración.
13. Reconocer que el perdón es una herramienta poderosa de justicia y se encuentra íntimamente ligado al amor, que todos necesitamos para vivir. Probablemente no es posible deshacer los errores y pecados ya cometidos; restando, sólo, perdonar; perdonarnos a nosotros mismos, y a los demás, es la única forma de superar el pasado y caminar por una senda de rectitud, justicia y solución pacífica de los problemas personales y sociales.
14. Apoyar prácticas restaurativas que permitan a las víctimas expresar sus sentimientos más profundos y alcanzar la reparación de los daños; alejándonos de la venganza y el odio, y acercándonos al perdón y en el amor.
15. Reasumir la llama en la esperanza en el corazón de los seres humanos, animándolos a hacer el bien, cultivar amistades, promover la reconciliación y exaltar la caridad, para que todos puedan vislumbrar la posibilidad de construir un mundo justo, equilibrado y pacífico.
16. Impulsar la solidaridad, la auto ayuda y la ayuda mutua; asimismo la inquietud por el sufrimiento humano, no perdiendo de vista que debemos, siempre y constantemente ayudar al prójimo, consecuentemente a nosotros mismos; promoviendo la justicia, la paz y la solidaridad.
17. Reafirmar la importancia de la tolerancia a las diferencias, respetando las opiniones políticas e ideológicas, las inclinaciones religiosas y creencias, así como los diferentes orígenes y etnias, evitando conflictos y cultivando el respeto y la amistad.
18. Rechazar firmemente las ideologías de la violencia, de la dictadura, del fanatismo y el odio, que consideran maquiavélicamente que los fines justifican los medios.
19. Contribuir a reafirmar el rol de la administración de justicia, acertada rápida, y eficiente como garante de la seguridad, desarrollo y paz.

20. Promover la amistad, esperanza e integración de las personas y los pueblos, impulsar la iniciativa por la investigación, el diálogo fructífero y las oraciones espirituales cotidianas en favor de las fuerzas del bien, contra los males que asolan a la humanidad.

UNIVEM / UENP / UCSS

CARTA DE LIMA NORTE PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do II Congresso Latino-Americano de Paz, reunidos na cidade de Lima Norte /Peru, de 6 a 8 de setembro de 2017, reafirmando os dez mandamentos da Carta de Marília pela Paz Mundial, de 22 de maio de 2016, bem como os ideais e os compromissos assumidos no I Congresso Latino-Americano de Paz; mantendo o propósito de trabalhar obstinadamente pela paz mundial; reconhecendo a importância do diálogo entre os povos e rechaçando atos de terror e de violência; posicionando-se contra qualquer tipo de disseminação do ódio, discriminação e marginalização; acordaram adicionar aos dez mandamentos de Marília mais vinte, convocando, com a mesma firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos mandamentos de Marília e Lima Norte, para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Reafirmar a importância da gratidão pela dádiva da vida e por tudo o que ela proporciona, desde os grandes acontecimentos aos pequenos gestos de demonstração de carinho, afeição e respeito pelo próximo; que todas as pessoas sem exceção possam sentir-se gratas por tudo e por todos, aprendendo a amar a vida como um conjunto de acontecimentos e pessoas, especiais e indispensáveis pelo o que são.
2. Convencer-se de que a vida é inestimável, não podendo ser vendida, trocada, menosprezada; que nada neste mundo se equipara a amor a Deus e amor ao próximo; poder ter uma vida digna, saudável e em paz, devendo haver o devido respeito à vida e felicidade do próximo.
3. Reconhecer que a paz não é construída com pressa, em um curto espaço de tempo e através de grandiosos atos; ao contrário, a paz se constrói no dia a dia, nos mais singelos atos, porém firmes; nas pequenas coisas que insistimos em não dar importância; a paz, outrossim, é construída a cada dia por todos os seres humanos, com um sorriso, um gesto de amor e carinho de cada vez, mas ininterruptamente.
4. Proclamar a existência de uma sociedade global e multicultural, que busca uma identidade singular e que abranja a todos os seres humanos, das mais diferentes raças e credos, prezando pelo respeito às singularidades dos povos, ao ser humano titular de direitos, às diferenças, ao meio ambiente, e que busca a convivência harmônica, visando um só objetivo: a perpetuação da paz.

5. Reafirmar a importância da proteção a todas as gerações, tutelando-se a dignidade da criança, do adolescente e do jovem, bem como dos idosos, visando que todos os estágios da vida sejam valorizados, dispensando-se, a estes, tratamento prioritário que assegure sua proteção.
6. Contribuir para a proteção ao meio ambiente, lembrando-se que o planeta Terra é o maior patrimônio da humanidade, do qual toda a vida e existência dependem, sendo necessário que o mantenha sadio, equilibrado e preservado, para a presente e as futuras gerações.
7. Prevenir e erradicar a exploração dos miseráveis, da força do trabalho, o enriquecimento às custas da felicidade do próximo, à escravidão sobre o corpo e a alma dos mais necessitados.
8. Cultivar a empatia para com os desabrigados, os famintos e os necessitados, de forma que sempre nos coloquemos no lugar do próximo antes de realizar julgamentos e proferir palavras de ódio, disseminando o respeito e a gentileza para todos indistintamente.
9. Promover a plena inclusão da pessoa com deficiência, valorizando-a e garantindo a igualdade de oportunidades, a fim de que desfrute de todas as oportunidades e benesses que a vida pode oferecer.
10. Promover a eliminação de todas as formas de desigualdade e preconceito relativos à raça, cor, sexo, origem, cultura e crenças, almejando uma sociedade mais justa e equânime, disseminando amor e respeito ao próximo, sem perder de vista que, apesar de todas as diferenças, todos são iguais perante a vida, todos são seres humanos, irmãos.
11. Combater a corrupção, que assola todas as Nações, sendo fonte de grandes injustiças e inúmeras mazelas, gerando tristeza e sofrimento em todos os cantos do mundo. Que haja efetivo combate àqueles que se permitem, através da astúcia e do artil, aproveitar das situações, permitindo que tantos males sejam perpetrados.
12. Pautando-se no amor ao próximo, buscar a recuperação daqueles que erraram perante a sociedade, através de medidas que semeiem esperança e dêem oportunidade, não perdendo de vista que todos são dignos de perdão e de uma nova chance.
13. Reconhecer que o perdão é uma ferramenta poderosa de justiça e se encontra intimamente ligado ao amor, não havendo que se falar neste onde aquele não habitar. Afinal, não é possível desfazer os erros e

pecados já cometidos, restando, apenas, perdoar; perdoar, a si mesmo e aos outros, é a única forma de superar o passado e caminhar em direção ao amor e à paz.

14. Apoiar práticas restaurativas que permitam às vítimas expressar seus sentimentos mais profundos e alcançar a reparação dos danos, possibilitando um recomeço distante da vingança e no ódio, mas sim, no perdão e no amor.
15. Reascender a chama na esperança no coração dos seres humanos, incentivando-os a fazer o bem, cultivar amizades, promover o perdão e exaltar a caridade, para que todos possam vislumbrar ser possível a construção de um mundo justo e pacífico.
16. Exaltar a caridade, a preocupação pelo próximo, a inquietação pelo sofrimento do pobre miserável e faminto, não perdendo de vista que devemos, sempre e constantemente ajudar o próximo, ajudando, conseqüentemente a nós mesmos; promove-se, assim, o amor, o carinho, a ternura e a paz.
17. Reafirmar a importância da tolerância a todas as espécies de diferença, respeitando-se as opiniões políticas e ideológicas, as inclinações religiosas e crenças, bem como as diferentes origens e etnias, evitando-se conflitos e cultivando a paz.
18. Rechaçar firmemente as ideologias violentas, de ditadura, de fanatismo e ódio, que consideram fins justificados por meios.
19. Contribuir para reafirmar o papel da administração da justiça, rápida e eficiente, como garante da segurança, desenvolvimento e paz.
20. Promover a amizade e a integração entre pessoas e povos; impulsionar a pesquisa, o diálogo frutífero e as orações espirituais cotidianas em favor das forças do bem, contra os males que assolam a humanidade.

UNIVEM / UENP / UCSS

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

GRUPO DE TRABAJO 1:

“Paz, Constitución y Políticas Públicas”

POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS NO BRASIL E A ALDEIA GUARANI RIO SILVEIRAS

Bruno Bernardo Nascimento dos Santos¹

“Nenhuma sociedade é perfeita. Por natureza, todas comportam uma impureza incompatível com as normas que proclamam”

Lévi-Strauss, Tristes Trópicos

RESUMO

O Brasil indígena de hoje, certamente, constitui fragmentos de um organismo social muito mais complexo e amplo que, outrora, cobria provavelmente o território como um todo. A luta indígena é a luta das minorias, dos considerados à margem da sociedade do Direito, pelo próprio Direito, pelo Estado e pela sociedade. Nos dias atuais não basta a efetivação da demarcação de parte das terras indígenas no Brasil. É urgente o comprometimento do Estado na preservação e proteção destes povos já que são constantemente violados por terceiros. O presente artigo tem por objetivo apresentar de forma coesa e condensada a evolução histórica das tribos indígenas no Brasil, apresentando a atual situação destes povos em relação às políticas públicas governamentais a fim de enxergarmos as vias da Paz dos verdadeiros guardiões das florestas brasileiras. Além da base doutrinária básica, consulta de relatórios e jurisprudência relacionada ao tema, foi realizada uma pesquisa de campo junto à Aldeia Guarani Rio Silveiras em Bertioxa, São Paulo.

Palavras-chave: Indígenas. Políticas Públicas. Brasil. Saúde. Educação. Constituição

INTRODUÇÃO

Atualmente, o Estado tem sido cada vez menos identificado como uma nação homogênea, que esteja ali reunida por compartilhar valores e por perseguir um objetivo relativo a único grupo, ou a um único ideal. A diversidade marca profundamente populações, o povo, parcela indissociável do Estado; sejam elas, de tradição milenar ou de povoamento recente. Em alguns casos, essa convivência irrompe em processos violentos de disputa pelo controle dos recursos do Estado,

¹ Mestrando em Direito no núcleo de Direitos Humanos, no Programa de Estudo Pós Graduação *Stricto Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ (2014); participou do curso *Public International Law – The Israeli Case* na The Hebrew University of Jerusalem, Israel (2011). Atualmente é advogado militante e professor voluntário assistente na disciplina de Teoria Geral do Estado e Ciência Política na PUC/SP. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito do Trabalho e Cível. E-mail: bbernardo.adv@uol.com.br

como exemplificam tantas guerras que ainda hoje assolam países africanos e do Oriente Médio, refletindo, também, em conflitos armados na Latino-América.

A luta indígena é a mesma dos povos afrodescendentes, dos migrantes, dos imigrantes, dos refugiados, das variantes religiosas minoritárias e dos indivíduos LGBT. É a luta das minorias, dos considerados à margem da sociedade do Direito, pelo próprio Direito, pelo Estado e pela sociedade.

A História do Brasil, contada e perpetuada, começa invariavelmente pela chegada dos europeus ao Novo Mundo, começamos pelo “descobrimento”. Estudos científicos demonstram a possibilidade de que a Terra, entre 35 mil e 12 mil anos atrás, uma glaciação teria, por intervalos, feito o mar descer a uns 50 metros abaixo do nível atual. Essa faixa, chamada de *Beringia*, teria permitido a passagem a pé da Ásia para a América. De 12 mil anos para cá, uma temperatura mais amena teria interposto o mar entre os dois continentes, em vista disso, é tradicionalmente aceita a hipótese de uma migração terrestre vinda do nordeste da África e se espalhando de norte a sul do continente americano. Mesmo com tantas hipóteses sobre estes processos naturais e de migração, há considerável controvérsia sobre as datas que estas migrações ocorreram e se ela seria, ou não, a única fonte de povoamento das Américas. O que há de certeza é uma única assertiva, as Américas já estavam perfeitamente descobertas antes mesmo da chegada dos colonizadores europeus. No que tange a realidade brasileira, certamente, o que é hoje o Brasil indígena são fragmentos de um organismo social muito mais complexo e amplo, que cobria provavelmente o território como um todo.

Nos dias atuais não basta a efetivação da demarcação de parte das terras indígenas no Brasil. É urgente o comprometimento do Estado na preservação e proteção destes povos já que são constantemente violados por terceiros. Os principais conflitos e direitos humanos violados das tribos indígenas no Brasil podem ser analisados à luz da Encíclica *Pacem in terris*. Verdade, justiça, amor e liberdade são princípios basilares da proteção dos Direitos Humanos, desrespeitados por nós brancos.

Na Encíclica, João XXII defende que os conflitos entre os Povos e as Nações devem ser resolvidos com negociações pacíficas, e não com armas, pautando-se pelo respeito mútuo. Para ele, a Paz entre os Povos exige a verdade como fundamento, a justiça como norma, o amor como motor e a liberdade como clima. Desta sorte, merece destaque o seguinte trecho de *Pacem in terris*: “E, aos nos dispormos a tratar dos direitos do homem, advertimos, de início, que o ser humano tem direito à existência, à integridade física, aos recursos correspondentes a um digno padrão de vida”².

² JOÃO XXIII, *Pacem in terris*. 3ª Edição. São Paulo, Editora Paulinas, 1995. p. 10.

O presente artigo tem por objetivo apresentar de forma coesa e condensada a evolução histórica das tribos indígenas no Brasil, apresentando a atual situação destes povos em relação às políticas públicas governamentais a fim de enxergarmos as vias da Paz dos verdadeiros guardiões das florestas brasileiras. As dimensões continentais no Brasil e a ampla distribuição e variedade das tribos indígenas nacionais nos impossibilita de apresentarmos um exaustivo estudo do tema, que por si só, seria suficiente para a confecção de uma tese ou dissertação, ou até mesmo, a edição de um livro. Este artigo irá esboçar o desenvolvimento das políticas públicas a partir do século XIX (1801-1900) até os dias atuais, não desmerecendo a história do Brasil - Colônia e do Brasil Império, uma vez que a Monarquia no Império do Brasil é a mais longa das Américas.

Por fim, será apresentado o estudo de campo realizado junto às terras indígenas da Reserva *Guarani* do Rio Silveiras que ocupam 948 hectares e estão localizadas na divisa dos municípios de Bertioga e São Sebastião, no Estado de São Paulo em área adjacente ao Parque Estadual da Serra do Mar (PESM). O local abriga cerca de 120 famílias da etnia *Tupi Guarani* na aldeia Rio Silveiras. A Reserva tem a sua localização a, aproximadamente, 1,5 km da Praia de Boracéia em direção à Serra do Mar. O objetivo deste estudo é a análise das condições desta tribo e as políticas públicas que são desenvolvidas junto a esta comunidade.

A base doutrinária utilizada compõe desde anuários sobre os povos indígenas do Brasil, passando pelos estudos de Manuela Carneiro da Cunha, Darcy Ribeiro, grandes estudiosos do tema, apesar de posições distintas, relatórios do Conselho Indígena Missionário e do ISA (Instituto Socioambiental), até os estudos antropológicos de Claude Lévi-Strauss. É de grande apreço o desejo de que este artigo contribua, ainda que com pouco, para a disseminação da proteção dos povos indígenas, não apenas na proteção da pessoa humana, como também, na proteção das culturas dos povos antigos, suas línguas e crenças, para que o Brasil não seja lembrado como um “Trópico Triste”, a exemplo de São Paulo, em que os mapas de 1918 ainda indicavam dois terços de um território desconhecido habitado somente pelos índios, mas que em 1935, à chegada de Lévi-Strauss ao Brasil para inauguração da Faculdade de Sociologia da recém-criada Universidade de São Paulo, havia poucos índios concentrados no litoral paulista e outros em direção ao interior, distantes da cidade, esquecidos e estereotipado pela elite da época³.

³ LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes Trópicos*. Tradução: Rosa Freire. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 51.

1 OS ÍNDIOS NO SÉCULO XIX

O Século XIX é o único que conheceu três regimes políticos: ele começa na Colônia, passa pelo Império e termina na República Velha. Inicia-se em pleno tráfico negreiro e termina com o início da imigração livre. A mão de obra indígena ainda é fundamental, porém, transitória, diante de novas oportunidades. A extração da borracha na Amazônia é um exemplo enquanto não se estabelecia a imigração de trabalhadores nordestinos⁴.

O Século XIX é definido por uma questão de territorial, uma vez que, os índios são cada vez menos essenciais como mão de obra, a questão indígena passa a ser discutida em termos de extermínio dos índios selvagens, fazendo uma limpeza étnica nos sertões, propícia aos colonos, ou se cumpre civilizá-los e incluí-los na sociedade política, solução apresentada por estadistas que supunha sua utilização como mão de obra.

Denota-se, portanto, que se tratava de uma política que, não deixa dúvidas, apresentava a humanidade e animalidade dos índios. De certa forma, o Século XIX é o marco inaugural das primeiras discussões da humanidade indígena no Brasil⁵. Essa *humanidade* a qual nos referimos não se trata daquela do gênero da pessoa humana tutelada pelos Direitos Humanos. Os povos indígenas no Século XIX estavam longe de possuírem estes direitos fundamentais reconhecidos. As discussões sobre a *humanidade indígena* no Século XIX atendia a uma outra variante.

Cornelius de Pauw, um abade de Estrasburgo, defendia a ideia de que grandes animais não poderiam vingar no Novo Mundo e, igualmente, os índios, em face de uma humanidade prematuramente envelhecida estavam destinados à extinção⁶. Apesar de mal recebida na Latino-América, esta teoria teve dois defensores no Brasil: Von Martius (1794-1868, Alemanha) e Varnhagen (1816-1878, Brasil). Em um de seus estudos, Varnhagen cita certo Senador, Antonio Luis Dantas de Barros Leite: “[...] o índio parece ter uma organização incompatível com a civilização”⁷.

Para entender a situação dos índios no Brasil no Século XIX e o início das políticas públicas destes povos, é preciso compreender que neste período os índios

⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 57.

⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 58.

⁶ GERBI, 1973 *Apud* CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 59.

⁷ VARNHAGEN, 1867: 55-6 *Apud* CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 60.

basicamente eram classificados entre *bravos* ou *domésticos*. Na categoria dos índios *bravos*, passam a serem incorporados os grupos que são guerreados nas fronteiras do Império: afluentes do Rio Amazonas, do Araguaia, Rio Madeira, Rio Purus, Jauaperi, oeste paulista e nas novas zonas de colonização alemã nas províncias do sul⁸. Há outra categoria que se destaca por outros critérios, dos tidos como índios *bons* são os das tribos *Tupi* e *Guarani*, que já estão extintos ou assimilados diante da sua sociabilidade com o homem branco. Os índios caracterizados por sua indomável ferocidade são da categoria *Botocudo* que, por coincidência, são inimigos dos *Tupi* na história do início da colônia⁹.

1.1 INÍCIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS NO SÉCULO XIX

No início do século XIX havia três principais leis que tutelavam a administração indígena: o Diretório Pombalino, de 1757, orientava a administração de aldeias já consolidadas, a Carta Régia de 1798, ordenadora dos mecanismos de atração e aldeamento dos grupos indígenas definidos pelos colonos como *bons* e desejosos de aceitarem a administração dos proprietários de terras, e as Cartas Régias de 1808 e 1809 que decretavam Guerra Justa a alguns povos que ocupavam áreas de fronteira econômica e que opunham resistência à conquista¹⁰.

A questão do *status* indígena já fora objeto de várias propostas, como a apresentada pelo Marquês de Pombal, em 1755, visando à valorização dos indígenas, por meio deste documento e subsequentes esforços para seu cumprimento tinham também a finalidade de afastar os indígenas da influência dos jesuítas, além de fazerem destes, súditos, fiéis da Coroa Portuguesa, auxiliando na defesa das fronteiras da colônia e fazendo-os desistirem de saquear os caminhos e as cidades, vilas e aldeias. Mas foi por um representante de São Paulo, José Bonifácio de Andrada e Silva, que a questão indígena passou a ser pensada num projeto político mais amplo.

A primeira apresentação do seu texto às Cortes Portuguesas e na Constituinte de 1823, chamando os índios à sociedade civil e os incorporado aos cidadãos. Apesar de muito bem recebida, suas propostas foram rejeitadas. Como o de Pombal, o projeto de José Bonifácio vinculava-se à vertente dos que acreditavam ser possível e essencial à humanização da sociedade brasileira promover a

⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 136.

⁹ CARNEIRO DA CUNHA, 1990 *Apud* CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 136.

¹⁰ POMBALINO, Maria Hilda B. Construindo o Estado da Exclusão: Os Índios Brasileiros e a Constituição de 1824. Revista CLIO – Revista de Pesquisa Histórica. Volume 28.2 Disponível em: <<http://www.revista.ufpe.br/revistacio/index.php/revista/article/viewFile/122/89>>. Acesso em: 13/07/2017.

incorporação dos índios ao todo nacional, não considerando a manutenção do estado de guerra a forma mais adequada para atingir esses objetivos. José Bonifácio, homem que teve grande acesso ao estudo, acreditava no processo educativo como o grande elemento transformador da sociedade e, como reformista, abominava a adoção de quaisquer formas de radicalismo e extremos como solução para os problemas sociais e políticos, além de condenar o regime escravocrata.

A legislação indigenista do Século XIX é flutuante, pontual e subsidiária de uma política de terras¹¹. O Diretório Pombalino de 1755 foi revogado em 1798. Apenas em 1845, com o “Regulamento acerca das Missões de *catechese* e civilização dos Índios (Decreto 426 de 24/7/1845) é que se volta a repensar diretrizes gerais acerca dos índios”.

Dissolvida a Constituinte por Dom Pedro I, nossa primeira Constituição outorgada, nem sequer mencionava a existência dos índios. O início do Império é marcado por uma série de documentos que tentam criar um plano de civilização para os índios. A Decisão 22 de 20/2/1823 considerava urgente providências sobre o aldeamento e civilização dos índios que deveria ser discutidas na Assembleia Nacional Constituinte e Legislativa do Império. O Regulamento das Missões, promulgado em 1845, é o único documento indigenista geral do Império, prolongando o aldeamento e entendendo como um processo de transição para a assimilação completa dos índios.

O Século XIX foi marcado pelo interesse na terra. O debate sobre a questão da posse da terra se deve a revogação da lei de concessão de sesmarias em 1822 sem que nenhuma lhe substitua até 1850, fato que afetou diretamente os índios, uma vez que se privilegiou a comprovação da posse da terra para que fosse reconhecida a propriedade. A Lei de Terras de 1850 constitui-se num novo regulamento para a questão indígena. Diante dos impasses da interpretação sobre a natureza jurídica das terras devolutas no Brasil, com o decorrer do tempo, os índios ganham primazia sobre suas terras. Pudessem ou não ser consideradas devolutas as terras ocupadas pelos índios, o fato é que a Lei de Terras de 1850 simplificou as relações dos índios com a terra.

Desse modo, a lei apenas previa a possibilidade de reservar terras à colonização indígena, omitindo-se sobre o chamado direito originário e sobre as terras indígenas que possuíam títulos legítimos. Na nova lei, o conceito de indígenas também estava longe de ser claro, mas não restam dúvidas de que por indígenas se compreendia aqueles indivíduos pertencentes às chamadas *hordas selvagens*, tal como posteriormente ficou esclarecido na sua regulamentação, graças ao Decreto n. 1318, de 30 de janeiro de 1854. Finalmente, em 1912, em comentários à Lei de

¹¹ CARNEIRO DA CUNHA, 1990 *Apud* CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 138.

Terras de 1850, João Mendes Jr. Demonstra que as terras dos índios jamais podem ser consideradas devolutas, pois se trata de título originário, decorrente do simples fato de serem índios.

Para além da questão das terras indígenas, havia outras discussões que tomavam corpo na segunda metade do século XIX. Uma delas estava ligada à forma de como deveria ser praticada a catequese dos povos indígenas, se deveria ser leiga ou missionária, à medida que o modelo utilizado pelos jesuítas no Brasil - Colônia não mais obtinha sucesso. Esta discussão ganha novos elementos com a presença do Apostolado Positivista no cenário político, reforçando o argumento em defesa da catequese laica.

A Constituição de 1891 não abordou em seu texto a questão indígena. Por outro lado, em seu artigo 64, transferiu para os Estados as terras devolutas e, com isso, houve uma confusão que se disseminou a partir de 1891¹². Ainda no último quarto do século XIX, com a elevação nos preços do café, a questão a ser resolvida de forma imediata era o suprimento da mão de obra. A solução encontrada pelos governos provinciais do sul foi trazer imigrantes da Europa. É possível perceber o forte impacto que causa a imigração europeia sobre os povos indígenas, especialmente nos Estados de Minas Gerais, São Paulo, Santa Catarina e Paraná e Rio Grande do Sul. As reações dos índios eram imediatas e, com elas, a consequente represália por parte dos fazendeiros, que se efetivavam pela contratação de matadores profissionais, os *bugreiros*. Em relação à Amazônia, as mudanças também foram significativas, considerando que a expansão da economia da borracha, a partir dos anos de 1870, representou um avanço sistemático sobre territórios indígenas.

Aproxima-se, portanto, o fim do Império, quando a elite cafeeira paulistana e mineira movida por seus interesses políticos e econômicos proclamaram o sistema republicano no Brasil, a República Velha.

2 A CONSTRUÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS NA REPÚBLICA

No final do século XIX e nos primórdios do século XX, no Brasil, um grupo de pensadores, os positivistas, ergueu a bandeira em favor da causa indígena, a partir de seus preceitos. A República Brasileira foi estruturada a partir de doutrinas europeias, que, por sua vez, foram interpretadas e ajustadas aos interesses dos

¹² Constituição de 1891. Art 64 - Pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável para a defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais.

Parágrafo único - Os próprios nacionais, que não forem necessários para o serviço da União, passarão ao domínio dos Estados, em cujo território estiverem situados.

grupos que estavam na esfera política. A política brasileira, principalmente nos primeiros anos da República, esteve fundamentada nas interpretações do positivismo que orientava padrões políticos-institucionais, econômicos, sociais e culturais.

A problemática que envolve os direitos das comunidades indígenas no Brasil é complexa e multifacetada, não podendo ser tratada exclusivamente a partir do âmbito legal, pois os aspectos históricos e antropológicos se encontram além da dimensão jurídica. Durante a segunda metade do século XX, no Brasil, dois grandes modelos de política abordaram a relação entre os índios e o Estado brasileiro. Esses modelos respondiam pelo nome de modelo protecionista e modelo integracionista. Protecionista era o que entendia que os índios deveriam ser protegidos dos avanços do mundo considerado civilizado, contrapondo-se ao integracionista, que por sua vez, considerava essencial os indígenas se integrarem na sociedade como mão de obra.

Foi a partir da expansão do Estado Nacional, formalmente separado das ordens eclesásticas (República), que se deu a criação do chamado Serviço de Proteção aos Índios (SPI), primeiro aparelho de poder público instituído para gerir a relação entre povos indígenas, em 1910, integrante do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tendo Cândido Rondon na sua gestão de 1910 a 1930¹³.

Durante todo o processo de formação do Estado Brasileiro, promoveram-se políticas de assimilação para as populações indígenas. Estas são entendidas como mecanismos empreendidos pelo Estado com o intuito de proporcionar a integração das populações nativas no Brasil à sociedade nacional. Em 1910, com a criação do SPI/ITN (Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais), pretendeu-se novamente enquadrar o indígena na cultura europeia introduzida no Brasil - Colônia, agora sob uma nova ótica: o índio como trabalhador nacional.

Pela primeira vez no Brasil era estatuído, como princípio legal, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham direito de ser eles próprios. Outro princípio de importância fundamental era a proteção ao índio em seu próprio território, ainda que de forma precoce, e proibia o desmembramento da família indígena¹⁴.

A instauração da ditadura getulista trouxe uma série de alterações à realidade administrativa na política brasileira. O decreto lei nº. 1736, de 3/11/1939,

¹³ CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 138.

¹⁴ RIBEIRO, Darcy. Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno. 3 Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1979. p. 138-139.

subordina o SPI ao Ministério da Agricultura, acentuando “que o problema da proteção ao índio se acha intimamente ligado à questão da colonização”¹⁵.

Até este momento o padrão fundiário imposto aos indígenas supunha a demarcação de pequenas porções de terras em que os índios eram resumidos às dimensões de famílias nucleares, de onde extraíam sua subsistência básica por meio da agricultura ou sendo complementado pela inserção no mercado de trabalho¹⁶.

As décadas de 1940 e 1950 marcam uma considerável alteração em torno da região do Rio Xingu. A ideia da criação de um Parque Indígena figura uma inédita legislação sem precedentes na história brasileira, com fim de preservação da fauna e flora e a criação de uma área em que os grupos pudessem se aculturar gradativamente.

A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) foi o marco da extinção da SPI e foi criada por meio da Lei n.º 5.371 de 5/12/1967. Esta decisão governamental foi tomada num momento histórico em que predominavam, ainda, as ideias evolucionistas sobre a humanidade e o seu desenvolvimento através de estágios. Esta ideologia de caráter etnocêntrico influenciou a visão governamental, sendo que a Constituição vigente naquela época estabelecia a figura jurídica da tutela e considerava os índios como relativamente incapazes¹⁷.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS: DA FUNAI ATÉ À ATUALIDADE

A Fundação Nacional do Índio (FUNAI) foi criada em substituição ao antigo SPI, acusado de corrupção e dissolvido. Este dependia do Ministério do Interior, e como dizia Dalmo Dallari: seria uma grande contradição colocar um órgão de proteção aos índios vinculado a um Ministério cuja função era o desenvolvimento¹⁸.

Posteriormente, com a edição da Lei n.º 6.001 de 19/12/1973 (conhecida como Estatuto do Índio) se formalizaram os procedimentos a serem adotados pela FUNAI para proteger e assistir as populações indígenas, inclusive no que diz respeito

¹⁵ OLIVEIRA, 1947:171 *Apud* CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 168.

¹⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). História dos índios no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 168.

¹⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1947: Bens da União “as terras ocupadas pelos silvícolas” (art. 4º, inciso IV); atribui entre as Competências da União, a de legislar sobre “nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (art. 8º, inciso XVII, letra “o”).

¹⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios no Brasil: história, direitos e cidadania. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 100.

à definição de suas terras e ao processo de regularização fundiária¹⁹. A Constituição de 1988 instaurou um novo marco conceitual, substituindo o modelo político pautado nas noções de tutela e de assistencialismo por um modelo que afirma a pluralidade étnica como direito e estabelece relações protetoras e promotoras de direitos entre o Estado e comunidades indígenas brasileiras. Além disso, estabeleceu o prazo de cinco anos para que todas as Terras Indígenas (TIs) do país fossem demarcadas.

Apesar do Estado não ter cumprido com este prazo estabelecido pela constituição de 1988, desde lá, o Brasil avançou muito nas demarcações, principalmente na Amazônia Legal. O grande desafio do Brasil são as terras fora da Amazônia Legal, no nordeste, sudeste e sul, principalmente, no Mato Grosso do Sul²⁰.

Há Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil que dizem respeito aos índios e das quais a principal seria a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), revisada em 1989, sendo convertida na Convenção 169.

De acordo com o Censo 2010 do IBGE, a população indígena no país atualmente soma 896,9 mil indígenas. Estão distribuídos em 688 TIs e algumas áreas urbanas do território nacional. Há também 82 referências de grupos indígenas não-contatados, das quais 32 pela FUNAI²¹.

O Governo Federal iniciou uma ampla reformulação da política indígena com a reestruturação da FUNAI e com a criação da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), em 2016, e dos Comitês Regionais paritários, espaços políticos estratégicos do protagonismo dos indígenas junto ao governo, criando um canal mais acessível aos índios junto ao governo.

3.1 POLÍTICAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA A POVOS INDÍGENAS (BOLSA FAMÍLIA)

Em 2008, aproximadamente, 53.513 famílias residentes em 392 municípios com Terras Indígenas se auto-declararam indígenas e tiveram acesso aos benefícios

¹⁹ Ministério da Justiça. FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoess/politica-indigenista?start=3#> Acesso em: 14/07/2017.

²⁰ Entrevista com o 32º Presidente da FUNAI ao ISA (Instituto Socioambiental). RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 81.

²¹ Ministério da Justiça. FUNAI. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoess/politica-indigenista?start=4#> Acesso em: 14/07/2017.

sociais de transferência de renda²². É importante destacar que inexistem, no âmbito do Estado brasileiro, estudos que deem conta da complexidade das condições materiais dos povos indígenas e implementação de políticas públicas e programas de transferência de renda diferenciados para os indígenas²³.

Até hoje, não é possível precisar quais são as terras indígenas beneficiárias das transferências de renda em decorrência de uma falha no banco de dados do programa social, que não dispõe de informações a respeito da identificação das Terras Indígenas, das línguas, da demografia e do meio físico.

O valor médio pago a estas famílias, em 2008, era de R\$87,00 (oitenta e sete reais). Durante o ano de 2008, o volume mensal do benefício do Programa Bolsa Família repassado aos indígenas foi de R\$4.678,163 (quatro milhões, seiscentos e setenta e oito mil, cento e sessenta e três reais), em junho de 2010, este volume passou para R\$7.442.541 (sete milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, quinhentos e quarenta e um reais), com destaque para a região Norte que recebeu um volume de cerca de 3 milhões²⁴ de reais.

A FUNAI, por sua vez, deveria exercer papel proativo no sentido de solicitar estudos de avaliação de impacto de outras esferas do governo que atuam em territórios indígenas, uma vez que estas entidades não possuem qualificações técnicas junto a povos indígenas.

3.2 POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO INDÍGENA

A Política Nacional de Promoção e Proteção dos Povos Indígenas (PNPPPI), evidencia um intenso fenômeno de desconcentração de ações referentes à pauta, o que pressupõe o compartilhamento, entre Ministérios e órgãos federais, das responsabilidades pela execução e monitoramento das políticas públicas de promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas e de descentralização, que significa a repartição de competências entre União, Estados e Municípios.

Tais fenômenos de desconcentração e descentralização da política indigenista podem ser observados na análise da legislação aplicável à temática da educação indígena. À exemplo, citamos: Lei nº 9394/1996, Lei nº 10172/2001,

²² Importante destacarmos que para ter acesso a este tipo de benefício social concedido pelo governo, os indivíduos que se auto-declararam indígenas necessitam possuir documentação de identificação, como o RG e CPF. Como consequência disto, estarão sujeitos à obrigatoriedade do voto. Essa observação é importante para o estudo de caso realizado junto à Aldeia *Guarani* Rio Silverias.

²³ RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 100.

²⁴ RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 101.

Decreto nº 26/91, Portaria Interministerial MJ/MEC nº 559/91, Lei 10558/2002, Lei nº 11096/2005, Decreto nº 7778/2012.

Essas legislações estabelecem que a FUNAI não possui competência direta para execução de políticas públicas de educação escolar e superior indígenas, cabendo ao Ministério da Educação e às Secretarias Estaduais e Municipais de Educação.

Mesmo com tais medidas, comunidades indígenas seguem insatisfeitas com a qualidade da educação oferecida nas aldeias, em sua maioria, desprovidas de qualquer infraestrutura condizente com uma educação diferenciada. Esta insatisfação, não é, obstante, diferente daqueles que se utilizam da rede pública de ensino comum. A proposta da educação escolar indígena como diferenciada, bilíngue e intercultural permanece como reivindicação indígena e como discurso governamental.

De acordo com o senso de 2007, existem no Brasil 2.490 escolas indígenas, onde estudam 177.745 alunos. Mais da metade dos alunos desses alunos está concentrada no primeiro ciclo do ensino fundamental, sendo atendida por professores oriundos das próprias comunidades. Materiais didáticos tem sido elaborados, porem, de forma escassa e que não atende a real necessidade destes alunos²⁵.

A educação escolar indígena vem sendo tratada como questão menor nas políticas públicas de educação do país e nem a realização de uma Conferência Nacional (2009, Luziânia/GO, MEC-FUNAI-Consed) específica para esse segmento parece ter representado mudanças para este cenário.

3.3 POLÍTICAS PÚBLICAS INDÍGENAS NA ÁREA DA SAÚDE

Em 2002, foi criada a Política Nacional de Saúde Indígena, que constituía um grande avanço no que se referia à legislação específica para a atenção à saúde dos povos indígenas. Assim como o Sistema Único de Saúde (SUS), tinha como base o princípio da universalidade, integralidade e equidade. A falta de prioridade e decisão política fez com que, após 10 anos de sua criação, seus 34 Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEI), não conseguisse se estruturar.

O Governo Federal criou, em 2010, a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI) no âmbito do Ministério da Saúde, de modo a conferir maior eficácia ao Subsistema de Saúde Indígena do SUS. Na última década, a proteção e

²⁵ RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 106.

a promoção dos direitos dos povos indígenas se tornou a base fundamental de atuação do Estado, e os esforços centraram-se na superação de paradigmas conceituais de tutela e assistencialismo que historicamente referenciaram as ações governamentais com os povos indígenas no Brasil.

Porém, já em 2010, no mesmo ano da criação da SESAI, a FUNASA (Fundação Nacional de Saúde) deixou de investir na estruturação de unidades de saúde para a população indígena cerca de R\$19,357 milhões de reais, previstos na promoção, vigilância, proteção e recuperação da saúde indígena²⁶.

Em dezembro de 2010, o governo do então presidente Luiz Inácio Lula da Silva autoriza um decreto do Ministério da Saúde que reajusta o salário dos profissionais da saúde indígena no território brasileiro. Em setembro daquele mesmo ano, o Ministério Público do Distrito Federal aponta desvio em convênios entre a Universidade de Brasília (UnB) e a FUNASA para promoção da saúde indígena. Tais convênios irregulares abriram caminho para o desvio de mais de R\$8,8 milhões de reais em uma das fases dos projetos, que envolvia a subcontratação da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico na área de Saúde (Funsau). É imposta ação de improbidade administrativa contra três ex-reitores da Universidade de Brasília²⁷.

Ainda em 2010, lideranças indígenas *Marubo* (AM), denunciaram descaso por parte da FUNASA com epidemia de hepatite que assolava a região. Cerca de 5.000 (cinco mil) índios *Yanomami* ficam sem assistência médica pela inacreditável justificativa de que aviões da FUNASA foram impedidos de usar as pistas consideradas irregulares pela Anac.

Diante de algum dos relatos apresentados pelo Relatório do Instituto Socioambiental (ISA) de 2006-2010, concluímos que a Política Nacional de Saúde Indígena, apesar de ser uma política extremamente avançada em seu conceito, assim como o SUS, carece de prioridade e decisões estratégicas para a efetivação de seus objetivos. O modelo de atenção diferenciada aos povos indígenas não foi atingido. A distribuição de serviços de saúde, principalmente os de média e alta complexidade e de apoio de diagnósticos²⁸ não respondem às reais necessidades e nem possibilita a integralidade das ações.

²⁶ *Ibid.* p. 97.

²⁷ RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 109.

²⁸ *Ibid.* p. 111.

4 DA DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Como apresentado anteriormente, a primeira terra indígena reconhecida legalmente no Brasil foi o Parque do Xingu, em 1961, tendo destaque o então presidente Jânio Quadros, o antropólogo Darcy Ribeiro, Orlando Villas-Bôas e o General Rondon, que estiveram diretamente envolvidos na criação desta TI.

Nas décadas de 1970 e 1980, houve uma grande mobilização em torno da defesa dos índios, que culminou nos direitos da Constituição de 1988 (artigo 231). Desde a aprovação do Estatuto do Índio, em 1973, esse reconhecimento formal passou a obedecer a um procedimento administrativo, previsto no artigo 19 daquela lei (Lei 6001/73). Tal procedimento que estipula as etapas do longo processo de demarcação é regulamentado por decreto do Chefe do Poder Executivo e, no decorrer dos anos, sofreu seguidas modificações. A última modificação importante ocorreu com o decreto 1.775, de janeiro de 1996. De acordo com a FUNAI, o país tem atualmente 672 terras indígenas, 115 delas em estudo, ou seja, ainda não foi definido o tamanho dessas áreas, que podem vir a ser demarcadas²⁹.

A seguir apresentamos dados de 2013 da FUNAI sobre a situação das TIs no Brasil: o número de terras em estudo foi de 115. O número de terras delimitadas foi de 30, com superfície em hectares de 2.024.366,0000. O número de terras declaradas foi de 51, com superfície em hectares de 2.679.132,0000. O número de terras homologadas foi de 12, com superfície em hectares de 513.762,0717. O número de terras regularizadas foi de 428, com superfície de 104.616.529,3229. As Reservas Indígenas contabilizaram um número de 36, com superfície em hectares de 44.358,5230. O total das terras em todas as fases de procedimento em 2013 foi 672, com superfície em hectares de 109.878.147,9228³⁰.

No que tange o procedimento jurídico das demarcações das TIs no Brasil, desde 1995³¹, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que as portarias que declaram uma terra como indígena e os decretos que homologam as demarcações ou que regulamentam a forma como são feitas as demarcações são atos administrativos, e que, portanto, estariam fora do controle do Congresso Nacional, alcançando apenas os atos normativos do Executivo. Mesmo assim, proposições continuam a ser apresentadas. Em 2008, foram apresentadas 15 novas proposições para alterar o procedimento e sustar demarcações,

²⁹ Ministério Público do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos Área das Comunidades Indígenas. Disponível em:

<http://www.indigena.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=93>.

Acesso em: 15/07/2017.

³⁰ Fonte: FUNAI, Maio de 2013.

³¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 710-6-RR, STF.

apresentadas principalmente por deputados do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso e Santa Catarina³².

Além deste entendimento, o STF, em 2009, no julgamento da TI Raposa Serra do Sol, abordou de maneira definitiva o assunto, trazendo à tona a questão indígena com escopo constitucional. Somente a União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir, o processo demarcatório das terras indígenas. A competência do Congresso Nacional sobre terras indígenas, e sem densidade normativa, exaure-se nos artigos 49, inciso XVI e 231, parágrafo 5º da Constituição Federal de 1988.

Apesar da importância da demarcação de terras indígenas tanto para estes povos, como para a população num todo, que ganha com a preservação ambiental destas áreas, muitos laudos de demarcação de terras da FUNAI estão sendo recusados pela Justiça Brasileira. Nesse contexto, o agronegócio parece ter grande influência na questão. Cálculos do governo apontam para o sucessivo crescimento da produção de grãos, principalmente a soja, que tem aumentado a área plantada em 2,3% ao ano. Não é por acaso que o Mato Grosso do Sul seja o principal foco de disputa de terra e de violência contra os indígenas. É justamente a região do centro-oeste responsável por 45% da produção nacional de soja.

A demarcação de terras indígenas e de suma importância, pois representa a busca pelo reconhecimento da organização social elementar, os costumes, as línguas mães, crenças e tradições dos povos indígenas, buscando o alcance da plena autonomia e autodeterminação dos povos indígenas no Brasil.

5 ESTUDO DE CASO: ALDEIA GUARANI RIO SILVEIRAS (BERTIOGA, SÃO PAULO)

Este capítulo apresenta o estudo de caso realizado em 15 de julho de 2017 junto à Reserva Indígena *Guarani* Rio Silveiras, também conhecida como Reserva do Ribeirão Silveira. O presente estudo teve como objetivo apresentar as políticas públicas *de facto* em relação a esta comunidade, a real situação deste povo, o grau inserção à população urbana e a situação jurídica da respectiva TI. O estudo não tinha como objetivo a análise antropológica da aldeia, mas dado à importância destes elementos, alguns traços serão descritos a fim de enriquecer a pesquisa.

A Reserva *Guarani* ocupam 948 hectares e estão localizadas na divisa dos municípios de Bertioiga e São Sebastião, no Estado de São Paulo em área adjacente

³² RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 66.

ao Parque Estadual da Serra do Mar (PESM). O local abriga cerca de 120 famílias da etnia *Tupi Guarani* na aldeia Rio Silveiras. Disposta entre as cabeceiras do Rio Silveiras e do Rio Vermelho, a Reserva tem a sua localização a, aproximadamente, 1,5 km da Praia de Boracéia em direção à Serra do Mar.

O Decreto Presidencial 94.568, de 8 de julho de 1987, promoveu a demarcação da Terra Indígena Ribeirão Silveira com fulcro no artigo 4º e 198 da Constituição Federal de 1967. Portanto, a Reserva *Guarani* Rio Silveiras é anterior à Constituição de 1988.

Os Espólios de Domênico Maricondi e de Isaura Maricondi, representados pelo inventariante Armando Jorge Peralta, ajuizaram ações judiciais apensadas à ação anulatória contra o referido Decreto Presidencial que tramita no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. A Fundação Nacional do Índio resolveu ampliar a reserva indígena para oito mil e quinhentos hectares, por intermédio do Processo FUNAI 08620.1219/2003, que culminou na edição da Portaria Declaratória MJ 1.236/2008, do Ministro de Estado da Justiça.

Impetraram, também, Mandado de Segurança Preventivo³³, com pedido liminar, com fundamento no art. 5º, XXI e LXIX, da CF/88 e na Lei 12.016/2009, contra o decreto homologatório de ampliação da Reserva Indígena Ribeirão Silveira dos atuais 944 hectares para 8000 hectares.

Vale ressaltar que a Serra do Mar estava entre as regiões mais despovoadas do Estado de São Paulo, mas o litoral sul passou a receber migrantes de várias partes do país para trabalharem na formação do Polo Petroquímico e Industrial de Cubatão, além da construção de ferrovias e estradas de rodagem, como a Anchieta em 1947.

Em meados de 1952, uma área do litoral norte paulista foi adquirida em condomínio pelas famílias de Domenico Riccardi Maricondi e José Bastos da Silva, sendo Maricondi proprietário de uma área de 3.881 alqueires defronte à Praia de Boracéia e Bastos da Silva de uma área com 319 alqueires defronte à praia da Juréia, na divisa dos municípios de Santos, hoje Bertioga, e São Sebastião. Essas terras viriam a se transformar em loteamentos para casas de veraneio em meados dos anos 1980, a exemplo da Riviera de São Lourenço e da Associação Morada da Praia.

A paralisação do processo de demarcação da TI Ribeirão Silveira (Aldeia *Guarani* Rio Silverias) resulta da disputa com os proprietários dos loteamentos residenciais Parque Boraceia I e Parque Boraceia II. Na decisão liminar do Mandado de Segurança, em novembro de 2010, a então Ministra Ellen Gracie deferiu o pedido

³³ MS 29293 STF

formulado de não permitir a homologação antes do término dessa ação. Dessa forma, os novos limites não podem ser homologados antes da decisão do STF sobre o mandado de segurança.

Em relação ao *status juris* da Reserva *Guarani* Rio Silveiras salta aos olhos a tremenda inconstitucionalidade oriunda do próprio STF em alegar que o marco temporal para a demarcação de terras indígenas é a Constituição de 1988, sendo que, aquela Reserva já era devidamente ocupada por aquela comunidade e perfeitamente registrada e homologada por decreto presidencial em 1987 de acordo com a Constituição de 1967, ou seja, para fins constitucionais, aquela reserva atende todos os requisitos legais. Outrossim, conceder aquela área, às Margens do Parque Estadual da Serra do Mar (PESM), que até hoje não possui rede de esgoto fornecida nem pelo município de Bertioga, nem pelo município de São Sebastião, é por completo desarrazoada.

No dia 15 de julho de 2017, um sábado ensolarado na bela Praia de Boracéia, fui recebido por guia turístico do município de Bertioga que possui autorização junto ao município e a Reserva Indígena para realizar a visita junto à tribo. A tribo está dividida em núcleos diferentes. Fomos à visita do núcleo do Cacique Adolfo Timotio. A entrada da Aldeia de faz a uma distancia de, aproximadamente, 1,5 quilômetros da Praia em direção à Serra do Mar. Do Portal de Entrada, por estrada de terra em mata virgem, passamos por um primeiro núcleo onde podemos ver algumas crianças sorridentes brincando. Elas estão vestidas com roupas comuns, calções e chinelos de dedos. Fazemos a primeira parada na escola indígena que há na tribo.

Somos recebidos por um guia indígena que vive na aldeia. A escola da tribo, apesar de simples, tem uma boa aparência. Chama-se *Xxeru BA' E' Kua-I e Nhambo 'E' À Porã*, e é Municipal, de responsabilidade do município de Bertioga, e Estadual, de responsabilidade do Estado de São Paulo. A escola tem ensino bilíngue em português e *guarani*.

Após a recepção na escola fomos em direção ao núcleo do Cacique Adolfo onde fomos recebidos por ele. Lá podíamos ver parte da cultura de Palmito Jussara, principal fonte de renda daquela comunidade, e do artesanato produzido no local. Hoje, os *Tupi Guarani* são basicamente agricultores e artesãos. Outra observação importante é que na tribo a comunicação basicamente é no dialeto *tupi guarani*. As casas são simples, algumas de pau a pique com telhados de palmeiras e outras construídas de madeiras com telhados de telhas de material reaproveitado. Iniciamos a trilha por volta das 10h30 da manhã. Salta aos olhos a quantidade de Palmeiras Jussara na Reserva. Ameaçada de extinção, os índios desenvolveram uma técnica de cultivo sustentável, uma vez que uma única Palmeira leva cerca de 10 anos para

produzir uma única unidade de Palmito, que uma vez cortado, extingue aquela árvore. Outra grande produção desta aldeia é a banana e a mandioca.

O caminho em direção à cabeceira do Rio Silveiras inspira trópicos dos sonhos, como dizia Lévi-Strauss. Mata Atlântica virgem, uma riqueza triunfal de plantas. Ao caminho, trechos do Rio nos acompanham. Tudo isso a menos de 200 quilômetros de capital. A cabeceira do Rio Silveiras reserva uma experiência agradável junto à natureza.

De volta ao núcleo, o Cacique Adolfo nos recebe de forma muito espontânea. É feita uma apresentação de músicas e danças tradicionais no dialeto *tupi guarani*, tanto as crianças, como os adultos estão com roupas e pinturas tradicionais. É-nos explicado que dado a grande assimilação desta comunidade com a sociedade urbana, tais hábitos se reservam apenas a eventos festivos.

O Cacique Adolfo começa então a explicação de alguns pontos da comunidade e da causa indígena. A Reserva é basicamente de responsabilidade de políticas públicas do município de Bertiooga, sendo, o município de São Sebastião, o encarregado de fornecer, conveniado ao SESAI, transporte ao posto médico do distrito de Boiçucanga. A escola foi instalada na aldeia a cerca de 20 anos. O Cacique explica que para os membros terem acesso aos benefícios sociais do governo, como o Bolsa Família, precisam fazer a emissão de seu documentos, como RG e CPF. Decorrente disto são obrigados a votar. Como Cacique Adolfo explica que está muito engajado na causa indígena, participando de muitos Congressos, reuniões e manifestações pró-índio, e que a partir da obrigação do voto, fica em discussão a busca de representantes que estejam realmente engajados na causa indígena.

Outro ponto destacado pelo Cacique Adolfo é o processo de assimilação dos índios, que é natural e irreversível. Em suas palavras: “o brasileiro precisa aceitar que o índio tenha um carro, use um celular. Índio vivendo no mato, isolado, é coisa do passado”. Adolfo explica que o adensamento urbano e a perda de identidade do índio trouxe como consequência a inevitável necessidade deles do dinheiro para sua sobrevivência. O cultivo de frutas, vegetais e verduras, além da venda de artesanato, contribui para a renda, mas não é o suficiente. A abertura da reserva pra visitação acabou sendo um meio para complementar a renda. “Hoje o índio precisa de dinheiro para comprar roupa, remédio, ter acesso a meios de comunicação, frequência na escola e ao ensino superior, é necessário que as políticas públicas vejam os índios como cidadãos comuns, de plenos direitos”, complementa o Cacique.

O Caso da Aldeia *Guarani* Rio Silveiras nos propõe uma clara análise da situação indígena no Brasil. Estes povos, constantemente, sofrem a usurpação de seus direitos por terceiros, pela sociedade e pelo Estado, este último, que deveria ser o seu guardião. As decisões jurídicas, em especial, no caso da Rio Silveiras,

demonstram um assustador descompasso constitucional nos direitos dos povos indígenas, direitos estes, que são superiores aos estabelecidos na Constituição, pois são pétreos, naturais e originários, anteriores aos Direito imposto pelo homem branco.

Em relação ao acesso às Políticas Públicas na Aldeia Rio Silveiras o que se constatou é que esta comunidade possui o acesso aos recursos básicos instituídos pelo governo e que foram apresentados ao decorrer deste trabalho, tal qual, a presença da educação diferença, escola indígena e acesso a um atendimento especial em convênio com o SESAI, além de estarem amparados pelo Bolsa Família, por mais que este subsídio não seja específico à população indígena.

Fica claro que falta, contudo, políticas voltadas à inserção destas populações à vida sociedade, ou seja, inseri-los como cidadãos de fato. Foi constatado na Aldeia Rio Silveiras que há uma grande dificuldade dos jovens em continuar o ensino, no âmbito superior, tanto por inexistir um programa voltado a estas comunidades, tanto por dificuldades financeiras e também de níveis de escolaridade que são deficientes.

Outro ponto que merece destaque é a inexistência de saneamento básico na aldeia o que demonstra a fragilidade com que estas pessoas estão expostas e levando em consideração que esta comunidade já está praticamente assimilada com os hábitos urbanos.

CONCLUSÃO

O Século XIX foi marcado por uma esparsa legislação indígena, com pouca efetividade. Destaque para as iniciativas de José Bonifácio e a nossa primeira Constituição outorgada que nem sequer mencionava a existência dos índios. O início do Império é marcado por uma série de documentos que tentam criar um plano de civilização para os índios, ainda que estes planos fossem mascarados pelo interesse de transformar os indígenas em mão de obra legalizada.

A Lei de Terras de 1850 constitui-se num novo regulamento para a questão indígena. Diante dos impasses da interpretação sobre a natureza jurídica das terras devolutas no Brasil, com o decorrer do tempo, os índios ganham primazia sobre suas terras. Pudessem, ou não, ser consideradas devolutas as terras ocupadas pelos índios, o fato é que a Lei de Terras de 1850 simplificou as relações dos índios com a terra.

Foi a partir da expansão do Estado Nacional, formalmente separado das ordens eclesásticas (República), que se deu a criação do chamado Serviço de Proteção aos Índios (SPI), primeiro aparelho de poder público instituído para gerir a

relação entre povos indígenas, em 1910, integrante do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tendo Cândido Rondon na sua gestão de 1910 a 1930. A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) foi o marco da extinção da SPI e partir de então, nascem verdadeiras políticas de assistências aos índios, apesar da questão indígena sofrer ainda com progresso urbano e econômico, implantação de rodovias, ferrovias e hidroelétricas, tensões com posseiros, grileiros e, mais atualmente, com o agronegócio.

A partir das políticas públicas dirigidas às populações indígenas no início da década de 1980, considera-se que o Estado brasileiro, em relação às populações indígenas, atuou historicamente de forma desfavorável quanto ao atendimento de políticas públicas. No que concerne ao processo de centralização das políticas indigenistas, constatou-se que o mesmo não proporcionou melhorias nas ofertas educacionais e de saúde para os indígenas. A partir do governo Collor, no contexto pós-promulgação da CF/1988, o Estado limitou as ações da FUNAI, transferindo as questões anteriormente de sua competência e responsabilidade para outros órgãos do governo brasileiro. Como consequência disso houve uma precarização na oferta do atendimento de saúde e de educação aos indígenas.

Na prática, as ações concretas de educação e saúde para os indígenas dos centros urbanos contradizem o discurso jurídico expresso na CF/1988, uma vez que as respostas fornecidas pelos dirigentes e técnicos das instituições oficiais responsáveis pela execução dessas ações não vão de encontro à realidade verificada *in loco* e percebida nas respostas das lideranças e dos indígenas investigados nas comunidades indígenas pesquisadas nos relatórios estudados e, também, na Reserva *Guarani* Rio Silveiras. No Brasil ainda é visível a violência e tensões com os povos indígenas. A paz entre as comunidades urbanas e os povos nativos ainda não foi atingida. Nas palavras da Ministra Ellen Gracie fica evidente que o processo de Paz ainda precisa ser sedimentado na sociedade brasileira e implementado por políticas públicas:

6. Verifico ainda a existência do perigo na demora no presente caso, dado que a edição de decreto com o objetivo de ampliar a reserva indígena Ribeirão Silveira poderá causar prejuízos irreparáveis aos impetrantes e aos adquirentes de lotes residenciais nos empreendimentos Parque Boracéia I e Parque Boracéia II. Além disso, poderá ocorrer o acirramento dos ânimos na região, com o surgimento de conflitos e distúrbios a envolver índios, pessoas ligadas a organizações não-governamentais e os proprietários e possuidores atuais das terras, o que recomenda a máxima prudência nesse tipo de caso (grifo nosso)³⁴.

³⁴ MS 29293 STF

Outrossim, salta-se aos olhos que os caminhos da Paz na questão indígena no Brasil dependem, intrinsecamente, do amparo do Poder Judiciário. Decisões como a ora citada, demonstrando a possibilidade de tensões entre indígenas e não-indígenas, e favorecendo um loteamento privado em uma área de Mata Atlântica evidência a falência da instituição jurídica e a quebra sistemática dos valores de perpetuidade do patrimônio universal dos homens, a natureza.

ANEXO I – Imagens

As imagens a seguir foram registradas em 15/07/2017 pelo autor na Aldeia *Guarani* Rio Silveiras.

Figura 1 – Escola Estadual Indígena *Txeru BA' E' Kua-I* e Escola Municipal Indígena *Nhambo 'E' À Porã*



Fonte: Arquivo Pessoal

Figura 2 – Casas no Núcleo do Cacique Adolfo Timotio. Ao fundo é possível vermos a densidade e exuberância da Mata Atlântica. Ao centro da foto e ao lado direito, Palmeiras Jussara, fonte de renda da comunidade



Fonte: Arquivo Pessoal

Figura 3 – Comunidade do Núcleo do Cacique Adolfo Timotio reunida para demonstração de dança e canções típicas



Fonte: Arquivo Pessoal

REFERÊNCIAS

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. 1ª Ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

JOÃO XXIII, **Pacem in terris**. 3ª Edição. São Paulo, Editora Paulinas, 1995.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Tristes Trópicos**. Tradução: Rosa Freire. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

POMBALINO, Maria Hilda B. **Construindo o Estado da Exclusão: Os Índios Brasileiros e a Constituição de 1824**. Revista CLIO – Revista de Pesquisa Histórica. Volume 28.2 Disponível em: <http://www.revista.ufpe.br/revistacio/index.php/revista/article/viewFile/122/89> Acesso em: 13/07/2017.

RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização: A Integração das Populações Indígenas no Brasil Moderno**. 3 Ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1979.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011.

CONSTITUCIONALISMO, TRIBUTAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS: FUNDAMENTO E DIRETRIZES, NO BRASIL, FRENTE À SOLIDARIEDADE SOCIAL

Renan Ruschel Nunes¹

RESUMO

O trabalho aborda a possibilidade do princípio da solidariedade social fundamentar políticas públicas se utilizando das diretrizes sociais da tributação, ou melhor, as políticas fiscais e tributárias favorecedoras de desenvolvimento e inclusão social na busca do bem comum, potencializando práticas de reconhecimento do “outro”. O trabalho estrutura-se num tripé. Primeiramente, se aborda o constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais, a partir da eficiência da terceira geração como sinergia das anteriores gerações, como o caráter individualista da primeira e universalista da segunda, o que inviabilizaram práticas do reconhecimento do “outro”. Por segundo, analisa-se a relação entre solidariedade e tributação, na Constituição Federal de 1998. Para finalizar, identificar políticas fiscais e tributárias favorecedoras de desenvolvimento e inclusão social na busca do bem comum, potencializando práticas de reconhecimento do “outro”.

Palavras-chave: Solidariedade social, Tributação, Políticas Públicas, Reconhecimento do “outro”.

INTRODUÇÃO

O trabalho aborda a possibilidade do princípio da solidariedade social fundamentar políticas públicas se utilizando das diretrizes sociais da tributação, ou melhor, as políticas fiscais e tributárias favorecedoras de desenvolvimento e inclusão social na busca do bem comum, potencializando práticas de reconhecimento do “outro”.

Assim, se buscará demonstrar a tributação como indutora de uma prospectiva cultura fiscal de alteridade, enfim para uma nova concepção de cidadania, responsavelmente solidária, utilizando-se da função fiscal (arrecadatório/obtenção de receitas ao bem comum) e extrafiscal (controle e incentivo em favor do bem comum, destinado aos Poderes Legislativo e Executivo)

¹ Mestrando em direito pela Universidade Regional Integrada do Alto do Uruguai e das Missões – URI/Campus de Santo Ângelo/RS.

dos tributos e do reconhecimento de sua importância para realização dos direitos fundamentais de cunho prestacional.

O objetivo geral é identificar políticas fiscais e tributárias favorecedoras de desenvolvimento e inclusão social na busca do bem comum, potencializando práticas de reconhecimento do “outro”, seja no caso do agravamento ou na desoneração fiscal. No primeiro caso, aqueles que suportam uma tributação mais expressiva estão cumprindo o dever de solidariedade com o restante da coletividade; no segundo caso, toda sociedade divide o ônus decorrente da concessão do benefício fiscal respectivo, de forma solidária.

Os objetivos específicos foram identificar a solidariedade como a terceira geração dos direitos fundamentais, identificando as limitações tanto pelo individualismo da primeira geração e como universalismo da segunda geração, os quais inviabilizaram as práticas sociais baseadas na alteridade; conceituar solidariedade social como valor e princípio e sua relação com a tributação, no âmbito brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, estimulando novos contornos de cidadania vinculados no reconhecimento do dever fundamental de pagar tributos; e, claro, identificar políticas fiscais e tributárias favorecedoras de desenvolvimento e inclusão social na busca do bem comum, potencializando práticas de reconhecimento do “outro”.

Exsurge, então, a problemática, se o Estado pode se valer da função dos tributos como instrumento de política pública, bem como se indaga em que medida a solidariedade social se expressa como fundamento de política fiscal. A solução parte de três hipóteses: o fundamento da solidariedade como terceira geração dos direitos fundamentais vinculado com a potencialização de práticas do reconhecimento do “outro”; a confluência da solidariedade entre direitos e deveres no âmbito da tributação na busca do bem comum; as diretrizes da solidariedade social como políticas fiscais e tributárias de desenvolvimento e inclusão social como forma de indução de uma nova cultura fiscal brasileira.

Referente à metodologia aplicada, utilizou-se do método de abordagem indutivo, e do método de procedimento monográfico, mas indiretamente também dos métodos históricos e dedutivos. A técnica de pesquisa baseou-se no uso de documentos indiretos, basicamente de bibliografia em livros e artigos científicos.

Por subsecutivo, o trabalho estrutura-se num tripé. Primeiramente, se aborda o constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais, a partir da eficiência da terceira geração como sinergia das anteriores gerações, como o caráter individualista da primeira e universalista da segunda, o que inviabilizaram práticas do reconhecimento do “outro”. Por segundo, analisa-se a relação entre solidariedade e tributação, na Constituição Federal de 1998. Para finalizar, identificar políticas fiscais

e tributárias favorecedoras de desenvolvimento e inclusão social na busca do bem comum, potencializando práticas de reconhecimento do “outro”.

Portanto, além do aspecto tributário como indutor de uma nova cultura fiscal, também ressalta a sinergia na busca pelo bem comum, potencializando a prática do dever fundamental de pagar impostos de acordo com a capacidade contributiva a partir do reconhecimento do “outro”, criando vínculos mútuos de cuidados capazes de modificar a concepção de que a relação entre os seres humanos não deve ser de domínio, mas sim de comunhão.

1 CONSTITUCIONALISMO E POSITIVAÇÃO DOS DIREITO FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo é marcado pelo movimento social, político, jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual surgem as constituições nacionais. Assim, através da evolução do constitucionalismo, as gerações ou dimensões dos direitos fundamentais consubstanciam-se em uma espécie de demonstração nesta linha de tempo. Nesse sentido, “o movimento constitucional gerador das constituições em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços geográficos e culturais diferenciados”. (CANOTILHO, 2003, p. 51).

O constitucionalismo liberal do século XVII é o primeiro movimento constitucionalista e o Estado Liberal é a primeira forma de Estado de Direito no Ocidente. Assim, positivação da primeira geração dos direitos fundamentais (direitos civis e políticos) surge com a formação do Estado de Direito. A noção de liberdade-legalidade, o positivismo que vai marcar as bases do novo contra o velho (Antigo Regime) da primeira fase do Estado Liberal, passa a não ser suficiente, na medida em que cresce a complexidade social e começa aparecer o contraste entre aumento do mercado e a miséria da sociedade e, por conseguinte, a exploração desumana no trabalho.

Desse modo, aumentam-se as reivindicações contra a insuficiência do Estado, o qual tem uma função abstencionista, e a Constituição possui apenas uma função meramente de organizar o Estado, não tratando de direitos além da primeira dimensão (liberdade), isto é, não bastava liberdade se não poderia ser usufruída de forma suficiente a igualdade e fraternidade.

A ideia de igualdade, no Estado Liberal, como Estado não interventor, era mínima, mas existente, a qual era entendida como iguais no gozo da liberdade, entretanto o gozo desta igualdade via liberdade “não vale para os direitos sociais, nem mesmo para os direitos políticos, diante dos quais os indivíduos são iguais genericamente, mas não especificamente” (BOBBIO, 2004, p. 34).

Dessa perspectiva, no que tange à fraternidade, Bobbio se faz contrário ao discurso teórico de Kant, o qual a Revolução Francesa despertaria na opinião pública mundial uma disposição moral da humanidade, uma Constituição em harmonia com os direitos naturais dos homens. Para o Bobbio, a concepção de fraternidade advinda da Revolução Francesa não tem um valor moral, porquanto suas bases teóricas estariam fundamentadas no estado de natureza, em função disso ocorrendo à secularização da ética cristã.

A doutrina filosófica que fez do indivíduo, e não mais da sociedade, o ponto de partida para a construção de uma doutrina da moral e do direito foi o jusnaturalismo, que pode ser considerado, sob muitos aspectos (e o foi certamente nas intenções dos seus criadores), a secularização da ética cristã (*etsi daremus non esse deum*). No estado de natureza, para Lucrécio, os homens viviam *more ferarum* (como animais); para Cícero, *in agris bestiarum modo vagabantur* (vagavam pelos campos como os animais) e, ainda para Hobbes, comportavam-se, nesse estado natural, uns contra os outros, como lobos. Ao contrário, Locke — que foi o principal inspirador dos primeiros legisladores dos direitos do homem — começa o capítulo sobre o estado de natureza com as seguintes palavras: “Para entender bem o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar em que estado se encontram naturalmente todos os homens; e esse é um estado da perfeita liberdade de regular as próprias ações e de dispor das próprias posses e das próprias pessoas como se acreditar melhor, nos limites da lei de natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de nenhum outro. Portanto, no princípio, segundo Locke, não estava o sofrimento, a miséria, a danação do “estado ferino”, como o diria Vico, mas um estado de liberdade, ainda que nos limites das leis (2004, p. 30).

A concepção cristã da vida com discurso fraternal de irmandade chega como discurso com a Revolução Francesa, estabelecendo-se como sujeitos de direito natural, o qual é calcado no individualismo da sociedade. Neste aspecto, expõe Bobbio, ao analisar qual das declarações é politicamente ou eticamente superior à outra e, assim o faz, expondo a influencia do discurso de Kant no absenteísmo do Estado Liberal:

O que era “felicidade”, e qual a relação entre a felicidade e o bem público, fora um dos temas debatidos pelos philosophes; mas, à medida que tomou corpo a figura do Estado liberal e de direito, foi completamente abandonada a idéia de que fosse tarefa do Estado assegurar a felicidade dos súditos. Também nesse caso, a palavra mais clara e iluminadora foi dita por Kant, o qual — em defesa do Estado liberal puro, cuja meta é permitir que a liberdade de cada um possa expressar-se com base numa lei universal racional — rechaçou o Estado eudemonológico, um Estado que pretendia incluir entre suas tarefas a de fazer os súditos felizes, já que a verdadeira finalidade do Estado deve ser apenas dar aos súditos tanta liberdade que lhes permita buscar, cada um deles, a seu modo, a sua própria felicidade (2004, p 42-43).

Nesse aspecto, reinava o individualismo e a defesa da não intervenção do Estado na esfera econômica, o Estado mínimo. Direitos fundamentais foram reduzidos às liberdades e ao bom governo do Estado em que os poderes estivessem bem limitados. Bastava, nesse paradigma, um legislador que apenas obedecesse a Constituição, uma Administração que somente seguisse à lei e o Judiciário que fosse o mero árbitro dos conflitos privados ou a boca que pronunciava as palavras da lei.

Destaca-se, nesse sentido, a importância das influências teóricas e ideológicas do iluminismo e liberalismo, em que alimentaram as Revoluções oitocentistas, na qual era essa a ideologia que fez parte do discurso social às Revoluções Liberais, como a Revolução Gloriosa, a Revolução Francesa, a independência das 13 colônias americanas, e uma série de documentos produzidos como a Declaração do Estado de Virgínia em 1776, a posterior Constituição de 1787 e, por fim, o *Bill of Rights* de 1787. Dessa forma, o Estado Liberal, sob o manto da liberdade e separação de poderes, escondia os interesses da classe social dominante, a burguesia.

Outrossim, destaca-se a importância dos estudos socialistas marxistas nas Revoluções Sociais, pois os trabalhadores reivindicavam melhores condições de trabalho, isto é, além dos direitos de liberdade, foi exigida a igualdade material – os direitos sociais.²

A transição do Estado Liberal para o Estado Social foi ocasionada pelo esgotamento do Estado Liberal em solo europeu, em que a classe trabalhadora reivindicou um maior compromisso do Estado em ações positivas para a transformação da ordem social, ou seja, educação, saúde, alimentação, etc.³ Assim, diante desta racionalização, passou a ter discursos contra o individualismo exacerbado, a “mais valia”, à exploração do capital sobre o trabalho e o destaque a luta de classes.

Assim, os direitos fundamentais de segunda geração, denominados, diminutamente, de direitos sociais “nasceram abarcados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de

² Os valores políticos envolvidos no liberalismo, na democracia e no socialismo estiveram historicamente em conflito, mas não há razão para não os vermos como complementares, mais do que simplesmente conflitantes, desde que não radicalizemos o liberalismo, o socialismo e mesmo a democracia. O socialismo é aqui entendido não como um tipo de sociedade que compete com o capitalismo (o estatismo competiu com o capitalismo e foi derrotado), mas como um valor ou uma ideologia. Enquanto o liberalismo está orientado para a liberdade, e o republicanismo para a responsabilidade, o socialismo está centrado na ideia de justiça social.

³ Nesse sentido, o constitucionalismo nascido com o Estado Liberal de Direito que positivou normas voltadas ao direito de liberdade (direitos civis e políticos), passou a ser complementada por normas de direito de igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais), o que reflete numa maior intervenção estatal na economia por diversas constituições.

ser que os ampara e os estimula” (BONAVIDES, 2006, p. 518). Ademais, surge o caráter positivo das prestações vinculados aos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como as denominadas liberdades sociais, como a liberdade de sindicalização, o direito de greve, os direitos dos trabalhadores, alicerçado na luta dos movimentos operários (MORAIS, 2011, p. 36-37).

Dentre os principais aspectos que ocasionaram esta nova transição, pode-se citar: motivos de ordem econômica de escala que favoreciam posições monopolísticas; as crises cíclicas do mercado capitalista, que aprofundavam as diferenças sociais; presença de efeitos externos à produção: poluição, congestionamento, esgotamento dos recursos naturais; consequências de ordem política, através da luta pelos direitos fundamentais (desenvolvimento das teorias socialistas); destruição e medo ocasionado pelas guerras, etc.

[...]

Com isso, ocorreu uma maior intervenção “no” e/ou “sobre” o domínio econômico. Da propriedade privada dos meios de produção passou-se à função social da propriedade; da liberdade contratual passou-se ao dirigismo contratual. Da centralidade exclusiva da liberdade (individual), à igualdade (social). Da “regulação”, à “prestação” (2010, p. 52.).

Desse modo, neste período, surgiu o exercício de reiteradas reivindicações trabalhistas, o que já nas primeiras décadas do século XX, o Estado Social passa ser um modelo, se apresentando em vários regimes, ou seja, na declaração dos Direitos do Povo e do Trabalhador, na Revolução Russa de 1917, havendo um surto intervencionista de Estados no tempo e espaços distintos, mas todos surgiram para a manutenção das injustiças sociais que já não poderiam ser contidas, manifestando-se na Constituição do México (1917) e na Constituição de Weimar (1919) da República Alemã, que serviu de modelo para inúmeras outras constituições.

Destacou-se na fundamentação do Estado social a contribuição do economista John Maynard Keynes. O autor defendia um Estado intervencionista, que não deveria controlar todos os meios de produção, mas apenas interferir com objetivo de garantir o pleno emprego.⁴ Ainda, destaca-se, na Inglaterra, o slogan dos

⁴ Nesse sentido, “embora essa teoria indique ser de importância vital o estabelecimento de certos controles sobre atividades que hoje são confiadas, em sua maioria, à iniciativa privada, há muitas outras áreas que permanecem sem interferência. O Estado deverá exercer uma influência orientadora sobre a propensão a consumir, em parte através de seu sistema de tributação, em parte por meio da fixação da taxa de juros e, em parte, talvez, recorrendo a outras medidas. Por outro lado, parece improvável que a influência da política bancária sobre a taxa de juros seja suficiente por si mesma para determinar um volume de investimento ótimo. Eu entendo, portanto, que socialização algo ampla dos investimentos será o único meio para assegurar uma situação aproximada do pleno emprego, embora isso não implique a necessidade de excluir ajustes e fórmulas de toda a espécie que permitam ao Estado cooperar com a iniciativa privada. Mas, fora disso, não se vê razão evidente que justifique um

trabalhistas ingleses, em 1945, de “Participações justa de todos”, o qual estabeleceu o princípio fundamental do *Welfare State*, em que estabeleceu o conceito do universalismo da contribuição ao anunciar que:

[...] independentemente da renda, todos os cidadãos, como tais têm direito de ser protegidos – com pagamento de dinheiro ou com serviços – contra situações de dependência de longa duração (velhice, invalidez...) ou de curta (doença, desemprego, maternidade...) (BOBBIO, 2010, 417).

Ademais, acrescenta-se a problemática da eficácia dos direitos sociais prestacionais, os quais atrelados naturalmente aos recursos públicos do Estado, restaram limitados pela Teoria da Reserva do Possível, isto é, argumentos utilizados contra a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, especialmente os da ausência de recursos.

Neste aspecto, os direitos sob a reserva de possibilidade social, podem ser compreendidos sob, no mínimo, uma trílice dimensão: primeiro a efetiva disponibilidade fática dos recursos; por segundo, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, intimamente relacionada com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas; e a terceira, na proporcionalidade da prestação quanto à sua exigibilidade (SARLET, 2006, p. 301).

O caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo passam a ganhar frente no pensamento jurídico, o que implicou reconhecer afastada a pronta exigibilidade desses novos direitos, afinal aponta-se para o fato de que “mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2006, p. 301)”.

Nesta ótica, após a Segunda Guerra Mundial, especialmente devido ao advento das constituições sociais, houve a diminuição da crença na idoneidade legislativa para preservar os direitos individuais e sociais, em que a preponderância da lei cedeu à supremacia da Constituição. Assim, inspirados pelo ideal revolucionário da fraternidade, surgem os direitos fundamentais de terceira geração, os chamados direitos de solidariedade – fraternidade, muito embora possa e deva

Socialismo do Estado abrangendo a maior parte da vida econômica da nação. Não é a propriedade dos meios de produção que convém ao Estado assumir. Se o Estado for capaz de determinar o montante agregado dos recursos destinados a aumentar esses meios e a taxa básica de remuneração aos seus detentores, terá realizado o que lhe compete” (KEYNES, 1988, p. 248).

estar associada à concepção do Constitucionalismo moderno ligados aos direito da segunda geração dos direitos humanos (igualdade).

Enquanto o modelo liberal incorporava uma ideia de soberania como poder incontestável, próprio a uma sociedade de “indivíduos livres e iguais” para os quais importava apenas o papel garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo *welfare state* adjudica a ideia de uma comunidade solidária onde o poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea. Nesta função de patrocínio da igualdade transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a solidariedade. O caráter solidário do poder estatal, para muito, substitui a característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade (MORAIS, 2011, p.32).

Dessa forma, a terceira geração dos direitos fundamentais, passa-se ao entendimento que o capitalismo não pode ser superado e, por isso, deve ser reformado ou humanizado, a partir de uma nova posição do Estado, que deve garantir o equilíbrio entre o mercado e os benefícios sociais.

Quanto ao fundamento comum de tais direitos – fraternidade e solidariedade – para NABAIS, os direitos sociais podem ser denominados direitos de solidariedade, ressaltando que o terceiro termo presente da célebre divisa da Revolução Francesa, a fraternidade tem entendimento por “parte significativa dos autores a considera essencial por alcançar com sua constitucionalização, à busca de uma efetividade prática na esfera social com direitos sociais, os quais também podem ser designados por direitos da solidariedade” (NABAIS, 2005, p. 112).

Ao dizermos que a solidariedade se prende com o terceiro termo da célebre divisa da Revolução Francesa, isto é, com a fraternidade, constituído justamente os direitos que vieram concretizar esta idéia, os direitos de solidariedade, estamos a exprimir um certo entendimento da noção de solidariedade. Um entendimento que não se fica por uma dimensão fraca ou débil de solidariedade (2005, p. 113).

Para Ricardo Lobo Torres, o sentido que ambas as expressões são fungíveis, explicando que solidariedade substituiu no século XX o termo fraternidade, o qual, fruto célebre da Revolução Francesa, teria perdido vigor durante o século XIX, ressaltando que “[...] visualizada ao mesmo tempo como valor ético e jurídico, absolutamente abstrato, e como princípio positivado nas Constituições. É sobretudo uma obrigação moral ou um dever jurídico. Mas, em virtude da correspectividade entre deveres e direitos, informa e vincula a liberdade, a justiça e a igualdade”.

A partir dessas reflexões, verifica-se que a solidariedade seria a ação que deve ser praticada por aqueles na qualidade de fraterno, ou irmãos, configurando-se algo de novo, aberta aos temas emergentes do Estado Democrático de Direito. Nessa ótica, a ideia dos direitos de solidariedade refere-se, em especial, na utilização do Direito para o desenvolvimento social, direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade da Revolução Francesa com a fraternidade.⁵

Assim, a social democracia adotou um modelo de práxis reformista e não revolucionária. Apontam-se pelo menos três fatores pelos quais os sociais democratas rejeitaram essa práxis revolucionária: a violência total exercida pelos comunistas contra os partidos socialistas da Europa Oriental; a capacidade do sistema capitalista recuperar-se, embora tantas vezes dado por extinto; e as experiências fracassadas de uma economia planificada e abolição integral da propriedade privada, na qual foi aplicada pela primeira vez por Stalin na União Soviética (BOBBIO, 1998, p. 1191). Em função disso, Bobbio destaca:

A Social-democracia consegue estes resultados mediante a colaboração institucionalizada e permanente entre o Estado, as empresas e os sindicatos dos trabalhadores. É esta colaboração que vem a ocupar o lugar da intransigente luta de classes invocada pelo marxismo revolucionário. Trata-se de um sistema de condução da economia e da sociedade que em seu motivo inspirador – colaboração das classes sob a égide do Estado [...] (1998, p. 1191).

Com efeito, destaca-se a social democracia ao procurar atingir seus objetivos, partem de uma colaboração institucionalizada e permanente entre o Estado, as empresas e sindicatos de trabalhadores, isto é, substitui o termo de certo repúdio ideológico, a luta de classes, por um vínculo solidário de colaboração.

Destarte, na evolução histórica do Estado Moderno, observam-se mudanças paradigmáticas da relação de poder com esgotamento estrutural de cada concepção de Estado frente uma nova complexidade, em diferentes espaços e tempos. Assim, o fenômeno estatal se caracteriza pela relação política entre o poder e a liberdade, em que a “luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico” (BOBBIO, 2004, p.96).

Assim, observam-se as mudanças paradigmáticas do Estado Moderno, em que as gerações de direitos fundamentais estiveram entrelaçadas em discursos

⁵ Quanto ao fundamento comum de tais direito – fraternidade ou solidariedade – não há certo consenso entre os atores. BONAVIDES, fundamenta na fraternidade (p. 523). FERREIRA FILHO, prefere fixar o fundamento na solidariedade (p. 57).

humanísticos nas sociedades medievais para o absolutismo; do absolutismo para o Estado Liberal, um discurso burguês, porém calcado na dignidade humana na necessidade de adaptação à nova complexidade social; do Estado Liberal para o Estado Social, primeiramente com o discurso social socialista e da busca melhores condições de trabalho e na dignidade humana em combate a miséria social, e vindo a se estabelecer modernamente diante das consequências trazidas pelas duas Grandes Guerras. Por fim, contemporaneamente, concretizando a terceira geração de direitos fundamentais com fundamentação ética-moral de sua base antropológica.

Nesse sentido, as dificuldades maiores residem na identificação pura e simples da cidadania com um grupo social, cultural, político ou religioso; definida na especificidade de um grupo, com pretensões de universalidade. Todas as posturas de pretensões universalistas, resultam inviabilizando as práticas sociais baseadas no reconhecimento do “outro”. No entanto, com base na dignidade e nos valores de humanidade se densificam todos os direitos fundamentalizados pelos Estados Constitucionais (BERTASO, 2013, p. 15).

Nas condições históricas estabelecidas nas Constituições, a positivação de direitos fundamentais com fundamento universalista decorreu da dignidade da pessoa humana, na qualidade de valor intrínseco à condição humana. “Defende-se, nesta perspectiva, o mínimo ético irreduzível – ainda que se possa discutir o alcance desses ‘mínimo ético’ e dos direitos nele compreendidos” (PIOVESAN, 2011, p. 44).

Em fim, diante da complexidade social, verifica-se o Estado de Direito formar historicamente suas bases (Liberal, Social e Democrática) conjuntamente com o constitucionalismo, o qual é marcado pelo movimento social, político, jurídico e até mesmo ideológico, a partir do qual surgem em tempo e espaço em várias constituições nacionais, sendo o motivo das mudanças estruturais, imprescindivelmente ou ironicamente, os mesmos ocorridos em outras Constituições, isto é, a harmonização da eterna dicotomia entre o público e privado.⁶

Por fim, necessários e emergentes novos contornos jurídicos e políticos ao Estado Democrático de Direito, cujo escopo está em equilibrar a conturbada relação entre o liberalismo político (democracia) e a economia social (capitalismo). Neste aspecto, o objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário da terceira geração dos direitos fundamentais, em que “[...] a solidariedade agrega-se a ela compondo um caráter comunitário. Aqui estão incluídos problemas relativos à qualidade de vida individual e coletiva dos homens” (STRECK; MORAIS, 2008, p. 104). E, finalizando, os autores destacam que essa atuação do Estado “passa a ter um conteúdo de

⁶ Bobbio ressalta que juridicamente a dicotomia pública e privada, aparece pela primeira vez no Digesto, ingressando na história do pensamento político e social do Ocidente, convergindo a partir daí a se tornar “grandes dicotomias” recorrentes nas discussões das ciências sociais: sociedade de iguais/sociedade de desiguais; lei/contrato; justiça comutativa/justiça distributivas (BOBBIO, 1987, p. 13 – 20).

transformação do *status quo*, a lei aparecendo como um instrumento simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade” (2008, p. 104).

Assim, os direitos fundamentais de terceira geração não são direitos de defesa, nem direitos de participação, nem prestação, principalmente dirigidos ao Estado, mas formam um complexo de todos eles, intitulando-se como direitos circulares, ou melhor, “[...] são, ao mesmo tempo, bens comunitários que respeitam a todos – e aliás, não só a todos os vivos, mas ainda aos elementos das gerações futuras, na medida em que esteja em causa a sobrevivência da sociedade” (ANDRADE, 2004, p. 65).⁷

A partir do estudo realizado, passa-se no próximo tópico à análise da relação entre a tributação e a solidariedade social, a partir da Constituição Federal de 1988, conceituando solidariedade social como valor e princípio e sua relação com a tributação, identificando novos contornos de cidadania vinculados no reconhecimento do dever fundamental de pagar impostos.

2 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, SOLIDARIEDADE SOCIAL E TRIBUTAÇÃO

A solidariedade social pode ser caracterizada como uma categoria que se qualifica como valor ou como princípio.⁸ Na opinião de PACES-BARBA, a solidariedade social é um valor que se diferencia de outros valores constitucionais que fundamentam diretamente direitos, pois a solidariedade fundamenta indiretamente direitos, isto é, o faz por intermédio dos deveres (PACES-BARBA, 1995, p.280).

A ideia de solidariedade é um conceito fundamental da modernidade, mais especificamente de finais do século XIX e princípios do século passado, nas primeiras Constituições sociais como direito destinado a desenvolver políticas sociais, mas também constituindo sua afirmação jurídica constitucionalmente, estabelecendo não apenas um valor como também um princípio fundamental.

⁷ A aludida classificação foi ampliada, o que passou a prever uma quarta e até mesmo uma quinta geração de direitos fundamentais, porém ocorrendo controvérsias entre os doutrinadores acerca dos respectivos conteúdos e mesmo quanto aos seus fundamentos, assim não aludidas ao objeto do presente artigo.

⁸ Para o autor REALE, conceitua valores em um aspecto histórico-cultural, pois para o autor: “Os valores não são uma realidade ideal que o homem contempla como se fosse um modelo definitivo, ou que só possa realizar de maneira indireta, como quem faz uma cópia. Os valores são, ao contrário, algo que o homem realiza em sua própria experiência e que vai assumindo expressões diversas e exemplares, através do tempo” (REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 208).

Antes integra uma dimensão mais forte, a “solidariedade dos modernos”, a solidariedade como um princípio jurídico e político cuja realização passa quer pela comunidade estadual, seja enquanto comunidade política, seja enquanto comunidade social, quer pela sociedade civil ou comunidade cívica (NABAIS, 2004, p. 113).

Para TORRES, após indagar-se sobre a solidariedade como um princípio estruturante do ordenamento brasileiro, assevera como “[...] sendo um valor jurídico que aparece ao lado da liberdade, da justiça e da igualdade, projeta-se, como princípio, para o campo constitucional, em íntimo relacionamento com os princípios vinculados à liberdade, à justiça, e a segurança” (2005, p. 199).

Nessa ótica, a solidariedade social se expressa na Constituição como um valor ético-moral, que sob o viés da norma jurídica se expressa como um princípio fundamental entrelaçando e harmonizando o vínculo entre direitos e deveres como fundamento das políticas de cidadania.⁹

A solidariedade dos modernos, advinda da terceira geração dos direitos fundamentais, busca através da solidariedade vertical uma efetivação dos direitos humanos de segunda geração, ou seja, os direitos sociais consagrados constitucionalmente no Estado Social. Essa concepção de solidariedade se estabelece em uma relação do Estado *versus* cidadão e cidadão *versus* Estado, assim, há um vínculo dentro das relações de poder características das instituições estaduais.

Nesse sentido, a solidariedade vertical ou paterna, designa uma solidariedade pelos direitos, portanto, relaciona-se com a evolução estatal, estabelecendo um vínculo inicial de solidariedade no momento em que a pobreza deixou de ser um problema individual, fazendo com que se converta num problema social a ponto de mudar o paradigma do Estado ao exigir sua intervenção política.

Por isso, o vínculo de solidariedade do Estado busca a construção de um Estado Social, a qual exige uma estruturação que “não pode deixar de garantir a cada um dos membros da sus comunidade um adequado nível de realização dos direitos à saúde, à educação, à habitação, à segurança social, etc.” (NABAIS, 2005, p. 115).

⁹ DWORKIN, estabelece uma distinção entre princípios e políticas, conforme expõe “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral em algum aspecto econômico, político e social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.” (DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36).

Assim, se e na medida em que tais níveis de realização dos direitos sociais não estejam alcançados pelos próprios, participando através do exercício das suas liberdades e direitos, sobretudo de natureza econômica, na concreta economia de mercado, cabe ao Estado, por indeclinável exigência constitucional, realizar as prestações, em espécie ou em dinheiro, que assegurem esses níveis sociais (2005, p. 115).

Ademais, o indivíduo solidário ao Estado, destinatário da estruturação do bem comum, bem como reconhecendo “o outro” de forma fraterna, deve cumprir com seu dever fundamental de pagar impostos como um sentimento de pertença em uma comunidade, a partir do reconhecimento de sua importância para realização dos direitos fundamentais de cunho prestacional.

Destaca-se, ainda, no campo da solidariedade pelos direitos, vinculada a quarta geração dos direitos fundamentais, conforme expõe Nabais,

[...] a responsabilidade que a cada um cabe pela sorte e destino dos demais membros da comunidade ocorre sobretudo pela realização, de um lado, pelos direitos da já mencionada quarta geração constituída, num certo entendimento, tanto pelos direitos ecológicos em que sobressaem certos direitos coletivos, como pelos direitos de solidariedade intergeracional ou diacrônica que são basicamente deveres (2005, p. 114).

Com efeito, compreende-se a solidariedade vertical como um vetor ao desenvolvimento social, estabelecendo institutos jurídicos de políticas concretas, pragmáticas, cuja solidariedade intergeracional se apresenta como um caminho na consecução da tríade da Revolução Francesa, denominado por Juez Freitas, na concretização de um “Estado Socioambiental e Democrático de Direito”.

Em suma, este denominado Estado, por vocação e essência, por meio de políticas mediatas, tornar um Estado com desenvolvimento sustentável. Afirma-se, assim, que a própria constituição do poder estatal está alicerçada na ideia de solidariedade como vetor da sustentabilidade estabelecendo diretrizes ao princípio constitucional, em que:

[...] determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar (FREITAS, 2012, p. 41).

A partir dessa reflexão, afirma que “temos que pensar a médio e longo prazo e desenvolver estratégias que se estendam por essas escalas temporais. Existe a obrigação de considerarmos de que modo às políticas atuais tenderão afetar a vida dos que ainda não nasceram” (FREITAS, 2012, p. 43). Enfim, através da solidariedade intergeracional e suas dimensões ética e jurídica-política, demonstra-se uma perspectiva de sustentabilidade multidimensional como vetor estrutural da ordenação texto constitucional (2012, p. 55).

Compreende-se, dessa forma, com a solidariedade vertical, uma humanização como vínculo do Estado ao cidadão e vice-versa, como regras do agir-moral impositivo do Estado e do cidadão ao Estado. Neste passo, apresenta-se a solidariedade horizontal também denominada de solidariedade “fraternal”.

A solidariedade horizontal, efetivamente, é a concepção moderna de solidariedade vinculada pelos “deveres” fundamentais. Assim, como na solidariedade vertical, a horizontal possui sua relação com a positivação da terceira geração dos direitos fundamentais humanos, e nesta perspectiva a solidariedade pelos deveres não pergunta o que o Estado fez pelo cidadão, nem o que o cidadão fez pelo Estado, mas o que estes podem fazer para o Estado como um todo.

Infere-se, nessa ótica, que a solidariedade horizontal ou fraterna é a solidariedade pelos deveres, a qual estabelece dois lados de uma relação:

[...] em que de um lado estão os deveres fundamentais ou constitucionais que o Estado, enquanto seu destinatário direto, não pode deixar de concretizar legislativamente e, de outro lado, os deveres de solidariedade que cabem à comunidade social ou sociedade civil, entendida esta, em contraposição à sociedade estadual ou política, como a esfera de relações entre os indivíduos, entre os grupos e entre as classes sociais que se desenvolvem fora da esfera das relações de poder características das instituições estaduais (NABAIS, 2005, p. 115).

A partir dessa reflexão, afirma-se que os deveres do Estado de solidariedade estão intimamente ligados com o processo político, na busca de um melhor nível de estadualidade social a ser alcançada entre direitos sociais, econômicos e políticos. Por enquanto, esses direitos não exibem a eficácia própria dos direitos fundamentais e, em via de regra, não são garantidos na via judicial sem prévia lei formal, assim dependendo de um processo político.¹⁰

¹⁰ Dessa perspectiva, ressalta Nabais que a origem do surgimento do segmento cidadão solidário expõe que: “[...] é sobretudo uma expressão de um fracasso que é resultado tanto dos limites naturais que a escassez de meios coloca à realização estadual dos direitos econômicos, sociais e culturais, como do

Entretanto, a concretização da solidariedade social passa pela necessidade de criar seus valores esquecidos ou até nunca vistos na cultura fiscal brasileira, diante de um longo processo de colonização, na qual a concepção de pagar impostos, sempre teve um viés de arbitrariedade e confiscatório. Assim, o desafio da solidariedade social como política fiscal é estabelecer novos contornos jurídicos, políticos, porém desvinculados de ideologias e da permanente tensão entre o modelo capitalista e o projeto moderno social, estabelecendo diretrizes de um dever de cidadão na contribuição do bem comum.

Nesse contexto, os deveres fundamentais são os “deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem ser exigidos”. Como valores e bens objetivos são a expressão da soberania baseada na dignidade humana, sem o excessivo individualismo liberal, naturais da ideia de Estado de Direito (NABAIS, 2009, p. 64).

Compreende-se, com base em Nabais, a importância dos deveres fundamentais – termo utilizado pelo autor como sinônimo dos custos *lato sensu* dos direitos – demonstrando-o como a face oculta dos direitos fundamentais, isto é, a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada no Estado Moderno (NABAIS, 2007). Logo, referem-se à satisfação do ser humano enquanto elemento da sociedade, à mobilização do cidadão pelo bem comum.

O estudo de Nabais tem o sentido de mostrar sintonia com o momento atual, em que se faz um apelo muito forte à ideia de solidariedade, expondo que:

Uma ideia que, transitando do plano geral dos deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos para o plano mais particular dos custos financeiros públicos dos direitos, nos conduz forçosamente à conclusão de que todos os direitos fundamentais têm custos financeiros públicos. Por isso, do ponto de vista dos custos comunitários, que o mesmo é dizer do ponto de vista dos custos para os contribuintes, a tradicional e arraigada distinção dicotômica, quando não mesmo maniqueísta, entre direitos negativos ou direitos de liberdade e direitos positivos ou direitos de prestações, não faz o menor sentido. Na verdade, não obstante o enorme poder de atracção que vem exercendo sobre a doutrina, em virtude do potencial de simplificação, que como linguagem dicotômica ou binária inevitavelmente contém, sobretudo face à actual realidade jusfundamental em expansão quase até ao infinito, estamos frente a uma distinção praticamente inútil (NABAIS, 2007, p. 23).

seu retrocesso atual que o abrandamento do desenvolvimento econômico, de um lado, e o egoísmo pós-moderno, de outro, vieram suportar” (2005, p. 116).

Ou seja, a dicotomia das prestações positivas e negativas se encontra ultrapassada no atual momento social, já que tanto os direitos sociais, como os direitos civis e políticos, demandam do Estado prestações positivas e negativas, “sendo equivocada e simplista a visão de que os direitos sociais só demandariam prestações positivas, enquanto que os direitos civis e políticos demandariam prestações negativas, ou a mera abstenção estatal” (PIOVESAN, 2011, p. 93).

Essa distinção, porquanto, tornar-se inútil ao se depara com a “face oculta dos direitos fundamentais”, a qual busca, efetivamente, uma conscientização adequada dos deveres fundamentais e a importância e dependência para financiar os custos dos direitos, as quais como política de cidadania, se deve desmistificar “[...] que as ideias de liberdade e de solidariedade não se excluam, antes se completam” (2007, p. 24).

Por outro lado, a solidariedade do cidadão pelos deveres de buscar o bem comum, isto é, a efetivação dos direitos sociais passa por uma nova esfera social desvinculada com o Estado através da união das classes, grupos, indivíduos solidários que se encontram na esfera privada. Dessa forma, a solidariedade horizontal ou fraterna estabelece uma esfera social, ou seja, um espaço privado com interesse solidário ao público, os quais se manifestam por duas vias:

1) uma, concretizada na atuação espontânea dos indivíduos e grupos sociais, que nunca deixaram de atuar socialmente mesmo quanto o Estado social, apoiado no seu crescimento constante, chegou a julgar-se capaz de realizar todos os anseios dos seus cidadãos e substituir por inteiro a sociedade civil; 2) outra, expressa na solicitação e empenhamento do próprio Estado que, reconhecendo a sua incapacidade, mesmo quando atingiu a forma superlativa do Estado social, isto é, o Estado de bem-estar, se voltou para a sociedade civil (NABAIS, 2005, p. 116).

Nesta perspectiva, através do voluntarismo social, mobiliza-se um vínculo fraternal dos indivíduos na busca de concretizar os direitos sociais e humanísticos, os quais o Estado se encontra incapacitado de estabelecer. Pois, em face das exclusões sócias do mundo moderno, requerem não somente prestações pecuniárias ou em espécie do Estado, mas humanidade, conforme expõe:

[...] mais do que prestações pecuniárias ou mesmo em espécie do Estado ou outras instituições, o contato e o calor humanos que promovam a recuperação do sentido útil da vida, reconduzindo os excluídos ao seio da família, ao mundo do trabalho, ou ao exercício duma atividade útil inclusivamente em sede de voluntariado social (NABAIS, 2005, p. 117).

Percebe-se, portanto, um novo paradigma social, uma emancipação de cidadania que se vincula com a solidariedade social, estabelecendo uma geração solidária da cidadania, a qual “implica o empenhamento simultaneamente estadual e social de permanente inclusão de todos os membros na respectiva comunidade de modo a todos partilharem um mesmo denominador comum, um mesmo ‘chão comum’ [...]” (2005, p. 125).

Enfim, a participação social no tocante à solidariedade horizontal abre espaço público e privado para que o próprio Estado questione se políticas públicas estão realmente assegurando e favorecendo a todos os membros da comunidade ou se está apenas servindo para a criação de clientelismos ou manutenção do paternalismo, traçando uma conscientização de cidadania e construção prospectiva de uma nova cultura fiscal.

3 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE SOCIAL COMO FUNDAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO E DESENVOLVIMENTO SOCIAL

O Estado, enquanto garantidor e promotor de direitos, deve se valer de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social. Nesse sentido, o ente público necessita de receita, a qual é obtida pela tributação, também chamada de política fiscal ou arrecadatória. Esta serve para o Estado sustentar sua estruturação de serviços públicos, manter o seu aparato, que envolve os três poderes – Legislativo, Judiciário e Executivo – bem como promover políticas públicas (NABAIS, 2007).

Ademais, (MARTINS, 2006), entende que no aspecto do Estado promover políticas públicas sociais e econômicas como política tributária, a qual deve visar uma justiça fiscal, norteando a distribuição de recursos, buscando desenvolvimento econômico, promovendo o pleno emprego, atendendo às finalidades sociais, combatendo a inflação, etc.

Os autores Delgado Lobo e Gutiérrez Lousa, entendem que a política fiscal é o espelho social, compreendendo não somente as estruturas econômicas e políticas da atuação estatal, como também refletem as metas, fins, valores, atitudes e condutas da própria sociedade, assim refletindo da estrutura social o poder de uma comunidade politicamente organizada (LOBO; LOUSA, 2006, p. 200-202).

Logo, as políticas fiscais estabelecem diretrizes pré-determinadas constitucionalmente tanto pela solidariedade pela fiscalidade como pela extrafiscalidade.¹¹ Sem entrar em aspectos da seara tributária propriamente dita,

¹¹ Renato Lopes Becho, por sua vez, asseverou que a teoria dos valores aplicada ao direito tributário se situa no plano axiológico, isto é, indagar como os operadores do direito tributário se comportam,

como a questão da competência para os benefícios fiscais, isenção, prazo para entrada em vigor da lei, etc., se ficará atrelado ao aspecto da solidariedade pela fiscalidade e extrafiscalidade como indutora de políticas públicas de desenvolvimento e inclusão social, estimulando vínculos de cidadania e potencializando práticas do reconhecimento do “outro”, contribuindo com uma nova cultura fiscal na busca do bem comum.

Assim, a solidariedade pela extrafiscalidade¹², não encontra como objetivo direto a obtenção de receitas, mas sim mecanismo de controle e incentivo destinado aos Poderes Públicos, especialmente sob Poder Legislativo e o Poder Executivo, através de benefícios fiscais, como a faculdade de alterar, dentro de um limite legal, alíquotas, base de cálculo, conceder isenções para pessoas jurídicas para estimular o mercado em favor do Estado Social.

De outro lado, é de salientar que a extrafiscalidade se expande por dois grandes domínios, cada um deles traduzindo uma técnica de intervenção ou de conformação social por via fiscal: a dos impostos extrafiscais, orientados para a dissuasão ou evitação de determinados comportamentos (em que são de integrar os chamados agravamentos extrafiscais de impostos fiscais), e a dos benefícios fiscais dirigidos ao fenómeno, incentivo ou estímulo de determinados comportamentos (NABAIS, 2004, p. 630).

Assim, funcionam como forma indutora, quando estimulam ou reprimem comportamentos na economia através de incentivos ou de tributação mais elevada para, dentre outros exemplos, alíquotas altas de IPI para reprimir o tabagismo, o

ressaltando que “[...] uma verificação eminentemente ética pode buscar indagar quais ações são boas e quais são más nessa seara, oferecendo instrumentos para que as pessoas que operam com o tributo reflitam sobre suas atitudes. Estudos nesses termos podem ser úteis como ferramenta para que os políticos tomem decisões sérias no campo da tributação. (BECHO, Renato Lopes. Filosofia do direito tributário, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 282). Outrossim, o autor após demonstrar a importância da vertente das pesquisas na aplicação da solidariedade à tributação, ressalta que: “O novo no direito tributário brasileiro nos parece ser a identificação de outro valor: a solidariedade. Como dado axiológico ou como reconhecimento principiológico (jurídico), a solidariedade social, insculpida na Constituição Federal de 1988 (art. 3, I) como um dos objetivos a ser alcançado pela República Federativa do Brasil, começa a penetrar no terreno fiscal. [...] a respeito do princípio da solidariedade social na tributação, aponta para a identificação de um novo terreno a unir os domínios axiológicos e o subsistema jurídico-tributário”. (2009, p. 326-327).

¹² Caracteriza-se a extrafiscalidade dos impostos como: “[...] sendo a forma empregada pelo Estado, exclusivamente via tributação, para atingir fins não meramente arrecadatórios, mas preponderantemente ordinatórios, quer para incentivar determinados comportamentos, quer para desestimulá-los (impostos proibitivos), afastando-se eventuais efeitos confiscatórios”. (FURLAN, 1998, p. 133)

alcoolismo ou para incentivar, diminuindo alíquotas para contratação de deficientes físicos ou mesmo isenção de ISS ou IPI na compra de carros.

Destaca-se, a solidariedade pelo viés da extrafiscalidade, pois estabelece uma conexão direta com o princípio da dignidade humana, pois somente é possível afirmar que haja uma vida minimamente digna quando restar assegurada uma plataforma básica de direitos sociais (BUFFON, 2007, p. 123). Apresentam-se, dessa forma, como normas orientadas pela justiça social, que encontram abrigo através da cidadania, na medida em que consolidam políticas públicas de inclusão social.

Nesse panorama, as políticas fiscais através das imunidades destinadas às pessoas jurídicas de assistência social e demais benefícios fiscais estendidos pela função extrafiscal dos impostos, seja a interpretação ampliativa do princípio da solidariedade social pelo poder judiciário, em razão da exoneração destas pessoas jurídicas, já que cultivam e fomentam uma política de custeio do Estado social.¹³

Dessa forma, a solidariedade social pela fiscalidade se manifesta como densificador de cidadania, especialmente através da cidadania responsavelmente solidária, a qual se manifesta pela solidariedade na forma inversa (ausência de capacidade contributiva), na medida em que o instrumento imunizante das pessoas jurídicas, refletem em vínculos solidários de obtenção de receitas, especialmente entidades de assistência social e educacional.

Nesse contexto, a redação do dispositivo da alínea “c”, do inciso VI do artigo 150 da Constituição Federal de 1988 estabelecendo que sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, a vedação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda e serviços sobre quatro pessoas jurídicas, quais sejam: os partidos políticos, inclusive suas fundações, as entidades sindicais dos trabalhadores, as instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.¹⁴

Dessa forma, o legislador constituinte insere aos beneficiários, requisitos de legitimação constantes no artigo 14 do Código Tributário Nacional (CTN), tais como proibição de remessa de valores ao exterior, manutenção da escrituração contábil em dia e proibição da distribuição do lucro com os mantenedores da

¹³ Acrescenta-se, nesse sentido, que a imunidade, sob a égide da CF/88, recebeu regulamentação específica em diversas leis ordinárias, a saber: Lei nº 9.532/97 (regulamentando a imunidade do art. 150, VI, “c”, referente aos impostos); Leis nº 8.212/91, nº 9.732/98 e nº 12.101/09 (regulamentando a imunidade do art. 195, § 7º, referente às contribuições), cujo exato sentido vem sendo delineado pelo Supremo Tribunal Federal.

¹⁴ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] VI - instituir impostos sobre: [...] c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.”.

instituição¹⁵ Partindo-se dessas premissas, importante para o presente objeto de estudo é a desoneração da última pessoa jurídica, isto é, a imunidade das entidades de assistência social. Estas são entidades estruturadas como entes paraestatais, em que prestam atividades de interesse público, por iniciativa privada e sem objetivo de lucro.

Ocorre, dessa forma, a relativização do dever fundamental de pagar impostos, na qual encontra justificativa pela solidariedade social, pois estas instituições de assistência social auxiliam o Estado (art. 204, II, CF)¹⁶ na densificação dos direitos humanos inalienáveis e na assistência dos direitos sociais (art. 6, CF)¹⁷, estabelecendo um espaço público-privado, um espaço social como lócus de cidadania participativa. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 939 (DJ 18.03.1994), a qual reconheceu que a imunidade tributária (artigo 150, VI, c, parágrafo 4º e artigo 195, parágrafo 7º) como instrumento para salvaguardar a solidariedade social, expondo que:

Se trata de instituições privadas que praticam atos de filantropia e assistência social (recondutíveis em última instância ao conceito de solidariedade) e atendem os requisitos definidos em lei complementar, encontra-se plenamente justificado que tais atividades se vejam protegidas do dever de contribuir, já que sua própria atividade atine de uma maneira direta os resultados visados pela arrecadação de impostos (DJ 18.03.1994, p. 255).

Outrossim, no Recurso Extraordinário 325.822 (DJ 14.05.2004, p. 271), o Ministro Sepúlveda afirmou que as atividades privadas de assistência social devem

¹⁵ Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas: I – não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título; (Redação dada pela Lcp nº 104, de 2001); II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais; III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão. § 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício. § 2º Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo, previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

¹⁶ Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: [...] II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis

¹⁷ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

ser estimuladas, pois atuam em área em que o Estado brasileiro mostra-se deficiente. Notadamente, não se trata de uma desvinculação do Estado como executor de políticas públicas, justamente porque o caráter interventor do Estado possui uma capacidade de solidariedade social muito ampla e com perspectivas para o futuro.

Assim, já existindo instrumentos jurídicos suficientes no ordenamento pátrio, destaca-se a importância da relação ética-moral fiscal para estabelecer uma nova visão da esfera social brasileira, como sustenta Resta: “insistir sobre essas outras visões dos ‘códigos fraternos’ não é indulgência no sentido de uma ingenuidade destinada a sucumbir na luta ímpar contra o realismo: é somente uma tentativa de valorizar possibilidades diferentes” (2004, p. 15). Ademais, o autor contextualiza que:

Enfim, trata-se de um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos ‘lobos artificiais’ ou dos poderes informas que à sua sombra governam e decidem. Fala-se, portanto, de uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas (RESTA, 2004, p. 15-16).

Em fim, não é mais suficiente uma análise apenas da estrutura do ordenamento jurídico, com a concepção de que o “Direito” é um mero instrumento de controle social, ou seja, de manutenção da ordem vigente. Ao contrário, procurou-se consignar que o Direito é instrumento também de direção social, ou seja, o Direito voltado ao desenvolvimento como promotor de mudanças sociais que ajudem o Estado a atingir o bem comum.¹⁸

¹⁸ Isso se impõe, porque, como constata RESTA: [...] se há um espaço para apostar em favor da humanidade, esse deve ser buscado exatamente nela, colocada em questão a teologia da humanidade: apenas através do horizonte de uma humanidade reenviada e restituída a si mesma, sugere Koselleck, é possível nela investir. Começando, com efeito, a partir da principal diferença que vive paradoxalmente à sua sombra e que Freud havia demonstrado: aquela do amigo-inimigo. ‘Quem faz da paz um conceito superior em relação a amigo-inimigo deve, igualmente, partir da premissa de que a paz requer ao menos dois sujeitos que estejam em condições de concluí-la e que a querem. Não que não queiramos a paz. É que cada um quer a sua. Até quando os grupos humanos ativos se excluírem e se delimitarem, existirão conceitos antitéticos e técnicos de negociação’ (2004, p. 51).

CONCLUSÃO

Portanto, como já alertado, não se buscou identificar a normatividade em matéria tributária, mas apresentado à tributação enquanto política pública, sob o viés da solidariedade como fundamento da terceira geração dos direitos fundamentais, apresentando suas diretrizes como políticas fiscais e demonstrando a possibilidade do Estado incentivar a cidadania e potencializar a prática do reconhecimento do “outro”.

Abordaram-se vários pontos, como o constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais, identificando suas limitações tanto pelo individualismo da primeira geração e o universalismo da segunda geração, os quais inviabilizaram as práticas sociais baseadas na alteridade.

Como solução desta limitação, analisou-se a tributação e a solidariedade social, a partir da Constituição Federal de 1988, conceituando solidariedade social como valor e princípio e sua relação com a tributação, conscientizando novos contornos de cidadania vinculados no reconhecimento do dever fundamental de pagar impostos. Essa conscientização, parte-se da afirmação de que todos os direitos geram despesas, esquecendo-se ideologias, humanizando a relação jurídica tributária, assim potencializando práticas do reconhecimento do “outro”, para o fim de comunicação ética-moral com a sociedade ao compromisso com o seu dever constitucional: o pagamento de imposto.

Por conseguinte, se tratou de alguns aspectos sobre as políticas fiscais vinculadas à solidariedade social prospectivas de modulação da cultura fiscal para um futuro ao bem comum, demonstrando a tributação com outro mote, além da política arrecadatória, de renúncia de receitas para a promoção de políticas públicas de inclusão social, o que perpassa por uma nova esfera social desvinculada com o Estado através da união das classes, grupos, indivíduos solidários que se encontram na esfera privada.

Assim, o papel do “Direito” é estabelecer vínculos de desenvolvimento social adequado à realidade cultural brasileira e que acompanhe a complexidade social brasileira e mundial. Assim, resta claro que a sociedade/Estado façam parte do capitalismo e da necessidade de políticas neoliberais, porém dentro do espaço público-privado brasileiro, pode-se fazer a diferença se estabelecidos vínculos sociais solidários.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BECHO, Renato Lopes. **Filosofia do direito tributário**, São Paulo: Saraiva, 2009.

BERTASO, João Martins. **Cidadania e direitos culturais: a tutela judicial das minorias e hipossuficientes no Brasil**/ João Martins Bertaso, André Leonardo Copetti Santos. – Santo Ângelo: FuRI, 2013.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 1909 – A era dos direitos/ Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Trad. Daniela Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto, 1909-, **Dicionário de política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Fianfranco Pasquino. Trad. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; ver. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. Obra em 2v.

BOBBIO, Norberto, 1909-, **Dicionário de política** / Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Fianfranco Pasquino. Tradu. Carmen C. Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; ver. Geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 13ª ed., 2010. V.1.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral de política**. trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOMFIM, Manuel. **A América Latina: males de origem**. Rio de Janeiro: Centro edelstein de pesquisas sociais, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade no 939, DF. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 18 de março de 1994. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=939&processo=939>. Acesso em 01 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário no 325.822, do Estado e São Paulo, Brasília, DF, 14 de maio de 2004, p. 271. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo295.htm>>. Acesso em 01 fev. 2017.

BUFFON, Marciano. **A tributação como instrumento de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 2007.

DELGADO LOBO, Maria Luisa; GUTIÉRREZ LOUSA, Manuel: **El espejo fiscal y su reflejo social**. In: GALINDO MARTÍN, Miguel Ángel (org.). Ética y economía. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLICKINGER, Hans-Georg. **Entre caridade, solidariedade e cidadania: história comparativa do serviço social Brasil/Alemanha**. Organizado por Hans-Georg Flickinger.- Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GODOI, Marciano Seabra de. **Tributo e solidariedade social**. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005.

HOLSTON, James. **Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**. Trad. Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KRELL, Andreas J. **Direito Sociais e controle no Brasil e na Alemanha. Os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos e Cidadania: à luz do novo direito internacional** / Valério de Oliveira Mazzuoli. – Campinas: Minelli, 2002

MORAIS, José Luis Bolzan de. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo**. Coimbra: Almedina, 2009.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, p.153-181, out./dez. 2007.

NABAIS, José Casalta. **Solidariedade social, cidadania e direito fiscal**. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Curso de Derechos fundamentales: Teoría general**. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

PIOVESAN, Flávia. **Proteção e justiciabilidade dos Direitos sociais nos planos internacional e constitucional**. In: TORRES, Ricardo Lobo; BARBOSA, Ana Paula Fohrmann (orgs.). *Estudos de direito público e filosofia do direito: um diálogo entre Brasil e Alemanha*, 2011.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**/ Eligio Resta; tradução e coordenação, Sandra Regina Marini Vial – Santa Cruz do Sul – EDUNISC, 2004.

RODAS, Francisco Cortés; RAMÍREZ, Felipe Piedrahita. **De Wesfalia a Cosmopolis: soberania, ciudadanía, derechos humanos y justicia económica global**, 1 st ed, Siglo Del Hombre Editores S.A., 2011.

SACCHETTO, Cláudio. **O dever de solidariedade no direito italiano: o ordenamento italiano**. In: GODOI, Marciano Seabra de; GRECO, Marco Aurélio (Coord.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; Morais, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TIPKE, Klaus. **Moral tributária do Estado e dos contribuintes**. Trad. Luiz Dória Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **A cidadania multidimensional na era dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. Volume V. O Orçamento na Constituição. 3ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro. Renovar, 2006.

KEYNES, John Maynard. **A teoria geral do emprego, do juro e da meda**. Trad. Mário R. Cruz. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL E A REFORMA PSIQUIÁTRICA NO BRASIL: POLÍTICAS PÚBLICAS DE CULTURA DE PAZ E CIDADANIA

Carhla de Oliveira Alves¹

André Leonardo Copetti Santos²

“¿Quantas guerras terei que vencer por um pouco de paz?”

RESUMO

A humanidade convive com a loucura há séculos, mas nem sempre ela foi tratada como um tema médico. Inicialmente, a loucura era considerada como uma expressão de uma manifestação divina. No entanto, a loucura foi estigmatizada, marginalizada e segregada, tendo em vista que cada período histórico produziu e legitimou mecanismos de marginalização, exclusão e segregação de determinadas categorias sociais. Dessa forma, questiona-se: Até quando a loucura será tratada como uma anomalia e a segregação como a única possibilidade? O objeto de análise da presente pesquisa é demonstrar a ressignificação da loucura, assim como os objetivos e impactos da Reforma Psiquiátrica - Lei 10.216/01 - na busca pela garantia da dignidade humana e, conseqüentemente, concretização da cidadania dos pacientes mentais. A metodologia de abordagem é o hipotético-dedutivo, e o procedimento consistirá em uma revisão bibliográfica em fontes variadas, a partir de livros, revistas, artigos, e análises comparativas.

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito Mestrado e Doutorado, pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo - RS. Bolsista CAPES no programa acima referido. Pós-graduada em Direito Eleitoral pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogada voluntária no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS), especificamente no Grupo Anti-Manicomial de Atenção Integral (GAMAI). E-mail: carhlaalves@hotmail.com.

² Pós-Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) e pós-doutorando pela Universidade de Santiago do Chile (USACH). Possui mestrado (1999) e Doutorado (2004) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1988). Atualmente é professor do corpo permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIÚJÚ, IJUÍ, RS e do Programa de Pós-Graduação em Direito da URI, Santo Ângelo, RS. Coordenador Executivo do PPGD/URISAN. Editor da Revista Científica Direitos Culturais. Membro fundador da Casa Warat Buenos Aires e da Editora Casa Warat. Livros e artigos publicados nas áreas de direito penal, direito constitucional, teoria do direito e ensino jurídico. Advogado criminalista. Email: andre.co.petti@hotmail.com.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Políticas Públicas; Loucura; Reforma Psiquiátrica; Cidadania.

INTRODUÇÃO

A humanidade convive com a loucura há séculos, mas nem sempre ela foi tratada como um tema médico. Inicialmente, a loucura não era representada de forma negativa, tendo em vista que era considerada como uma expressão de uma manifestação divina. No entanto, a loucura foi sendo associada a estigmas e vista como algo negativo, até mesmo marginalizada, por não se enquadrar nos padrões morais vigentes, passando a ser segregada. Na atualidade, tem-se a internação dos portadores de sofrimento psíquico em regime, ainda, manicomial, e sua evidente violação aos direitos humanos.

Em decorrência da estigmatização e criminalização da loucura, no final da década de 70 iniciou-se no Brasil o movimento Antimanicomial, com o intuito de redemocratização do país e na mobilização político-social da época. Importantes acontecimentos, em 1989, impulsionam a Reforma Psiquiátrica Brasileira. Consequentemente, origina-se a Política de Saúde Mental, cujo escopo está em garantir o cuidado ao paciente com transtorno mental, a partir de serviços substitutivos em hospitais psiquiátricos como forma de superar a lógica da internação.

Entende-se que é importante pensar e questionar as formas vigentes de tratamento ofertado ao paciente enclausurado em instituições, tendo em vista que sua inimizabilidade lhe custa um valor subjetivo muito grande: a possibilidade do sujeito não se responsabilizar por seus atos, bem como, a marca da periculosidade, punição que compromete as condições de manter seus laços sociais. Portanto, a justificativa da presente pesquisa encontra-se em desvendar os contrastes entre a lei e a prática. Até quando a loucura será tratada como uma anomalia e a segregação como uma necessidade? O objeto de análise da presente pesquisa é demonstrar a ressignificação da loucura e os objetivos e impactos da Reforma Psiquiátrica - Lei 10.216/01 - na busca pela garantia da dignidade humana e, consequentemente, concretização da cidadania dos pacientes mentais.

Para o objetivo deste estudo se requer ainda, como método de abordagem o hipotético-dedutivo. O método de procedimento utilizado nesse artigo consistirá em uma abordagem bibliográfica em fontes variadas, a partir de livros, revistas, artigos, e análises comparativas, a pesquisa compreenderá também compilação de dados e informações e análise dos mesmos.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A HISTÓRIA DA LOUCURA

É necessário traçar uma breve linha do tempo para entender a história da loucura, pois antes de se tornar um tema médico, o louco habitou o imaginário de diversas formas, por não se enquadrar nos preceitos morais então vigentes. Era visto como um enigma para a sociedade, pois ameaçava os saberes constituídos até então sobre o Homem.

A História da Loucura³, de Michel Foucault, é a base para entender o processo de transformação da loucura em doença mental e, conseqüentemente, seu encarceramento na Idade Clássica. Foucault apresenta a loucura desde o renascimento até sua concretização na sociedade, bem como a transformação de como o ser humano passou a lidar com a loucura com o passar dos séculos, e também o modo que a loucura foi encarada pela razão.

Entre a Idade Média e o final das Cruzadas, o maior enfoque de exclusão era sobre o leproso. A doença começou a se espalhar e se multiplicar por toda a Europa, e inúmeros estabelecimentos, conhecidos como leprosários, precisaram ser construídos para abrigar tantos doentes. Como consequência dessa segregação, a lepra acaba desaparecendo mais tarde, após o fim das Cruzadas, deixando sem utilidade os leprosários.

Desaparecida a lepra, apagado (ou quase) o leproso da memória, essas estruturas permaneceram. Frequentemente nos mesmos locais, os jogos da exclusão serão retomados, estranhamente semelhantes aos primeiros, dois ou três séculos mais tarde. Pobres, vagabundos, presidiários e “cabeças alienadas” assumirão o papel abandonado pelo lazarento, e veremos que salvação se espera dessa exclusão, para eles e para aqueles que os excluem (FOUCAULT, 2008, P. 6).

Portanto, com o fim da lepra, as estruturas onde os leprosos eram mantidos permaneceram como um lugar de exclusão, porém de outra “classe”, que serão encaminhados aos antigos leprosários em busca da “salvação”. Inicialmente, a lepra foi substituída por doenças venéreas, “eles logo se tornam tão numerosos que é necessário pensar na construção de outros edifícios, em lugares espaçosos da cidade e sem vizinhança” (FOUCAULT, 2008, P. 7), mas não por muito tempo, tendo em vista que se tratava de uma doença médica. Conseqüentemente os leprosários

³ Referência no entendimento do processo de transformação da loucura em doença mental e de seu encarceramento nos asilos. Desde o lançamento, em 1961, esse livro tem recebido críticas que ora versam sobre seus dados estatísticos e históricos, ora contestam a proposta do projeto. Uma das críticas mais famosas foi a de Jacques Derrida. Por causa dessas críticas, Foucault, ao reeditar a *História da loucura*, em 1972, retirou o prefácio da primeira edição (1961) e acrescentou, a título de resposta, dois apêndices, além de escrever um novo prefácio desqualificando nem tanto o prefácio extirpado, mas todos os prefácios de todos os livros.

continuaram vazios por mais um período, em busca de uma nova representação, de um novo imaginário social, capaz de ocupa-lo.

Os loucos habitavam normalmente o mesmo espaço social que as pessoas consideradas “normais” no início do século XVIII. No princípio não existia a necessidade de segregação da loucura, pois esta era considerada como uma particularidade do ser humano era constituída como um erro, falha da razão, ou ilusão (FOUCAULT, 2008). Ocorre que, segundo Foucault, na Idade Clássica os insanos passaram a ocupar o lugar de exclusão que antes, durante a Idade Média, era ocupada pelos leprosos. Quando a ameaça que a lepra causava foi afastada, os espaços físicos, leprosários, bem como os espaços sociais e ideológicos, vieram a ser preenchidos pelos loucos. Mudou-se, então, o enfoque de exclusão.

O conceito de loucura era restrito, definia-se a partir do aspecto físico e comportamental da pessoa, não existindo, ainda, avaliação médica para constatar ou não o diagnóstico. Não existia o estigma de doente mental, a loucura era entendida como uma expressão das forças da natureza. O louco era considerado uma pessoa possuída por espíritos demoníacos, ou por manifestações paranormais, os quais precisavam ser tratados pela Igreja, a partir de rituais e rezas. Ou seja, percebe-se que em alguns momentos foram marcados pela exclusão e, em outros, por piedade.

Entretanto, é a partir do início da Renascença que a loucura deixa de ser considerada uma particularidade do ser humano, e de ter relação com a natureza ou forças divinas. A partir desse momento a loucura é vinculada a não razão e, conseqüentemente, o louco passa a ser um infringente da moral. Ou seja, a loucura ganha um caráter moral, e os loucos não podiam mais ocupar os espaços sociais como antes. Observa-se, desse modo, que por meio de medidas repressivas que esse “problema social” veio a ser resolvido.

A loucura foi silenciada, sendo retirada de circulação, processo que Foucault nomeou de Grande Internação, deslocando o foco de análise para a economia capitalista como principal causa de exclusão. Segundo Foucault o fenômeno da internação iniciou ainda no século XV em toda a Europa, mas foi somente no século XVII que veio a atingir seu ápice. Devido as guerras religiosas e ao enfraquecimento da economia muitos artesãos, camponeses, doentes, ficaram incapazes de gerir seu próprio sustento, gerando miséria.

Conseqüentemente essa classe de desempregados começa a ser recolhida, capturada e internada em casas de detenção, “As oscilações do capitalismo marcaram o maior ou menor número de pessoas internadas, as estruturas de internação cumpriam um papel significativo na sociedade, ao encarcerar os pobres, oferecer mão de obra barata nos tempos de pleno emprego” (GAMA, 2012, p. 142).

O período compreendido entre os séculos XVI e XVII caracterizou-se pela evolução do processo capitalista mercantilista para o industrial, ou seja, essa fase se distinguiu por três fenômenos, quais sejam: a estruturação do Estado, a urbanização e a industrialização (AMARANTE, 2003). Consequentemente, o capitalismo deu um novo sentido ao indivíduo. A pobreza passou a fazer parte da realidade europeia, e coube ao Estado encontrar respostas para a questão social, passando a criar instituições com o objetivo de abrigar as pessoas desempregadas, doentes, inválidas.

O processo de exclusão veio a se consolidar com a criação de hospitais gerais, permeados por valores morais, um local destinado ao erro, que segregava os indesejáveis do convívio social e familiar. Eram locais não médicos, administrativos, e semijurídicos, não tinham o objetivo de tratamento, mas sim de aprisionar, castigar, corrigir, e capturar os indesejáveis. Aprisionavam indivíduos sem trabalho, os pobres da cidade. Segundo Castel, os hospitais gerais tratavam-se de “uma instituição totalitária onde reinam as leis do universo concentracionário, mas sem tecnologia hospitalar específica” (1978, p.65). A Criação do Hospital Geral de Paris, em 1656, e a criação de casas de correção, foram o marco do fenômeno denominado por Foucault como Grande Internação, que não se refere apenas ao enclausuramento da loucura, mas de todos indesejáveis pela sociedade na época. A internação tinha como objetivo combater o ócio, pois a ociosidade era considerada um vício abominável pela Igreja Católica, enquanto o trabalho era moralmente correto.

O papel da família na exclusão do louco remonta desde o século XVII, quando surgiram os primeiros hospitais em Paris, o Bicêtre e Salpêtrière, “para ser considerado louco era suficiente ser abandonado, miserável, pobre, não desejado pelos pais ou pela sociedade” (SZASZ, 1978, p. 42). Nesse sentido, Szasz pondera que:

(...) os filhos de artesãos e os outros habitantes pobres de Paris, até a idade de 25, que tratam mal seus pais ou que por preguiça se recusam a trabalhar, ou, no caso das meninas, estiverem levando uma vida de libertinagem, ou em evidente perigo de serem pervertidas, devem ser encarcerados, os rapazes no Bicêtre, as moças no Salpêtrière. Essa ação deveria ser executada a partir da queixa dos pais, ou se estes estivessem mortos, dos parentes próximos ou do pároco (SZASZ, 1978, p. 42).

A doença mental foi construída de forma nociva, de modo que a única forma de proteger a sociedade e impedir a desintegração das instituições é a partir da psiquiatria. O louco é estigmatizado como alguém violento, e ao estar à margem da sociedade, acaba por se tornar um indigno de ter uma vida em comum com os ditos “normais” (SZASZ, 1978).

Nesse sentido, o mundo da loucura acaba por se tornar o mundo da exclusão, “estas casas não tem vocação médica alguma; não se é admitido aí para ser tratado, mas porque não se pode ou não se deve fazer mais parte da sociedade [...] o internamento foi ligado nas suas origens e no seu sentido primordial a reconstrução do espaço social” (FOUCAULT, 1994, p. 79). As pessoas portadoras de transtorno mental passaram a ser confinadas nos porões das Santas Casas e nos Hospitais Gerais, juntamente como os “anti-sociais”. Dessa forma:

O mercantilismo dominava o pressuposto de que a população era o bem maior de uma nação, devido ao lucro que podia trazer. Daí, todos aqueles que não podiam contribuir para o movimento da produção, comércio e consumo, começam a ser encarcerados, sob a prerrogativa do controle social a tudo que fosse desviante. Velhos, crianças abandonadas, aleijados, mendigos, portadores de doenças venéreas e os loucos passam a ocupar verdadeiros depósitos humanos (ALVES, 2009, p. 86).

A loucura passou a ser segregada no século XVII, sem o objetivo de cura ou tratamento, mas sim por fazer parte de uma parcela significativa daqueles que não trabalhavam, ou perturbavam a ordem pública. Os loucos e os que não se enquadravam no processo produtivo da Europa, assim como todos que eram considerados como uma ameaça à ordem, foram segregados.

O século XVII e XVIII teve como destino de todos os loucos o hospital. Os hospitais, durante esse período, ainda não tinham nenhuma função médica ou de cura. Na realidade, tinham a finalidade de “assistência”, retirando de circulação das cidades os indesejáveis, o objetivo de sua existência era enclausurar aquilo que a sociedade não queria ver e não poderia lidar: a desrazão. Tal processo de exclusão social era visto com naturalidade, além do mais, desresponsabilizava a sociedade pelos maus-tratos ocorridos nos hospitais gerais, práticas violentas, e até mesmo por aterrorizar os confinados. E foi assim que a loucura foi assumindo o papel de periculosidade e agressividade diante do imaginário social.

Essa situação só começou a mudar a partir do final do século XVIII, com o processo de transição do feudalismo para o capitalismo, ou seja, foi um período marcado por transformações econômicas, políticas e sociais. A Revolução Francesa e a Revolução Industrial substituíram o trabalho artesanal pelo trabalho assalariado, momento em que surgem novos atores sociais, quais sejam, burguesia, classe média e o proletariado (HOBBSAWN, 1997), consequentemente a população de excluídos passou a ter importância em um novo mercado de trabalho, e nas concepções de cidadania, liberdade e igualdade. O surgimento da Era Moderna trouxe novas concepções nas formas de organização social e econômica, enquanto nas instituições fechadas sobram os loucos.

Em paralelo a esses acontecimentos a ciência adquiriu o status de verdade, e a loucura passou a ser considerada como uma alienação, e logo em seguida como uma doença mental. Com a construção de um saber positivo sobre a loucura, esta deveria ser, agora, estudada e tratada. Segundo Foucault, a psiquiatria se constituiu nesse período revolucionário Francês com seu projeto igualitário embasado na cidadania plena. As instituições passaram a predominar o olhar médico científico, transformando a loucura em doença mental, passível de um tratamento.

Somente a partir da Revolução Francesa, com os ideias de liberdade, igualdade e fraternidade, bem como a declaração dos Direitos Humanos, que as internações arbitrárias passaram a serem denunciadas. Nenhum cidadão mais seria encarcerado, a não ser o louco, tendo em vista serem pessoas perigosas, já que o imaginário social conferiu a estes o rótulo de periculosidade, que não poderiam conviver em sociedade.

A psiquiatria, por sua vez, nasce no século XVIII, quando foi conferido ao médico a incumbência de cuidar da parcela excluída do meio social, todas as espécies de indivíduos cujas condutas não se enquadravam com a moral da época. A psiquiatria começou a ganhar espaço, propondo uma forma de tratamento moral e um local adequado para os doentes mentais. Phillipe Pinel (1745-1826)⁴, conhecido como pai da psiquiatria, conferiu aos hospitais gerais um caráter terapêutico, e em 1793 foi designado médico chefe do hospital Bicêtre. Esse movimento de apropriação da loucura pela medicina tinha na figura de Pinel sua principal expressão. É nesse momento que ocorre o “Gesto de Pinel”, quando este desacomoda os alienados, momento em que o médico “liberta a loucura dos grilhões”.

Pinel trouxe mudanças significativas no pensamento médico de seu tempo. É quando acontece o nascimento do manicômio. Pinel rompe com a tradição demoníaca da loucura e passa a considerá-la como doença mental, pois acreditava que o louco precisava de cuidados, remédios e, principalmente, apoio das outras pessoas. Várias experiências e tratamentos são desenvolvidos e difundidos pela Europa. É nesse momento que surge a primeira revolução psiquiátrica, fazendo com que o século XIX fosse considerado o século dos manicômios, tendo em vista a quantidade de hospitais psiquiátricos que, em decorrência da loucura, foram construídos.

⁴ O Tratado Médico-Filosófico sobre a Alienação Mental ou a Mania. Diante das precárias condições em que os alienados se encontravam, Pinel solicitou autorização à Assembleia Nacional para retirar as correntes dos pacientes, tratamento usual para os doentes mentais. Tal gesto e sua teoria foram contestados por muitos autores, mas bastante referido como mérito do médico francês: “libertando a loucura dos grilhões”. Foi o principal precursor do processo de mudança que possibilitou o surgimento do alienismo na sociedade moderna. Ele integrou a corrente que constituiu o saber psiquiátrico por meio da observação e análise sistemática dos fenômenos perceptíveis da doença.

O tratamento nos manicômios, defendido por Pinel, baseia-se principalmente na reeducação dos alienados, no respeito às normas e no desencorajamento das condutas inconvenientes. Para Pinel, a função disciplinadora do médico e do manicômio deveria ser exercida com firmeza, porém com gentileza. Permanecem as ideias corretivas do comportamento e dos hábitos dos doentes, porém como recursos de imposição da ordem e da disciplina institucional. No século XIX, o tratamento ao doente mental incluía medidas físicas como duchas, banhos frios, chicotadas, máquinas giratórias e sangrias.

No momento que a loucura passou a ser vista como uma patologia, a psiquiatria se constituiu como saber científico, enquanto o manicômio se tornou o local apropriado para o tratamento da doença mental. Cabe ressaltar o fato de que a loucura ganhou o *status* de doença mental em meio ao momento que o capitalismo emergia como modo de produção. Ocorre que os loucos, agora doentes mentais, por não trabalharem, não preenchiam os requisitos necessários para conviver na sociedade capitalista, portanto deveriam ser excluídos, confinados nos manicômios, até que pudesse retornar ao convívio social, integrando, finalmente, o mercado de trabalho. Percebe-se a proposta do manicômio como local apropriado de cura, onde o isolamento e tratamento eram indissociáveis.

No entanto, na virada do século XVIII para o século XIX, mudou-se a forma de se pensar acerca das causas da loucura, mas o manicômio se perpetuou, agora de forma ainda mais violenta, deixou de ser um instrumento de cura, passando a ser um verdadeiro local de depósito das diferentes formas de loucura, o que consequentemente, em nome da ciência, se impuseram as mais diversas formas de violência.

O modelo fechado e autoritário continuou presente nos manicômios, fazendo surgir uma nova proposta, uma ilusão de liberdade, como resposta a essas críticas, que se deu por meio da criação de colônias de alienados. Tinham como objetivo neutralizar as denúncias de superlotação, aprisionamento e violência presentes nos hospícios, assim como transformar o modelo assistencial:

As colônias atualizam, então, o compromisso da psiquiatria emergente com a realidade do contexto sócio-histórico da modernidade. Na prática, o modelo das colônias serve para ampliar a importância social e política da psiquiatria e neutralizar parte das críticas feitas ao hospício tradicional. No decorrer dos anos, as colônias, em que pese seu princípio de liberdade e de reforma da instituição asilar clássica, não se diferenciam dos asilos pinelianos." (AMARANTE, 1995, p. 28)

Entretanto, tais tentativas foram insuficientes. Após a 2ª Guerra Mundial surgiram os primeiros movimentos que buscavam uma transformação que fosse

realmente efetiva, na Europa e nos Estados Unidos, pois os manicômios passaram a sofrer críticas aos atos violentos de tratamento da loucura, passando a buscar alternativas e formas de transformação realmente eficazes.

2 A LOUCURA NO BRASIL

Durante o Brasil Colônia a assistência aos doentes era extremamente precária, sendo que a maior parte dos cuidados era prestada por curandeiros. Na época não havia especialistas em psiquiatria, sendo que cabia aos hospitais da Irmandade da Santa Casa abrigar e tratar os enfermos. Até o século XVIII a figura dos hospitais se confundia com albergues que acolhiam doentes. Foi somente a partir do final do século XVIII e início do XIX que a medicina avançou. É nesse momento que a assistência a loucura passou a se tornar um tema médico, inspirado na França, e nas mudanças feitas Pinel (MIRANDA-SÁ JR., 2007, p. 156).

O tratamento da loucura era realizado, inicialmente, em hospitais e instituições religiosas, por meio dos saberes do senso comum. Somente no século XIX que a psiquiatria começa a se desenvolver no país, com a criação do primeiro curso de medicina, inspirado nos tratamentos europeus.

Partindo da necessidade de purificação do espaço urbano, existia a ideia de se criar um espaço adequado de recolhimento dos loucos que se encontravam nas dependências da Santa Casa de Misericórdia ou nas ruas da cidade do Rio de Janeiro. Foi o Hospício Dom Pedro II, em homenagem ao então imperador do Brasil, (depois nomeado de Hospital Nacional), que acabou por inaugurar a forma asilar no país (AMARANTE, 2001, 2003).

Segundo Vechi (2004) apesar da existência de médicos no local, seu controle ainda permanecia objeto do discurso religioso, e até a proclamação da República, outras instituições denominadas “exclusivas para alienados” foram criadas em São Paulo (1852), Pernambuco (1864), Pará (1873), Rio Grande do Sul (1884) e Ceará (1886) (RESENDE, 2007, p. 38).

Somente na República (1889) que a loucura deixa de ser um discurso religioso, passando a ser um discurso científico médico-psiquiátrico, que propõe a substituição dos tratamentos, até então, desumanos e primitivos.

Momento em que ocorre um projeto de medicalização da loucura, e sua transformação efetiva em doença mental, havendo uma expansão de rede pública de hospitais psiquiátricos. O isolamento é justificado, tendo em vista que não haveria cura sem isolamento, em primeiro lugar em relação às causas da doença, e em segundo, pelo caráter terapêutico (FONTES, 2010).

O internamento do século XX coincide com o momento que a loucura é considerada uma conduta irregular e anormal, “uma desordem na maneira de agir, querer, sentir paixões, tomar decisões e de ser livre” (FOUCAULT, 2008, p. 69). Cabe ao hospital diagnosticar e classificar, para então dominar (FOUCAULT, 2008). Conforme demonstra a obra de Machado de Assis, é o alienista que decide quem e o que é “normal”.

Na ficção, o livro “O Alienista”, publicado em 1882, conta a história de Simão Bacamarte, um médico que chega a uma pequena cidade do interior e constrói um edifício, a Casa Verde, e começa a detectar pessoas que tem problemas na cidade, interna-as, as coloca dentro de muros, começa a ver quais as perturbações que precisavam sair do espaço público em direção a uma área reservada por merecerem um tratamento, como forma de purificar esse espaço público.

O vaidoso, a supersticiosa, a indecisa, o bajulador, ou seja, quase todos viram cobaias para seus estudos acerca da loucura. Nem a própria esposa escapa. São seus exageros que acabam ocasionando uma revolta popular, ocorre que até esses acabam trancafiados. Entretanto, em um determinado momento Bacamarte percebe que 80% da população que estava internada eram casos a serem repensados. Inverte então o critério, passando a segregar a minoria, quais sejam, os simples, sinceros, leais.

Isso descreve a crise que ele provoca, segundo Foucault. “Esse superpoder do médico que descreve a crise que ele mesmo provoca – o equivalente à descoberta de Pasteur de que o médico transmite a doença que devia curar” (BATISTA, 2014, p. 397). Percebe-se que a psiquiatria produz seu objeto, mas não descobre-o, como sustenta o discurso médico. É a partir desse momento de crise que se começa a falar em antipsiquiatria em diversos países do Ocidente, inclusive no Brasil, nas décadas de 1960 e 1970, durante o período da ditadura militar.

3 O MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL: A REFORMA PSIQUIÁTRICA E OS DESAFIOS NA ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL

Da necessidade de transformação do modelo de atenção à saúde mental no Brasil, a Reforma Psiquiátrica surge de uma confluência política, onde a rápida privatização da saúde, a partir da década de 60, acaba transformando a loucura em um comércio. Na década de 70 formou-se no Brasil o Movimento dos Tratamentos em Saúde Mental, protagonizando o movimento da Reforma Nacional, questionando a função asilar no tratamento e sua função terapêutica, com o jargão “Por uma Sociedade sem Manicômios” (AMARANTE, 1996).

A desconstrução do manicômio e a desinstitucionalização da loucura requer a “desmontagem” de um aparato material, e também teórico conceitual. Conforme Birman, os saberes psiquiátricos tradicionais passam a ser questionados, ao mesmo tempo em que emergem novas formas de se conceber a saúde, a doença e a própria ciência (1999).

O Deputado Paulo Delgado (PT-MG) apresentou, em 1997, ao Congresso Nacional, um projeto de lei versando sobre a desospitalização e os direitos correspondentes às pessoas portadoras de transtorno mentais, catalizador nos debates no Brasil, o qual foi inspirado pelos movimentos sociais e pelos usuários dos hospitais psiquiátricos.

Encontra-se ressonância nas políticas de saúde do Brasil que tiveram um marco teórico e político na 8ª Conferência Nacional de Saúde (1986), na 1ª Conferência Nacional de Saúde Mental (1987), na 2ª Conferência Nacional de Saúde Mental (1992), culminando na 3ª Conferência Nacional de Saúde Mental (2001). Historicamente, se pode situar as décadas de 1980 e 1990 como marcos significativos nas discussões pela reestruturação da assistência psiquiátrica no país.

Um marco histórico para saúde mental foi a Conferência Regional para a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica, realizada em Caracas, em 1990. Neste encontro, no qual o Brasil foi representado e signatário, foi promulgado o documento final intitulado “Declaração de Caracas”. Nele, os países da América Latina, inclusive o Brasil, comprometem-se a promover a reestruturação da assistência psiquiátrica, rever criticamente o papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico, salvaguardar os direitos civis, a dignidade pessoal, os direitos humanos dos usuários e propiciar a sua permanência em seu meio comunitário.

É a partir da assinatura da Declaração de Caracas e, também, pela realização da II Conferência Nacional de Saúde Mental, que são regulamentadas as primeiras normas federais e os serviços de atenção diário entram em vigor em todo país, fundadas a partir da experiência do CAPS (Centro de Atenção Psicossocial)⁵, e as primeiras normas para fiscalização dos hospitais psiquiátricos.

⁵ Existem diferentes modalidades de CAPS- A saber, o CAPS I é direcionado para populações de municípios entre 20 mil a 70 mil habitantes, devendo funcionar das 8h as 18h. o CAPS II é voltado para uma população entre 70 a 200 mil habitantes, podendo funcionar em terceiro turno, até as 21h. CAPS III deve se instalar em municípios maiores que 200 mil habitantes e ter regime de 24 horas de funcionamento. O CAPS I é voltado para o atendimento de crianças e adolescentes com transtornos mentais. O CAPS ad é direcionado àqueles pacientes com transtornos psíquicos decorrentes do uso e dependência de álcool e outras drogas. Surge em 2011, no Rio de Janeiro, o CAPS ad III destinado ao cuidado de pessoas que fazem uso de álcool e outras drogas que funciona 24 horas, nos 7 dias da semana. (Ministério da Saúde, Ministério da Saúde; Secretaria de Atenção à Saúde; Departamento de Ações Programáticas Estratégicas Coordenação Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas: Saúde Mental em Dados, Ano VII, número 10, março de 2012).

Resultado de uma luta política⁶ e que se prolongou por um longo período, quase 12 anos, e que sofreu diversas modificações, nasce a Lei da Reforma Psiquiátrica, Lei 10.216/2001, conhecida também como Lei Antimanicomial. Muitos foram os pareceres contrários à Lei, principalmente no que dizia respeito ao referencial teórico que reestruturava o sistema de saúde mental, reduzindo as doenças mentais em consequências da chamada repressão político social dominante, além do atendimento comunitário (MUSSE, 2008), ou seja, pauta-se pela transição de um modelo assistencial centrado no hospital psiquiátrico, para um modelo de atenção comunitária e com estratégias de redução progressiva de internação, a partir dos hospitais de grande porte. O CAPS deve ser substitutivo e não complementar ao hospital psiquiátrico.

O maior destaque foi a garantia de que a internação seria realizada como uma medida excepcional, autorizada somente em último recurso. Portanto, nesses casos considerados extraordinários, a segregação deveria englobar “serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, lazer” oferecendo amparo a pessoa com sofrimento mental (BRASIL, 2001).

A lei da Reforma Psiquiátrica estabeleceu três tipos de internação, quais sejam, a voluntária ou consentida; a involuntária, quando o pedido é feito por um terceiro, pois não há consentimento do sujeito; e compulsória, que é determinada pelo Poder Judiciário. Também proibiu a internação em instituições com características asilares, enumerando direito e garantias a serem observados dentro e fora do ambiente hospitalar.

Além do mais, a dignidade da pessoa humana e a cidadania são fundamentos do Estado Democrático de Direito, elencados na Constituição Federal de 1988, que tem também como garantias fundamentais os direitos à liberdade e igualdade. Ademais, a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme estipulado no texto constitucional, e esse conjunto é o que forma a rede de proteção dos pacientes com transtorno mental.

Aderindo aos preceitos da Reforma Psiquiátrica, os profissionais da saúde desenvolvem propostas como, por exemplo, centros de cultura e convivência, e programas de inclusão social por meio do trabalho, como forma de buscar acessibilidade aos usuários da rede pública de saúde. Nasceram programas como o “De volta para casa”, onde pacientes de longa internação, institucionalizados nos hospitais, recebem auxílio para reencontrar suas famílias ou novas residências.

⁶ Importantes acontecimentos/intervenções: Fechamento da Casa de saúde Anchieta, em Santos/SP em 1989; Aprovação da Lei Estadual 9.716, RS, em 1992

⁷ O Programa de Volta para Casa foi instituído pelo Presidente Lula, por meio da assinatura da Lei Federal 10.708 de 31 de julho de 2003 e dispõe sobre a regulamentação do auxílio-reabilitação psicossocial a pacientes que tenham permanecido em longas internações psiquiátricas. O objetivo deste programa é

Muitas são as dificuldades enfrentadas pelo sistema de saúde no Brasil, mas o cenário psiquiátrico vem mudando, e evoluiu muito nos últimos 30 anos. OS CAPS vêm modificando fortemente a estrutura de assistência à saúde mental, substituindo de modo progressivo o modelo hospitalocêntrico e manicomial, de características excludentes, opressivas e reducionistas.

Um sistema de assistência orientado pelos princípios fundamentais do SUS, quais sejam, universalidade, equidade e integralidade, vem sendo construído, assim como a proposta de desinstitucionalização, ultrapassando limites das práticas e atingindo o imaginário social, assim como as formas válidas, culturalmente, de compreensão da loucura envolvendo

o desafio do convívio com a diferença, com os medos mais íntimos que a loucura nos revela. Significa, da mesma forma, romper com os muros do desconhecido que nos inquieta, fascina e apavora e que o manicômio, enquanto construção da sociedade, ocupou nesta inscrição na cultura a função de esconder durante todos estes anos. No entanto, para os moradores, este rompimento tem um significado muito maior, já que esta mudança significa antes de tudo olhá-los enquanto sujeitos, construindo esperanças, propondo o desafio de retorno à vida nas várias implicações que ela nos traz, afinal (FRICHEMBRUDER; CRUZ, 2001, p. 15-16).

Entretanto a consolidação da Reforma vem demonstrando uma quantidade crescente de desafios que precisam ser incorporados nos campos da Saúde Mental e Coletiva. Destacam-se dois: o primeiro desafio refere-se à recuperação dos vínculos afetivos dos pacientes, dado ao número alarmante de pessoas que continuam internadas por não conseguirem (re)construir laços afetivos fora dos hospitais. O segundo é a insistência de fazer do hospital psiquiátrico a porta de entrada do serviço de saúde mental, sendo que este não o é. A primeira instituição a que se deve recorrer em casos de sofrimento psíquico é o CAPS, em sua modalidade adequada.

contribuir efetivamente para o processo de inserção social dessas pessoas, incentivando a organização de uma rede ampla e diversificada de recursos assistenciais e de cuidados, facilitadora do convívio social, capaz de assegurar o bem-estar global e estimular o exercício pleno de seus direitos civis, políticos e de cidadania. Além disso, o De Volta para Casa atende ao disposto na Lei 10.216 que determina que os pacientes longamente internados ou para os quais se caracteriza a situação de grave dependência institucional, sejam objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida.

CONCLUSÃO

Vimos que o discurso da enfermidade autorizou a segregação, sendo o manicômio a proposta de um lugar de cura. Ao longo dos anos, a ideia de segregação e higiene social ganhou mais um segmento, a institucionalização dos loucos. A psiquiatria falhou com a cura da loucura – justamente porque esta cura não existe – seus tratamentos não fizeram nada além do que apagar as nuances da humanidade que ainda restava em seus pacientes. Para a psicanálise, não há uma cura para a loucura, sendo esta uma forma de ser no mundo diferente da dos sujeitos ditos normais, ou seja, os neuróticos.

Em regime intra-muros, os pacientes psiquiátricos perdem seus laços afetivos, corroborando em uma institucionalização do eu. O que fizeram com as pessoas que tinham um sofrimento mental foi um ato de violência, segregando-as, negando sua liberdade e, conseqüentemente, seu *status* de sujeito no mundo.

Nesse cenário, nasce a luta antimanicomial, culminando na Lei da Reforma Psiquiátrica - Lei 12016/01, conhecida também como Lei Paulo Delgado. Uma nova Política Pública de atenção à saúde mental, que tem por objetivo a desospitalização e a reestruturação da assistência psiquiátrica do país. A Lei da Reforma Psiquiátrica é uma medida de resgate da cidadania e dignidade das pessoas portadoras de transtornos mentais.

Reintegrar o sujeito funciona com o intuito de reatualizar e reaprender a interagir no social, fora dos muros, rompendo a sequência dos papéis representados pela sociedade, tendo em vista que as instituições limitam as regiões de sua atuação, através de um ato contínuo de totalização. E ainda, podemos pensar em tratamento onde não há interação social e manutenção de laços afetivos?

A dignidade da pessoa humana e a cidadania são fundamentos do Estado Democrático de Direito, elencados na Constituição Federal de 1988, que tem também como garantias fundamentais os direitos à liberdade e igualdade. Ainda, a saúde é direito de todos e dever do Estado, conforme estipulado no texto constitucional, e esse conjunto é o que forma a rede de proteção do sujeito em sofrimento mental.

Só isso permitirá esperança. O movimento antimanicomial é uma das formas de luta contra a exclusão e a favor da tolerância e respeito pela diferença, contribuindo para a descentralização da assistência, voltada para a melhoria da qualidade de vida do portador de transtorno mental e favorecendo a inclusão social dos pacientes, favorecendo a busca por sua cidadania.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Carlos Frederico de Oliveira et al. **Uma Breve história da reforma psiquiátrica**. Revista Neurobiologia, 2009.
- AMARANTE, P. **A Clínica e a Reforma Psiquiátrica**. In Amarante, P. (org). Arquivos de Saúde Mental e Atenção Psicossocial. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003, pp.45-66.
- AMARANTE, Paulo (org.). **Loucos Pela Vida: A Trajetória da Reforma Psiquiátrica no Brasil**. Rio de Janeiro: Panorama/ENSP, 1995.
- AMARANTE, Paulo. **O Homem e a Serpente: outras histórias para a loucura e a psiquiatria**. Rio de Janeiro, Fiocruz, 1996.
- ASSIS, Machado de. **O alienista**, (1882). Rio de Janeiro: Papéis avulsos, Fundação Biblioteca Nacional, 2010.
- BIRMAN, Joel. **Enfermidade e Loucura**. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1980.
- BATISTA, Micheline Dayse Gomes. **Breve história da loucura, movimentos de contestação e reforma psiquiátrica na Itália, na França e no Brasil**. Política & Trabalho, n. 40, 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 7 mar. 2017.
- _____. **Lei n. 10.216 de 06 de abril de 2001**. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10216.htm>. Acesso em: 7 mar. 2017.
- CASTEL, Robert. **A ordem psiquiátrica: a idade de ouro do alienismo**. Rio de Janeiro, Graal, 1978.
- DELGADO, P. G. **As razões da tutela: psiquiatria, justiça e cidadania do louco no Brasil**. Rio de Janeiro: Te Corá, 1992.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. **Novo dicionário da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.
- FRICHEMBRUDER, Simone Chandler; CRUZ, Régis Antônio Campo. **São Pedro cidadão da reconstrução da esperança ao trabalho intersetorial**. In: Correio da APPOA, Porto Alegre, n. 92, p.10-16, jul. 2001.
- FONTES, Breno; FONTE, Eliane Maria Monteiro da. **Desinstitucionalização, redes sociais e saúde mental: análise de experiências da reforma psiquiátrica em Angola, Brasil e Portugal**. Editora Universitária UFPE, 2010.
- FOUCAULT, Michel. **História da Loucura na idade clássica**. São Paulo, Editora Perspectiva, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Doença Mental e Psicologia**. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1994.
- FOUCAULT, Michel. **A evolução da noção de “indivíduo perigoso” na psiquiatria legal do século XIX**. Ditos e escritos V: ética, sexualidade, política. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010a. p. 1-25.

GAMA, Jairo Roberto de Almeida. **A constituição do campo psiquiátrico: duas perspectivas antagônicas.** História, Ciências, Saúde – Manguinhos, Rio de Janeiro, v.19, n.1, jan.-mar. 2012, p.139-155.

GOFFMAN, Irving. **Manicômios, Prisões e Conventos.** Editora Perspectiva, São Paulo, 1961.

HOBSBAWM, Eric J. **Mundos do Trabalho. Novos estudos sobre história operária.** Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1987.

LEBRE, M. **Medidas de segurança e periculosidade criminal: medo de quem?** Responsabilidades, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 273-282, set. 2012/fev. 2013.

MATTOS, V. de. **Crime e Psiquiatria: Uma Saída: Preliminares para a desconstrução das medidas de segurança.** Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MIRANDA-SÁ JR, Luiz Salvador. **Breve histórico da psiquiatria no Brasil: do período colonial à atualidade.** Rev. psiquiatr. Rio Grande do Sul, p. 156-158, 2007.

MUSSE, L. **Novos sujeitos de direito. As pessoas com transtorno mental na visão da bioética e do biodireito.** Rio de Janeiro: Elsevier Editora Ltda, 2008.

PERES, Maria Fernanda Tourinhos; & Nery Filho, Antônio. **A doença mental no direito brasileiro: inimizabilidade, irresponsabilidade e medida de segurança.** História, Ciências, Saúde . Manguinhos, Rio de Janeiro, p. 335-55, maio-ago, 2002.

RESENDE, H. 2007. **Política de saúde mental no Brasil: uma visão histórica.** In: TUNDIS, S.; COSTA, N. (Orgs.). Cidadania e Loucura: Políticas de Saúde Mental no Brasil. Petrópolis, Ed. Vozes.

SANTOS, André Leonardo Copetti, LUCAS, Douglas Cesar. **A importância da teorização sobre a diferença para o campo jurídico. Uma trilha nos pensamentos de Nietzsche, Derrida, Foucault e Lyotard.** Revista direitos humanos e democracia, v. 3, n. 6, p. 25-50, 2015.

SOUZA, João Vitor Monteiro. **A efetividade da medida de segurança no Brasil.** Monografia, Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC), Teófilo Otoni, 2011.

SZASZ, Thomas. **Mito da doença mental: Fundamentos de uma teoria da conduta pessoal.** Circulo do Livro S.A, São Paulo, 1974.

VECHI, Luís Gustavo. **Iatrogenia e exclusão social: a loucura como objeto do discurso científico no Brasil.** Estudos de Psicologia, v. 9, n. 3, sept./dec. 2004, p. 489-495. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n3/a11v09n3.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2017.

PUBLICIDADE VERSUS INTIMIDADE: UMA TENSÃO NO PROCESSO ELETRÔNICO

Bruna de Oliveira da Silva Guesso Scarmanhã¹

Mário Furlaneto Neto²

Rogério Cangussu Dantas Cachichi³

RESUMO

O processo eletrônico suscita muitas questões importantes, algumas também polêmicas. O objetivo desse estudo é discutir e ensaiar possíveis soluções para uma delas: a tensão entre a concretização da publicidade no processo eletrônico e a preservação nesse mesmo âmbito da intimidade e da vida privada. A dificuldade no contrabalançar tais valores fundamentais em choque é grande. Tanto a publicidade quanto a privacidade constituem vetores reconhecidos assim no Brasil como na América Latina em geral, incluindo em sistemas de proteção internacional de direitos humanos. O texto propõe a metódica reflexão, a partir de revisão bibliográfica, primeiro brevemente sobre ambos os valores: publicidade e intimidade à luz de algumas Constituições vigentes na América Latina. Em seguida, identificado o ponto de conflito acentuado depois do advento do processo eletrônico, expõe-se como a questão está equacionada na legislação brasileira, bem assim qual a alternativa para resolução em caso de ausência de previsão legal sobre o delicado foco de tensão. Os resultados apurados não são desanimadores. As propostas de solução, malgrado ainda submetam-se a grandes questionamentos, têm-se mostrado adequadas tanto para garantir a publicidade republicana e democrática quanto para preservação da intimidade própria da dignidade humana.

Palavras-chave: Processo eletrônico. Publicidade. Intimidade. Tensão. Ponderação de bens.

¹ Mestranda em Direito na área de concentração “Teoria do Direito e do Estado” no UNIVEM/Marília -SP Bolsista CAPES/PROSUD. Integrante dos grupos de pesquisas NEPI (Núcleo de Estudos em Direito e Internet) e GRADIF (Gramática dos Direitos Fundamentais) no UNIVEM/Marília. E-mail: bruna.guesso@gmail.com

² Delegado de Polícia e professor da graduação e do Mestrado em Direito do Univem – Centro Universitário Eurípides de Marília. Doutor em Ciência da Informação pela Unesp. Coordenador do NEPI – Núcleo de Estudos em Direito e Internet. E-mail: mariofur@univem.edu.br

³ Membro honorário do E-Justicia Latinoamérica (<https://ejusticialatinoamerica.wordpress.com/>). Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. E-mail: cangussu@trf4.jus.br

INTRODUÇÃO

O processo eletrônico constitui hoje uma realidade inafastável. A aplicação de tecnologia a serviço da administração da justiça representa avanço democrático no sentido de uma justiça eficiente, transparente, sustentável, o que é desejável, senão imprescindível, para concretização de direitos humanos fundamentais e de uma sociedade justa, fraterna e igualitária.

Inúmeros benefícios advieram pela implementação do processo eletrônico: ampliação do acesso à justiça, menor custo dos serviços judiciais, desburocratização, transparência, facilitação do controle e da fiscalização, apenas para citar algumas vantagens. Entretanto, mister se faz não olvidar algumas dificuldades proporcionadas pelo mesmo sistema.

O objetivo do texto é caracterizar e tratar de uma em especial: o confronto entre a vocação para a publicidade ampla do processo eletrônico e a necessidade de salvaguarda de direitos inerentes à personalidade, sobretudo o direito à privacidade e à intimidade. Reconhecidos pelas constituições latino-americanas e por diplomas internacionais de proteção de direitos humanos, o ajuste entre os valores em tensão afigura-se medida imperativa.

Dessa forma, por meio de revisões bibliográfica e legislativa, depois de uma breve exposição sobre o princípio da publicidade, notadamente no âmbito da atividade judicial, o texto cuidará do princípio da privacidade e da intimidade como garantia fundamental do cidadão submetido ao poder judicial. A seguir, apresentada essa preocupante tensão, o texto avança para possíveis soluções, quer no plano diretamente legislativo, quer no plano da hermenêutica constitucional.

Sendo assim, a discussão proposta mostra-se relevante e se justifica em virtude da necessidade de equacionamento entre importantes valores republicanos e fundamentais.

1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

O exercício do poder estatal na solução de controvérsias numa república não prescinde da devida publicidade dos atos processuais, não só com boa prática de transparência democrática como também como realização do devido processo legal.

Nesse sentido, no Brasil, além de constituir uma garantia fundamental do cidadão (art.5º, LX), a aplicação do princípio da publicidade em geral na administração pública (art.37) e, em especial, na função jurisdicional (art.93, IX) denota a relevância que a Constituição brasileira de 1988 dedicou ao assunto:

Art.5º, LX: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Art. 37, *caput*: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte(...)

Art.93, IX: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação (BRASIL, 1988).

Não é diferente em muitos países da América Latina, os quais alçaram o princípio da publicidade no altiplano constitucional. Assim, destaca-se a Constituição peruana de 1993 que no art.139, 4, arrolou a publicidade como um dos princípios da função jurisdicional, sendo que, nalguns casos, sequer se admite restrições pela lei:

Art.139, 4: La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos (PERÚ, 1993).

Da mesma forma, o princípio da publicidade, na Constituição boliviana de 2009, é um dos baluartes da administração da justiça (art.178, I), que não descurou de retomar o mesmo princípio quando tratou da jurisdição ordinária (art.180, I):

Art.178, I: La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.

Art.180, I: La jurisdicción ordinaria se fundamenta en los principios procesales de gratuidad, publicidad, transparencia, oralidad, celeridad, probidad, honestidad, legalidad, eficacia, eficiencia, accesibilidad, inmediatez, verdad material, debido proceso e igualdad de las partes ante el juez (BOLÍVIA, 2009).

A Constituição mexicana de 1917 foi pródiga no tema. O texto atual cita a palavra “publicidad” nada menos do que dezessete vezes, cinco das quais adjetivada: “máxima publicidad”. No campo dos direitos fundamentais há expressivo trecho sobre o direito ao acesso à informação: “En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.” (art.6º, A, I), a qualquer

acusado é previsto o direito constitucional de ser julgado em audiência pública sem restrição à publicidade, salvo em casos excepcionais previstos em lei (art.20, B, V):

Art.20, B: De los derechos de toda persona imputada (...)V. Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo (MÉXICO, 1917).

Ainda que não se encontre expressamente previsto no texto constitucional, qualquer constituição que se assumia como republicana e democrática, à evidência, albergará também o princípio da publicidade. Não bastasse isso, muitos países recepcionam tratados em matéria de direitos humanos com status superior às leis ordinárias e, por vezes, com força de norma constitucional. É o caso da previsão do art.75, 22, da Constituição argentina de 1994:

Art. 75º.- Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demas naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquia superior a las leyes. La Declaracion Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaracion Universal de Derechos Humanos; la Convencion Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y su Protocolo Facultativo; la Convencion sobre la Prevencion y la Sancion del Delito de Genocidio; la Convencion Internacional sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion Racial; la Convencion sobre la Eliminacion de todas las Formas de Discriminacion contra la Mujer; la Convencion contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convencion sobre los Derechos del Ninho; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquia constitucional, no derogan articulo alguno de la primera parte de esta Constitucion y deben entenderse complementarios de los derechos y garantias por ella reconocidos. Solo podran ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobacion de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara. Los demas tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requeriran del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Camara para gozar de la jerarquia constitucional (ARGENTINA, 1994).

Assim, todos os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos submetem-se aos ditames do art.8.5: “O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.” Já no sistema

global estabelece a Declaração Universal dos Direitos Humanos o princípio da publicidade nos julgamentos (art.10), em especial nos penais (art.11, 1):

Art.10: Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Art.11, 1: Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas (UNESCO, 1948).

A publicidade, como se destacou, constitui mesmo garantia fundamental do cidadão em face do Estado, cujos atos públicos permitem o adequado controle e desejável fiscalização. Como lembra Canotilho (2003, p. 383), “os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva”, isto é, em um primeiro plano, “constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual” e, em uma segunda dimensão, “implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)”.

Mas além da publicidade, outros direitos da personalidade, igualmente fundamentais, devem ser objeto de análise. Entre eles, o direito à intimidade, o qual, doravante, será tratado.

2 DIREITO À INTIMIDADE

De outro lado, o indivíduo possui o direito de manter aspectos de sua vida em sigilo, seja no âmbito familiar, profissional ou social. Destarte, a informação de caráter íntimo ou privado de cada pessoa, não poderá ser manipulada sem o consentimento do usuário, sob pena de violar a tutela à liberdade.

Nessa senda, dispõe a Constituição brasileira a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, honra e imagem das pessoas, nos termos do artigo 5º, X: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, 1988).

De idêntico modo, a Constituição boliviana (art.21, 2) estabelece a todos os cidadãos proteção similar: “Art.21. Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: (...) 2. A la privacidad, intimidad, honra, honor, propia imagen y dignidad” (BOLÍVIA, 2009).

No mesmo sentido, a Constituição do Peru (art.2º, 7) prevê entre os direitos fundamentais: “Art.2º. Derechos fundamentales de la persona: 7. Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias” (PERÚ, 1993).

A Constituição mexicana, ao mesmo tempo que determina ao Estado a promoção da inclusão digital (art.6º, par.2º), estabelece também nos parágrafos seguintes a proteção a informações pessoais e próprias da vida privada (art.6º, A, II):

Art.6º, par.2º: El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet. (...)

Art.6º, par.3º: Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo se observará lo siguiente: A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: (...) II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes (MÉXICO, 1917).

Por seu turno, a Constituição da Argentina (art.19, 1ª.parte) prevê a proteção da vida privada nos seguintes termos:

Art.19º - Las acciones privadas de los hombres que de ningun modo ofendan al orden y a la moral publica, ni perjudiquen a un tercero, estan solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.(...) (ARGENTINA, 1994).

Impende destacar, ainda, que a proteção ao direito à privacidade, à honra e à imagem decorre também dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos. Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em especial no art.11, 1-3:

Art.11: 1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrarias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem

de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas (SAN JOSÉ, 1969).

Mas não só em âmbito regional. A proteção é também assegurada pelo sistema global da ONU. Com efeito, Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve:

Artigo 12º Ninguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito a proteção da lei (UNESCO, 1948).

E não poderia ser diferente. A proteção de tais direitos constitui afirmação da própria dignidade humana; e, aliás, está consignada expressamente como um dos fundamentos da República brasileira (CF, art. 1º, III):

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

Cumprida, nessa senda, precisar significados. Silva (2011) conceitua a privacidade enquanto gênero, dos quais são espécies a intimidade, a vida privada, o direito à honra, a imagem das pessoas, entre outros. Dessa maneira, a privacidade compõe um conjunto mais amplo que a intimidade, pois todo íntimo é privado, mas nem todo o privado é íntimo, a ponto de agrupar no direito à privacidade.

Por sua vez, Dotti (1980, p. 69) conceitua a intimidade como “a esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”, isto é, evitar disponibilizar ao conhecimento de outrem aquilo que é pessoal, íntimo ou particular.

Nessa seara, Davara Rodríguez (2008, p. 55) explica que os dados pessoais têm conexão com a intimidade (unidos ao indivíduo e em seu entorno social) e que a privacidade é a possibilidade de mantê-los em sigilo, resguardados de acesso e intromissões alheias, ressaltando, no entanto, que o surgimento da informática e a rápida transmissão de informações possibilitou uma fonte potencial de agressividade contra a intimidade da pessoa em diferentes formas.

Diante disso, há de ser colocada uma questão importante. É bem verdade que o avanço tecnológico a serviço da administração da justiça tem alcançado inúmeros benefícios na pacificação de conflitos sociais, porém, ao mesmo tempo, diante da grande publicidade e transparência própria do processo eletrônico, deve-se ter presente o inevitável e preocupante conflito entre publicidade e intimidade. É sobre isso que se tratará no tópico seguinte.

3 PROCESSO ELETRÔNICO: O CONFLITO ENTRE PUBLICIDADE E INTIMIDADE

Uma das características mais marcantes do processo eletrônico, juntamente com a eficiência, redução de custos, agilidade etc., é a transparência. Como destacou um dos maiores idealizadores brasileiros do processo eletrônico, Tejada Garcia (2006), o processo eletrônico permite que a parte tenha acesso pleno ao processo de modo *perene*, algo que se afigurava *inviável* na era do processo físico. Antes da inovação tecnológica, praticamente apenas os advogados tinham acesso às decisões judiciais.

Oportuna a lúcida visão de Chaves Júnior, líder do grupo GEDEL⁴ pioneiro no trato dos desafios do processo eletrônico no Brasil; para o autor, enquanto o processo físico sofre com uma “opacidade prática” a implicar tendência de minimizar o princípio da publicidade, o processo eletrônico vive uma “transparência prática” a potencializar a eficácia do mesmo princípio. Essa constatação renderia ensejo ao reconhecimento do *princípio da preservação dos dados sensíveis*, a respeito do qual segue explicação de Chaves Júnior (2016, p.452, grifo do autor):

No processo tradicional há uma especial preocupação com publicidade dos atos. Muito embora a Constituição imponha apenas a publicidade do julgamento (artigo 93, IX), o Código de Processo Civil impõe que todos os atos processuais sejam públicos (art. 189), inclusive os atos eletrônicos (art. 194). Essa preocupação com a transparência jurídica dos atos processuais decorre de uma característica própria dos autos de papel, qual seja, a sua opacidade prática, em outras palavras, da dificuldade de acesso às informações que são próprios da mídia material de papel. Já em sede do processo eletrônico, os autos digitais potencializam de maneira alucinante o acesso às informações. As informações processuais passam a se tornar acessíveis de qualquer lugar do globo terrestre, 24 horas por dia, todos os dias do ano. Ademais, são

⁴ “O GEDEL é um grupo que se destaca por sua atividade intensa e permanente de estímulo à reflexão sobre os impactos das novas tecnologias no sistema de Justiça. O GEDEL é mediado pelo Desembargador do Trabalho e ex-secretário do CNJ Dr. José Eduardo Resende Chaves. (GEDEL – Grupo de Pesquisa com 3 linhas específicas: Princípios Específicos do Processo Eletrônico, E-processo Trabalhista e a Segurança do Processo Eletrônico). O GEDEL foi criado em 4 de fevereiro de 2007, e, em 15 de outubro de 2013, contava com 421 (quatrocentos e vinte e um) participantes, reunia nessa data 13.848 (treze mil oitocentas e quarenta e oito) mensagens, perfazendo uma média de 170 (cento e setenta) a 180 (cento e oitenta) mensagens por mês.”(FREIRE; ROVER, 2016, p. 50).

passíveis de compartilhamento recursiva pelas redes sociais e pelas mensagens eletrônicas. Esse excesso de transparência prática é justamente o oposto do que ocorre em relação aos autos encadernados em papel. Diante disso, a preocupação passa, também, a ser oposta, qual seja, da publicidade à preservação da privacidade virtual e dos dados sensíveis contidos no processo. As informações pessoais contidas no processo são sensíveis à exposição virtual em duplo sentido, seja quanto às informações, seja quanto aos dados, isto é, tanto na perspectiva de expor as informações privadas do cidadão jurisdicionado nas redes sociais, como no aspecto dos excessos autoritários que decorrem do chamado *big data*, ou seja, a formação de grandes bancos de dados, que permitam análise, pesquisa, compartilhamento, armazenamento, transferência e visualização de dados que venham a ser capturados e colonizados por interesses de toda ordem.

O ponto mereceu no Brasil tratamento legislativo. Chaves Júnior (2016, p. 453) fez o registro do previsto na lei brasileira do processo eletrônico (Lei Federal 11.419/2006, art.11, par.6º), que não descurou do princípio da preservação dos dados sensíveis:

Art.11, par. 6º: Os documentos digitalizados juntados em processo eletrônico somente estarão disponíveis para acesso por meio da rede externa para suas respectivas partes processuais e para o Ministério Público, respeitado o disposto em lei para as situações de sigilo e de segredo de justiça.

Calmon (2007, p. 118-119) salienta que o legislador infraconstitucional brasileiro, ao utilizar a expressão “rede externa” no parágrafo 6º do artigo 11 da lei em comento, quis fazer referência a Internet, em contraposição à Intranet. Ressalta ainda que os “sistemas de informática são bem desenvolvidos no sentido de identificar o usuário e de proporcionar níveis variados de acesso”. Nessa linha de raciocínio, o autor enfatiza que “quem quer se valer de direitos ou prerrogativas há de se identificar, não só para determinar se terá ou não o acesso que pretende, mas, sobretudo, para ficar clara a responsabilidade”.

A Lei 13.105/2015 (BRASIL, 2015), em seu artigo 194, corrobora a assertiva ao prescrever que os sistemas de automação processual – melhor seria se tivesse empregado a expressão informatização do processo - “respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento”, ressaltando, para tanto, a necessidade de observação das “garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções”.

Dentro desse contexto, as expressões dados e informações implicam em uma relação de gênero e espécie. Assim, tudo o que trafega no meio ambiente Internet é um dado (gênero), enquanto a informação (espécie) é o dado que deve trafegar de forma sigilosa, ou seja, que seja de conhecimento apenas das partes interessadas.

Assim, os dados pessoais (como filiação, endereço, qualificação pessoal e familiar, telefônicos, telemáticos, números de cadastros oficiais) inserem-se no contexto das informações (como genéticas, salariais, bancárias e fiscais), tudo admitindo proteção nos termos da Lei Federal brasileira nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet (MCI), ao prescrever no art.3º, II e III, que “a disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios: (...) II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei”. A mesma lei assegurou, a título de garantia do usuário, a “inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (art.7º, I), bem como “inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial” (art.7º, II) e o “não fornecimento a terceiros de seus dados pessoais” (art.7º, VII). A mesma norma legal (art.10), no intuito de proteger dados sensíveis, estipulou:

Art. 10: A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas (BRASIL, 2014).

O tratamento legislativo do tema no Brasil, conquanto útil e importante, ainda é objeto de muita discussão. Todavia, mesmo à míngua de diplomas legais versando sobre o conflito entre a publicidade e a intimidade no processo eletrônico, alguma solução merece ser debatida, até porque há países em que inexistente previsão legal sobre o assunto.

É oportuno trazer à baila a concepção de que assim a publicidade como a intimidade podem ser vistas como princípio na acepção já muito conhecida de Robert Alexy. Assumir que constituem normas jurídicas que admitem medida de cumprimento tornará a solução do conflito (*rectius*, colisão) mais adequada às necessidades de preservação dos direitos fundamentais.

A respeito, Alexy (2008), em sua *Teoria dos direitos fundamentais*, estatui distinção estrutural entre regras e princípios, ambas espécies do gênero norma jurídica. Para o que nos interessa aqui, basta dizer que *princípios* caracterizam-se

como a espécie de norma a ser cumprida na maior medida possível *dentro de possibilidades jurídicas e reais existentes* (ALEXY, 2008, p. 90).

Alexy (2008, p. 91) denomina *colisão* a contradição entre normas da espécie princípio:

Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito.

Referida colisão é solucionada por ponderação (ou sopesamento) de bens, tomando-se em conta a aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto. Noutras palavras, as nuances do caso concreto determinarão qual princípio – publicidade (P1) e intimidade (P2) – detém primazia (mais peso) em relação ao outro (ALEXY, 2008, p. 93).

Não sendo o objetivo do texto detalhar a colisão de princípios - até porque a própria colisão não está isenta de críticas e opiniões divergentes -, limita-se aqui a apresentar uma (e não "a") possível solução para a antinomia entre publicidade e intimidade vislumbrada no quadrante do processo eletrônico com a vantagem de se ter presentes ambos os princípios, opostos mas reciprocamente considerados em vista das possibilidades fácticas e jurídicas da hipótese concreta.

É no caso concreto que a autoridade responsável avaliará cada elemento dos autos, caracterizando-os ou não como sensíveis e, a partir de então, conceder a adequada proteção à intimidade sem solapar de vez a publicidade inerente ao processo judicial que se pretenda republicado e democrático. Nesse percurso, ora terá primazia a publicidade (P1), ora a intimidade (P2), dependendo do peso atribuído a cada uma à luz do caso (ALEXY, 2008, p. 97). No Estado Democrático de Direito, direito ilimitado não existe.

Deveras, se de um lado postulados e valores republicanos e democráticos impõem a maior publicidade possível para atos judiciais, de outro o indivíduo possui o direito de manter aspectos de sua vida em sigilo, seja no âmbito familiar, profissional ou social. Destarte, a informação de caráter íntimo ou privado de cada pessoa, assim considerada por lei ou identificada no caso concreto, não poderá ser acessada a partir do processo eletrônico, sob pena de violação de direitos fundamentais.

CONCLUSÃO

Do quanto restou escrito, força convir que o processo eletrônico provoca grande abertura para a publicidade, inclusive de dados pessoais das partes que estão protegidos pelo manto da privacidade, intimidade e vida privada, igualmente tutelados constitucionalmente.

Contudo, a se admitir o acesso irrestrito pela rede mundial de computadores, haverá amplo acesso a dados pessoais com violação nítida da intimidade, a vida privada e a privacidade das partes processuais.

Em vista disso, o referencial teórico apresentado possibilitou concluir que, gerando ensejo ao conflito entre publicidade de um lado e privacidade e intimidade de outro, urge a necessidade de equacioná-lo no âmbito do processo eletrônico. No Brasil, o princípio da preservação dos dados sensíveis (CHAVES JÚNIOR, 2016) vem bem a calhar. Nesse sentido, a legislação brasileira estabeleceu preceitos legais de limitação ao acesso a informações sensíveis assim na lei do processo eletrônico (Lei Federal 11.419/2006), como no Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014).

Afora a solução legislativa do Brasil, não se descarta a questão da ponderação de princípios, cabendo nesse caso ao julgador decidir à luz do caso concreto quais as informações que estarão disponíveis ao público em geral por livre acesso na internet. Nessa sentido, verbere-se que o princípio da proporcionalidade (razoabilidade e da ponderação dos bens envolvidos) é a chave para harmonizar a antinomia entre, de um lado, a publicidade, valor inexorável da república e da democracia, e, de outro, a inviolabilidade da intimidade, hospedada nas dobras do princípio da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARGENTINA. **Constitucion de la Nacion Argentina**: 22 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.constitution.org/cons/argentin.htm?PHPSESSID=095185bf7651b6839b7c935f65b5d89e>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BOLÍVIA. **Constitucion Política del Estado Plurinacional de Bolivia**: 9 de fevereiro de 2009. Disponível em: <www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**: de 05 de outubro de 1988. In: Vade Mecum Acadêmico de Direito. 22ª. ed. São Paulo: Rideel, 2016.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24

abr. 2014. ed. 77. Seção 1. p.1. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 17 mar. 2015. ed. 51. Seção 1. p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016.

CALMON, Petrônio. **Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial**: Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**: e a teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHAVES Jr., José Eduardo de Resende. Elementos para uma teoria do processo em meio reticular-eletrônico. In: **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro**: estudos sobre e-justiça. ROVER, José Aires (org.). Erechim: Deviant, 2016. pp.427-456.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. **Manual de Derecho Informático**. Ed. 10. Navarra: Arazandi, 2008.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980.

FREIRE, Geovana Maria Cartaxo de Arruda; ROVER, Aires José. Nova cultura para o acesso à justiça. In: **Engenharia e gestão do judiciário brasileiro**: estudos sobre e-justiça. ROVER, José Aires (org.). Erechim: Deviant, 2016. pp.31-53.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. **Informatização e prestação jurisdicional: desafios e perspectivas**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.11, maio 2006. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao011/sergio_garcia.htm> Acesso em: 22 ago. 2015.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**: 5 de fevereiro de 1917. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

PERÚ. **Constitución Política del Perú**: 29 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1996/constitucion/cons1993.htm>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

SAN JOSÉ. CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 21 dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. ed. 34. São Paulo: Malheiros, 2011. 928p.

UNESCO. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 21 dez. 2016.

A CIDADANIA GLOBAL E POLÍTICAS PÚBLICAS TRANSNACIONAIS COMO ALTERNATIVAS À RELATIVIZAÇÃO DAS FRONTEIRAS FÍSICAS E CULTURAIS

Edivane Brum¹

Mayara Pellenz²

Suzete Habitzreuter Hartke³

RESUMO

A complexidade das relações humanas nos dias atuais é uma preocupação daqueles que refletem a contemporaneidade. A humanidade, historicamente, apresenta os descompassos característicos da luta pelos poderes humanos. E o fenômeno contemporâneo das migrações não é diferente. Com isso, essa pesquisa reflete sobre essas questões e com base na ressignificação do conceito de cidadania apresenta algumas alternativas para que a humanidade possa enfrentar esse fenômeno com um espírito de fraternidade e ações solidárias visando ter em uma postura mais tolerante de aceitação das características do outro como seres merecedores de respeito. Assim, o problema a ser respondido refere-se a: como a cidadania pode ser uma alternativa de relativização de fronteiras físicas e culturais em prol de um livre fenômeno migratório? A pesquisa desenvolve-se por meio do método indutivo e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Migração. Cidadania. Tolerância. Humanidade.

¹ Mestranda em Desenvolvimento e Sociedade pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) Caçador, SC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2014). Graduada em Direito pela Unisociesc. Coordenadora do Núcleo de Prática e Semiótica Jurídica e Atividades Complementares da Faculdade Unisociesc. E-mail: edivanebrum@gmail.com.

² Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade na mesma instituição. Docente do Curso de Direito da Faculdade IBES/SOCIES em Blumenau (SC). Docente da Pós Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú, SC. Advogada. Email: maypellenz@hotmail.com

³ Mestre em Ciência Jurídica pela Univali. Coordenadora do Curso de Direito na Unisociesc, Blumenau, SC. Titular docente da disciplina Direito e Sociedade na mesma Instituição. Advogada. Email: suzetejh@gmail.com.

INTRODUÇÃO

A problemática das migrações encontra-se no centro de diversos debates, diante de sua complexidade crescente no Brasil e no mundo. Mais do que um debate acadêmico ou filosófico, refletir a respeito dos fluxos migratórios, das demandas por novas condições de vida, das estratégias políticas de acolhimento e de controle, das questões culturais e religiosas, dos principais destinos, as formas de deslocamento, dentre outros, é uma necessidade dos novos tempos.

Diante da complexidade, um fenômeno transnacional como esse é esse é objeto de tutela jurídica, diante dos fluxos migratórios impulsionado por motivos diversos, incluindo aqueles causados por crises políticas e ambientais em diversos locais do mundo. O impedimento desses fluxos é negar, num primeiro momento, direitos humanos.

Contudo, a migração, por si só, diz respeito a imigrantes, políticas públicas, tecnologia, capital, ideologias, lutas e conquistas sociais, questões étnicas e perspectivas de um futuro com melhores condições e oportunidades. Por outro lado, os Estados recebedores deparam-se com a opinião pública dividida, com os problemas de contingente populacional, com a necessidade do mercado absorver o capital humano, além de questões de direito intrínsecas, como a moradia, a saúde, o trabalho, a alimentação e o transporte. Diante de um panorama atual tal complexo, tem-se como problema dessa pesquisa: como a cidadania pode ser uma alternativa de relativização de fronteiras físicas e culturais em prol de um livre fenômeno migratório? Por certo, o objetivo não é o esgotamento do tema, nem mesmo solucionar a crise contemporânea, mas sim, apontar caminhos ou alternativas na superação de um momento tão delicado, que perpassa pela experimentação de valores como Ética, Solidariedade e Fraternidade.

Por meio da pesquisa bibliográfica⁴ e do método indutivo⁵, a pesquisa apresenta como objetivo geral refletir se sobre os fluxos migratórios como um fenômeno transnacional como este fenômeno pode ser enfrentado a partir da perspectiva da cidadania. Como objetivos específicos tem-se: a) realizar a retomada histórica da Cidadania, a partir do destaque dos principais episódios cronológicos a respeito desta, b) compreender a necessidade da revisitação desde conceito, diante

⁴ “[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. (PASOLD, 2011, p. 207).

⁵ “[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. (PASOLD, 2011, p. 205).

dos fenômenos da Globalização⁶, da Transnacionalidade e das migrações e ainda c) abordar a questão da tutela jurídica e da Cidadania global.

1 CIDADANIA: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONTEXTO ATUAL

Sob o viés histórico, a Cidadania, no seu conceito clássico, origina-se do latim *civitas*⁷. A categoria remete à ideia de *polis*, de núcleo, de agrupamento de pessoas que vivem em sociedade. A participação política era restrita aos homens: não eram considerados cidadãos mulheres, crianças, estrangeiros e escravos.

Os romanos, na era clássica, consideravam cidadão aquele que detinha direitos e que era potencialmente apto a exercer estes direitos com liberdade. A situação política em Roma também mantinha um caráter limitador, pois o cidadão era aquele que tinha pertença a uma classe social mais privilegiada⁸. Avançando na história da civilização, uma nova forma de organização social foi estruturada com base na hierarquia entre as classes sociais. A participação política dos indivíduos foi suprimida, pois “as questões relativas à política, cederam lugar e espaço à preocupação com outras questões, como por exemplo, o plano religioso” (ARENDT, 1995, p. 43).

O exercício da Cidadania era suprimido à medida que não compatibilizava com a configuração social, econômica, religiosa e cultural do período. Havia desigualdade, pobreza, miséria, doenças, e a divisão da sociedade em classes acirrava estas diferenças. A racionalidade ficou em segundo plano, para prevalecimentos de concepções religiosas. Não havia Democracia, participação e muito menos, o exercício de direitos.

Durante o período medieval, a política voltou-se à figura religiosa. A instituição da Igreja, como autoridade legítima, rechaçou a possibilidade do exercício de direitos, à medida que ser cidadão implicava diretamente em ser cristão, desde que tivesse poder e riqueza. Estas pessoas pertenciam ao clero e a nobreza, sendo que o restante da comunidade, submetia-se aos desígnios divinos. À época, o que se

⁶ Para Levi, “[...] la globalizzazione è un processo storico contraddittorio che, considerato sotto il profilo dell'evoluzione del modo di produrre, coincide con la direzione di marcia della storia. È un processo che deve essere governato dalla politica, la quale può sottoporlo alla programmazione umana, indirizzandolo verso la costruzione di nuove e più elevate forme di convivenza politica”. (2005, p. 303).

⁷ Para Pérez-Luño, a Cidadania decorre deste termo. A categoria confere ao indivíduo o *status* de cidadão, titular de direitos e deveres, desde que considerados livres na República. (PÉREZ-LUÑO, 2002, p. 183).

⁸ Dallai explica que: “[...] os romanos livres tinham cidadania ; eram, portanto, cidadãos, mas nem todos podiam ocupar os cargos políticos, como o de senador ou o de magistrado, nem os mais altos cargos administrativos. Fazia-se uma distinção entre cidadania e cidadania ativa. Só os cidadãos ativos tinham direito de participar das atividades políticas e de ocupar os mais altos postos da Administração Pública. (DALLARI, s.a, s.p).

pregava era a igualdade entre as pessoas. Todos são iguais perante Deus e este, representava o poder supremo, não havendo possibilidade de o Homem governar ou impor-se ao próprio Homem. O pensamento, no entanto, não correspondia à realidade. Não havia igualdade e os privilégios políticos eram direcionados a determinada classe social. Em relação à Cidadania, esta se resumia da seguinte forma: o homem livre era considerado cidadão, mas não exercia a sua Cidadania.

Pouco a pouco, as comunidades medievais transformaram-se em burgos e os aglomerados sociais deram início as cidades modernas. Praticava-se o comércio de forma de mais intensa, a população aumentou, houve autonomia para a mobilidade humana. As descobertas nas áreas da ciência, como química, física, biologia e medicina, impulsionaram a qualidade da vida. A Educação foi fomentada com o surgimento das primeiras universidades e o conhecimento passou a ser disseminado.

O enfraquecimento do poder supremo, a Igreja, causou uma transformação social definitiva. No contexto de rupturas, a ideia de Cidadania aflorou-se novamente, em uma sociedade agora reconfigurada. O indivíduo clamava por ideais de liberdade, igualdade e autonomia, ao passo que a Democracia e a liberdade eram condições necessárias para conter o abuso dos monarcas. Movimentos como o Liberalismo, o Iluminismo e o capitalismo, como novo modelo de produção, estimularam uma nova visão de mundo. Esse novo momento possibilitou a luta pelo reconhecimento de direitos e não somente de deveres do indivíduo. Como o estado de natureza é um modelo insustentável à Humanidade, Hobbes explica que o cidadão, nesse momento, é aquele que se submete ao soberano, exercício limitado da vontade e da liberdade, subordina-se em troca de proteção (HOBBS, 2002, p. 32).

Contudo, foi nos séculos XVII e XVIII na Europa que as revoluções burguesas⁹ mudaram o destino da Humanidade para sempre. Das revoluções liberais, iniciadas pelo poder econômico da burguesia, a Revolução Francesa foi a mais importante. A tríade Liberdade, Igualdade e Fraternidade possibilitou a ascensão dos direitos por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1798). A partir desse momento¹⁰, o homem não era somente um indivíduo, mas sim, sujeito de direitos, em patamar de igualdade positivados na Declaração. Conforme Dallari:

[...] esse movimento foi muito importante porque influenciou para que grande parte do mundo adotasse o novo modelo de sociedade, criado em consequência da Revolução. Foi nesse momento e nesse ambiente que nasceu a moderna concepção de cidadania,

⁹ Principais revoluções: Inglesa (final do século XVII), Americana e Francesa (ambas no século XVIII).

¹⁰ Desejava-se um modo de viver que brotasse de dentro de cada indivíduo e não como algo imposto a eles de fora. (MARSHALL, 1967, p. 62).

que surgiu para afirmar a eliminação de privilégios, mas que, pouco depois, foi utilizada exatamente para garantir a superioridade de novos privilegiados (2004, p. 19).

Para Marshall, foi nesse momento que houve “um interesse crescente pela igualdade como um princípio de justiça social e uma consciência do fato que o reconhecimento formal de uma capacidade igual no que diz respeito aos direitos” (MARSHALL, 1967, p. 83). E ressalta afirmando que “cidadania é um *status* concebido àqueles membros integrais de uma comunidade” (MARSHALL, 1967, p. 62).

As drásticas transformações políticas, sociais e culturais da época culminaram na Declaração, que se redimensionou o conceito de cidadão, sendo este aquele capaz de atuar no espaço público, na Democracia, participando dos rumos políticos por meio da representatividade, da elegibilidade e dos demais direitos políticos. Percebe-se que a Cidadania, nesse contexto histórico, era formalmente admitida, mas materialmente não se sustentava, devido ao tratamento conferido as mulheres, estrangeiros, pobres e escravos. Era, em verdade, um *status* que garantia direito político para indivíduos determinados, e estava ligada a nacionalidade para gozo destas condições.

Todavia, destaca-se que, em 1793, o artigo 4º da Constituição Jacobina instituiu que todo estrangeiro adulto, residente há um ano na França, possui o direito de ali permanecer e de gozar da Cidadania ativa. Era a primeira manifestação que definia estrangeiros e população nativa com direitos e deveres iguais. (HABERMAS, 1997, p. 298).

A Revolução Industrial e o capitalismo foram responsáveis por uma nova forma de vida humana. A categoria de cidadão adquiriu uma nova perspectiva, liberal e igualitária, sendo que a participação do Homem nos rumos políticos era apenas uma das facetas da condição de ser cidadão. Nesse ponto, cabe destacar que:

A partir da Constituição Francesa de 1791 foi introduzida uma diferenciação entre “cidadania” e “cidadania ativa”, também de origem romana, que acabou dando à cidadania um conteúdo de classe, claramente discriminatório. Um dado muito expressivo, suficiente para comprovar a possibilidade de manipulação da cidadania, é a constatação de que o direito de participar da vida política, elegendo e sendo eleito, ficou reservado apenas aos cidadãos. E as condições de cidadão, por sua vez, foi reservada às pessoas do sexo masculino que tivessem uma renda mínima anual. (DALLARI, 2001, p. 198).

Com estímulo do movimento iluminista, no outro lado do oceano, ainda em 1776, a Revolução Americana, com a América independente, traduziu a ideia de

Cidadania vinculada a um rol de direitos individuais, como vida, liberdade, igualdade, dentre outros. Foi com o advento das Constituições Modernas é que a Cidadania adquiriu uma nova condição. Um novo modelo de organização social foi possível, com a Revolução Industrial e com a ascensão econômica de cidadãos por meio do trabalho. Esse processo, liderado pela burguesia, resultou na reivindicação destes em participar de forma ativa nas decisões políticas, e não somente o direito ao sufrágio universal.

As consequências destes fatos históricos foram o surgimento das Constituições Modernas, já no final do século XIX, voltadas para tutela dos direitos dos cidadãos. Os Estados Nacionais promulgam Constituições que tutelam os direitos civis políticos e sociais, como a Constituição Mexicana e a Alemã, por exemplo. Vieira destaca que:

A República Moderna não inventou o conceito de cidadania, que, na verdade, se origina na República Antiga. A cidadania em Roma, por exemplo, é um estatuto unitário pelo qual todos os cidadãos são iguais em direitos. Direitos de estado civil, de residência, de sufrágio, de matrimônio, de herança, de acesso à justiça, enfim, todos os direitos individuais que permitem acesso ao direito civil. Ser cidadão é, portanto, ser membro de pleno direito da cidade, seus direitos civis são plenamente direitos individuais. Mas ser cidadão é também ter acesso à decisão política, ser um possível governante, um homem político. Esse tem direito não apenas a eleger representantes, mas a participar diretamente na condução dos negócios da cidade (2002, p. 27).

Assim, a Cidadania civil corresponde ao conjunto das liberdades individuais, em patamar de igualdade jurídica e compreende o direito a liberdade desde as revoluções burguesas no século XVIII. A Cidadania política representa o exercício do poder e o direito de participação no exercício do poder político, traduzido pela expressão “votar e ser votado”. A Cidadania social guarda ligação com os Direitos Fundamentais pois corresponde ao conjunto de garantias mínimas de bem-estar econômico e social, traduzindo as novas exigências e os novos valores instituídos no século XX. Por esta razão, ser cidadão enseja a realização das mais variadas dimensões de direito. O conceito moderno de Cidadania se originou a partir das lutas e conquistas burguesas, com a queda do absolutismo e com o advento do Estado de Direito. Direitos civis também surgiram neste contexto de ruptura, e, com o passar do tempo, adquiriram *status* de Direitos Humanos Fundamentais.

A atuação e participação política ativa do cidadão nas decisões políticas do Estado guardam relação com os Direitos Humanos Fundamentais porque as categorias caminham lado a lado, ou seja, possuem como pressuposto a condição de ser humano. Por este motivo, Cidadania e Direitos Humanos Fundamentais necessitam uma apreciação conjunta para o desvelo de seus significados. O ser

humano, por possuir direitos inerentes à sua natureza, de caráter irrevogável, imprescritível, inalienável e universal, necessita de um “mínimo existencial” que está ligado à Cidadania. Araújo esclarece que “o homem, liberto do jugo do Poder Público, reclama agora uma nova forma de proteção de suas dignidades, como seja, a satisfação das necessidades mínimas para que se tenha dignidade” (ARAÚJO; NUNES, 2005, p. 115). Entretanto, como o cidadão irá exercer suas liberdades e direitos políticos se lhe falta o básico para viver? É o Estado Democrático de Direito o responsável por garantir uma vida digna a todos os cidadãos, desempenhando um papel fundamental no que diz respeito à realização de direitos como educação, trabalho, moradia, saúde, dentre outros. A cidadania, a partir desse panorama, deve ser ampliada. Sobre o tema, salienta-se:

Esse caráter pluralista da construção de um novo conceito de cidadania, pautado na efetivação dos direitos humanos, encontra na sociedade contemporânea, mormente na brasileira, quicá por seu caráter semiperiférico, materialização através de inúmeras formas de organizações, mobilização e luta política (CÉSAR, 2002, p. 45).

As conquistas das lutas burguesas, que originaram a Declaração dos Direitos do Homem, na França, Inglaterra e Estados Unidos, estabeleceram o conceito de Cidadania, na modernidade. Se anteriormente, o princípio da legitimidade baseava-se nos deveres dos súditos, a partir desses acontecimentos, passava a basear-se nos direitos do cidadão. (BOBBIO, 1992, p. 3). O exercício da Cidadania é um conceito de construção permanente, pois representa uma das conquistas do processo civilizatório humano e por isso, vai modificando sua conceituação¹¹ e seu alcance com o passar o tempo e com o desenvolvimento da história, a citar a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e o surgimento do Estado de Bem-Estar Social, como expressão máxima dos direitos sociais e de parâmetros princípio-lógicos mais coletivos e igualitários. Assim,

Segundo orientação generalizada desde o início do século XIX, só é cidadão aquele que preenche os requisitos fixados em lei para garantir tal categoria, e os próprios direitos de cidadania forma estritamente indicados em lei [...] Deve-se continuar falando em cidadania, porque é um conceito útil, ligado às ideias de liberdade e igualdade dos seres humanos e de plenitude na aquisição e no gozo dos direitos, sobretudo daqueles

¹¹ A esse respeito, Bolognino destaca que *“La cittadinanza, e la tensione al suo acquisto, non può, dunque, risolversi in una mera rivendicazione di diritti. La cittadinanza deve, invece, portare all'integrazione e alle responsabilità comuni. Questo obiettivo più esse perseguito con l'amazione di un processo continuo di integrazione, ache attraverso esperienze partecipative, che consenta di sviluppare sai la dimensione personale dei diritti, sai la dimensione solidale e responsabile dei doveri”*. (BOLOGNINO, 2010, p. 95).

que interessam à coletividade; mas sem perder de vista que enquanto houver pessoas excluídas da cidadania não poderá existir sociedade democrática. Defenda-se a pessoa humana, e o cidadão estará sendo defendido (DALLARI, 2001, p. 198-199).

A categoria Cidadania não se articula no campo da pessoalidade, mas sim, só pode ter seus significados desvelados se for vivenciada em Sociedade, cotidianamente, pois Cidadania pressupõe o Outro. Nesse ponto, não se trata de considerar a Cidadania como categoria imutável. Ela na verdade representa o resultado de transformações, evolução de direitos e deveres, em cada época. Isso se perpetua no tempo. Evidencia-se, dessa forma, que o conceito de Cidadania, inicialmente, teve um caráter de vinculação a um Estado. Entretanto, com as mudanças sociais, a Globalização e a Transnacionalidade a Cidadania passa a ser encarada com características mais vastas. Sob esse argumento, Braga explica que a Cidadania:

[...] pode ser definida como um conjunto de direitos que podem ser agrupados em três elementos: o civil, o político e o social, os quais não surgiram simultaneamente, mas sim, sucessivamente, desde o século XVIII até o século XX. O elemento civil é composto daqueles direitos relativos à liberdade individual: o direito de ir e vir, a liberdade de imprensa e de pensamento, o discutido direito à propriedade, em suma, o direito a justiça (que deve ser igual para todos). O elemento político compreende o direito de exercer o poder político, mesmo indiretamente como eleitor. O elemento social compreende tanto o direito a um padrão mínimo de bem-estar econômico e segurança, quanto o direito de acesso aos bens culturais e à chamada “vida civilizada”, ou seja, é o direito não só ao bem-estar material, mas ao cultural (BRAGA, 2002, p. 2).

Na revisão histórica desta pesquisa sobre Cidadania, observa-se que conceito moderno da categoria se originou a partir das lutas e conquistas burguesas, com a queda do absolutismo e com o advento do Estado de Direito. Para Ruiz Miguel:

[...] frente a la ciudadanía como identificación de unas personas que exige la exclusión de otras, los derechos sólo se vienen proclamando como universales (digo ‘proclamando’, no necesariamente respetando) desde las revoluciones liberales. (RUIZ MIGUEL, 2008, p. 1121).

Cidadania é a condição de um indivíduo que vive em sociedade livre. Para que seja efetivada, é necessária a existência prévia de uma ordem política democrática, capaz de garantir o exercício destas liberdades (PÉREZ-LUÑO, 2002, p. 162). Ocorre que atualmente, enfrenta-se um novo cenário em relação ao

exercício da Cidadania. As características da Cidadania de hoje representam uma possibilidade de exercício mais abrangente. É *status* social que se expressa na capacidade do Homem em participar plenamente da vida política, econômica e cultural. Contudo, diante de uma Sociedade transnacional e globalizada, o alcance da categoria passa a ser global.

Como a Cidadania extrapolou o vínculo do Estado-nação e não está adstrita, somente, aos direitos de personalidade, uma nova configuração pode ser visualizada, pois não se considera somente a individualidade do ser, mas, sim, um conjunto social que enseja o vínculo de pertença e de reconhecimento, uns com os outros. A categoria passou de uma relação verticalizada (indivíduo e Estado-nação) para uma perspectiva horizontal, que compreende a relação do indivíduo com o meio em que ele vive. Por este motivo, o conteúdo jurídico da Cidadania está redimensionado e em constante construção.

Se, no passado, a Cidadania correspondia somente ao vínculo de pertencimento entre indivíduo e Estado-nação, hoje esta condição está alargada, frente aos desafios do cotidiano e aos novos estilos de vida contemporâneos. A retomada histórica é importante para que se compreendam os caminhos que foram galgados para que *status* de cidadão possa, hoje, ser redimensionado. Em uma perspectiva pós-moderna do Direito, como fenômeno social, destaca-se que não se pode conceber um “direito de olhos fechados” (CUNHA, 2007, p. 61). Dessa forma, novos cenários ensejam novas abordagens legais e jurídicas a respeito da Cidadania. Nesta configuração de mundo, o cidadão é fundamental na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. É o ator social responsável pelo seu próprio desenvolvimento, pela sua evolução, pelos rumos, pelo destino de sua espécie.

O alcance alargado do conceito de Cidadania, garante sua titularidade e o seu exercício, mas não apenas em um espaço geográfico determinado, e sim, em uma dimensão planetária. Sustentar uma Cidadania universal, nesse ponto, não se trata de uma utopia, mas de uma realidade já experimentada pela formação de blocos políticos, sociais e econômicos ao redor do mundo. Em integração, coesão e unidade, estas perspectivas possibilitam um viés da Cidadania ampliada, com enfoque ecológico, que não se limita ao Estado-nação, mas sim, ao conjunto de países que se unem pelos mesmos objetivos. A dimensão de Cidadania, voltada à questão ambiental, é uma categoria político-jurídica que abarca direitos e deveres direcionados a todos os cidadãos, em uma condição global.

2 CIDADANIA: NOVO CONCEITO, NOVA RESIGNIFICAÇÃO

Os direitos humanos fundamentais possuem alcance universal e todos os seres humanos são considerados cidadãos pelo simples fato de seres humanos. Não

importa, nesta ótica, qual o gênero, a cor, a religião, a nacionalidade¹², a raça, dentre outros. O cidadão é titular da Cidadania na perspectiva nacional, por força constitucional, e também universal, por força da ratificação de Declarações Universais neste sentido. Já a Cidadania é a qualidade de ser eleitor, sem sentido estrito e, em sentido amplo, é a inserção da pessoa na sociedade a que pertence, incluindo o vínculo de direitos e deveres com o Estado (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2011, p. 72). Não se pode restringir a Cidadania ao exercício somente aos direitos políticos, e à capacidade de votar e ser votado, pois cidadão e eleitor são elementos distintos.

Por certo, as definições jurídicas trazidas nestas linhas são relevantes em relação à eficácia e a normatividade dos preceitos constitucionais, mas o que percebe, concomitantemente às estas definições é que, na atualidade, a Cidadania extrapola conceitos limitados. A Cidadania é uma categoria multifacetada, que diz respeito à direitos e deveres perante os outros cidadãos e perante o meio em que se vive. Esse novo entendimento jurídico só é possível diante da postura do Brasil em ser signatário de documentos internacionais que viabilizam essa condição. Além disso, o fenômeno da Globalização e da Transnacionalidade¹³ contribuíram para essa redefinição.

Ao considerar o conceito de Cidadania a partir da realidade brasileira, percebe-se que se trata de um elemento político que está presente na Constituição Federal de 1988 que sofreu, durante o processo civilizatório, alterações no tocante à sua conceituação. A categoria está ligada à liberdade, à conquista do voto, à participação no processo democrático e no jogo político do Estado, além do reconhecimento de um ser humano no outro, à vivência digna dos sujeitos no mesmo tempo e espaço. O significado do conceito de Cidadania, bem como seu exercício, envolve um contexto amplo que precisa ser considerado para seu entendimento, esclarecimento e efetivação.

Atualmente, o significado de Cidadania vai além da máxima “o direito a ter direitos” – como Arendt já advertiu¹⁴ –, pois os cidadãos não possuem apenas direitos, mas, também, deveres. O exercício da Cidadania enseja Responsabilidade, participação efetiva, consciência de voto, cumprimento das disposições legais,

¹² A criação de um status político, jurídico e social direcionado para um grupo de pessoas, aos poucos, perde seu significado diante dos movimentos sociais os quais reivindicam maior grau de proximidade entre todos. A nacionalidade determina segregação e, muitas vezes, a incapacidade de reconhecer o Outro como semelhante. Privilegia-se, por meio da Cidadania e nacionalidade, uma postura exagerada do ego coletivo. Cria-se uma atitude fundamentada no egocentrismo. (FARIAS; AQUINO, 2013, p. 19).

¹³ Para Cruz, a Transnacionalidade é “[...] “um mundo novo”, uma espécie de continente não investigado que se abre a uma terra de ninguém Transnacional, a um espaço intermediário entre o nacional e o local” (2011, p. 148).

¹⁴ Além de Arendt, Bolognino esclarece que o “[...] *concetto di cittadinanza tradizionalmente è “diritto ad avere diritti”, ha subito delle trasformazioni*”. (BOLOGNINO, 2010, p. 75).

controle da atividade governamental, interesse pelos rumos sociais e exercício da Democracia¹⁵. Nessa linha de pensamento, a Cidadania também “[...] refere-se à virtude cívica, que a sociedade civil pode fomentar na esfera pública, para evitar os abusos estatais e do mercado e exercer o papel de indivíduo atuante nesta esfera” (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 38).

A partir destas reflexões, ser cidadão não constitui unicamente o pertencimento do indivíduo ao Estado-nação ativa e passivamente, mas estabelece especialmente obrigações e direitos concernentes à relação entre cidadãos e Estado. Sob esta perspectiva, “os direitos e as obrigações de Cidadania existem, portanto, quando o Estado valida as normas de Cidadania e adota medidas para implementá-las” (VIEIRA, 2002, p. 36). Como já analisado no ponto anterior desta pesquisa, historicamente, a Cidadania fora entendida como a capacidade de cada indivíduo em exercer seus direitos e deveres dentro dos limites territoriais de um Estado-nação. Implicava em uma condição de pertença¹⁶ àquele Estado. Porém, ficou evidenciado que o alcance da Cidadania não se exaure pela participação social e política nos rumos políticos do país. Denota ligação com os direitos de liberdade, de manifestação, de religião, e extrapola o conceito fechado e imutável em que interesses públicos (e de bem-estar geral e de vida e coletividade) e privados (autonomia do indivíduo) convergem.

O Estado-nação tende ao declínio de sua delimitação clássica, transitando por um novo espaço de Cidadania. Trata-se de um espaço global em que “[...] a consagração universal dos direitos humanos sublinha a transição da Cidadania vinculada aos direitos individuais para Cidadania devida à pessoa universal” (VIEIRA, 2002, p. 47). O novo conceito de Cidadania está interligado a estas mudanças¹⁷, bem como aos direitos adquiridos historicamente pelo Homem, que figuram como vetores para o exercício da Cidadania.

¹⁵ “A Democracia é uma expressão oriunda do grego demos, “povo”, e kratos, “autoridade”. Significa, de maneira bastante clara, o governo do povo, para o povo, pelo povo. A partir de seu surgimento em Atenas, a Democracia passou por três grandes momentos históricos do pensamento político, concernentes às Teorias Clássica, Medieval e Moderna. Segundo Bobbio, “de acordo com a Teoria Clássica, a democracia é a forma de governo pela qual o poder é exercido por todos os cidadãos juridicamente assim considerados, contrapondo a monarquia e a aristocracia, regimes nos quais o governo incumbe, respectivamente, a um só e a poucos. A Teoria Medieval, de origem romana, acrescenta o elemento soberania ao poder do povo, que se torna representativo ou é derivado do poder do príncipe. Por fim, a Teoria Moderna, ou Teoria de Maquiavel, distingue as formas básicas de governo: a monarquia e a república, equiparando essa última à democracia”. (BOBBIO, 2004, p. 319).

¹⁶ Por pertença a um Estado-nação entende-se o estabelecimento de uma personalidade em um território geográfico. (VIEIRA, 2002, p. 34).

¹⁷ Para Bolognino, “*La cittadinanza tende, oggi, a configurarsi quale forma giuridica di una relazione sostanziale tra la persona e la comunità: la cittadinanza è una condizione sociale prima che giuridica*”. (BOLOGNINO, 2010, p. 94).

Desde o surgimento de sua concepção universal, no século XX, novos valores são irradiados a partir desta, e, por este viés, o conteúdo jurídico da condição de Cidadão adquire uma nova característica. Por esta razão, a Cidadania, nos dias de hoje, possui alcances muito mais vastos. A categoria necessita acompanhar a evolução de mundo para que seu conteúdo jurídico não reste esvaziado e ultrapassado. Para Comparato, uma medida importante para a constituição de uma Cidadania universal consistiria no reconhecimento da legitimidade ativa de pessoas privadas, na defesa dos direitos humanos da terceira geração, isto é, aqueles que têm por objeto bens ou interesses de natureza transnacional, como a manutenção do equilíbrio ecológico (1993, p. 199). Nessa linha de pensamento, Bobbio afirma que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas (BOBBIO, 1992, p. 25).

Essa condição possibilita, a todo tempo, o surgimento de novos direitos devido ao momento histórico vivido pela sociedade, cujos Direitos Fundamentais não são um catálogo taxativo e fechado, mas, sim, passível de alteração e ampliação à medida das necessidades dos novos tempos¹⁸. Fenômeno semelhante ocorre com o conceito de Cidadania. A alteração das características da sociedade e do próprio Estado ensejam uma readaptação do conceito, que, assim como os próprios direitos do Homem, também pode renovar-se. Arnaud explica que a Sociedade é composta por cidadãos que se distinguem de um grupo para outro, de uma cultura para outra, transcendem as fronteiras dos países e fomentam uma “vizinhança global” (2007, p. 235). No mesmo sentido, Cassese defende a ideia de uma ordem jurídica global, a partir de uma condição transnacional. Garcia, nos mesmos termos, utiliza-se de Habermas, para explicar que, segundo este autor, faz-se necessária:

¹⁸ Para Locchi, esse fenômeno fica evidenciado pela promulgação das Constituições Democráticas do pós-guerra, que passaram a contemplar novos temas, incluindo o ambiental, diante da nova realidade social. Para a autora, “the movement ‘State towards society’ has been deeply marked by two extraordinary events occurred in the 20th century. The first one is the adoption of democratic Constitutions after the Second World War. While liberal constitutions (in particular, the part dedicated to the Bill of Rights) were inspired by an individualistic conception, with an abstract individual as the unitary subject in the state of nature, the new constitutions reflect the (economic, social, cultural, religious) pluralism of states in the second half of the 20th century. Therefore, in addition to the protection of citizens against arbitrary power, democratic constitutions now deal with both persons and “intermediate communities” and recognize principles and rules on education, religion, economics, health, environment, work and property”. (LOCCHI, 2014, p. 81).

[...] a construção de novos espaços a partir da perspectiva de ampliação da esfera da influência da experiência das sociedades democráticas para além das fronteiras nacionais. [...] pelos caminhos de uma política interna voltada para o mundo em geral, ou seja, aberta a uma ordem jurídica cosmopolita, capaz de funcionar sem a estrutura de um governo mundial. (GARCIA, 2011, p. 173).

A partir dessas transformações contemporâneas, fomenta-se uma Cidadania em um âmbito que vai além do local, atingindo mais de um território ou Estado. Estas são as características de um mundo de hoje e que não é possível ignorar. A ressignificação da Cidadania enseja, na atualidade, um viés global e planetário, fundamentado na ideia de direitos humanos em todas as suas dimensões. Por ocasião destes fenômenos, demanda-se a revisitação de alguns conceitos jurídicos, políticos, e sociais, como a Cidadania¹⁹. Nessa linha de pensamento Pérez-Luño, leciona que:

Las nuevas condiciones de ejercicio de los derechos humanos han determinados una nueva forma de ser ciudadano en el Estado de Derecho de las sociedades tecnológicas, del mismo modo que el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de Derecho configuro también formas diferentes de ejercitar la ciudadanía. (2006, p. 35).

Percebe-se que o autor aposta no surgimento de um novo Estado de Direito, com novas formas de exercer a Cidadania e que caracterizará as relações entre Estado e Cidadão no século XXI, o que, aos poucos, já vem se configurando. Os direitos de Cidadania devem ser universais, garantidos por lei e estendidos a todos que afirmem igualdade e equilíbrio direitos e deveres, dentro de determinados limites. A renovação do conceito de Cidadania ocorre, pois hoje os cidadãos do mundo todo estão mais próximos. A ideia de Cidadania ainda está adstrita a exercer direitos e deveres dentro de limites territoriais, mas é certo que isso tende, cada vez mais, a relativizar-se, tanto pelos fenômenos contemporâneos, quanto pela característica da categoria em ser um processo em constante construção.

A Cidadania precisa ser entendida como uma maneira de incorporar indivíduos e grupos ao contexto social e não mais apenas como um conjunto de direitos formais, em que seu exercício se limita ao Estado-nação. Por esta razão, a Cidadania está redimensionada, pois suas características modificaram-se. Com o advento da Globalização e da Transnacionalidade, o próprio conceito de Estado e

¹⁹ Em verdade, para Aquino, é necessário também “[...] reorganizar os preceitos fundamentais de Estado, Direito e Política para se perceber os novos enlaces – teóricos e práticos – os quais permitem uma aproximação cultural maior”. (AQUINO, 2010, p. 124-125).

seu funcionamento demandam uma redefinição. No mesmo sentido, o fator de integração, neste desafio, eleva o nível de comprometimento dos envolvidos, efetivando um caráter intercomunitário, ou seja, uma nova ordem mundial²⁰.

A Cidadania é um conceito que diz respeito ao acesso a direitos garantidos por instituições locais, nacionais ou transnacionais (VIEIRA, 2002, p. 48). A mobilidade humana, por exemplo, é uma realidade e ocorre em larga escala, com processos de migração potencializados, pela pobreza, desemprego, desastres ambientais, entre outros.

Sobre o tema, cabe salientar que a questão da migração deve ser objeto de atenção na Sociedade transnacional, visto que ocorre com cada vez mais frequência. Para muito além de circulação de pessoas entre países ou blocos econômicos, os fluxos já ocorrem de um continente para outro, por razões diversificadas. O indivíduo, nestes casos, precisa ser contextualizado como cidadão, passível de direitos e deveres para não ser alvo de discriminação e exclusão²¹. Para tanto, o conceito de Cidadania é redimensionado e transforma-se em uma categoria mais abrangente, que exige, para sua realização, muito mais do que respeito aos direitos formais limitados ao Estado-nação²².

Diante deste cenário, a Cidadania, para além do vínculo entre Estado e cidadão, e dos direitos políticos, é um fundamento que precisa ser revistado, considerando seu caráter transnacional e que ultrapassa os limites fronteiriços. Insiste-se no espaço ao cidadão, para que este viabilize o jogo democrático e possa continuar a participar nos rumos de seu Estado-nação, mas, para além de um direito e de um dever, a categoria Cidadania deve, em sua perspectiva transnacional, fomentar vínculos de responsabilidade²³ com seus semelhantes, sendo eles

²⁰ No mundo atual globalizado e transnacional, questiona-se o momento vivido como o ideal de Democracia que, desde muito tempo, assim como nos dias atuais, deverá despertar a consciência de que a configuração da "Nova Ordem Mundial", momento em que esta deverá desempenhar um papel importante diante dos problemas econômico, ambiental e, social, incluindo-se os direitos fundamentais que, revela-se ora em desenvolvimento, ora em retrocesso, dependendo do contexto e momento que é analisado. (NASCIMENTO, 2014, p. 86).

²¹ O processo civilizatório permitiu que mulheres e analfabetos, por exemplo, passassem à exercer a Cidadania, alargando seu conceito, com a possibilidade de ampliado votar e serem votados como representantes eleitos. Essa transformação do processo democrático e da importância concedida ao poder soberano do povo, abrangendo todos os cidadãos, não era observada na *polis* grega e na Revolução Francesa, por exemplo.

²² Quando se analisa o conceito de Cidadania, no contexto da Idade Moderna e, mais precisamente em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, destaca-se que o homem é protegido amplamente, no tocante aos direitos naturais, seja qual for sua nacionalidade. Contudo, há uma limitação no respeito à nacionalidade, pois os direitos políticos são reservados exclusivamente aos nacionais. Um novo conceito de Cidadania, porém, abrange o aspecto nacional, mas também o universal do homem.

²³ Queremos o espírito de responsabilidade, não o dever incondicionado. (LIPOVETSKY, 1998, p. 46).

considerados cidadãos ou não. São os direitos civis e políticos, como garantias de participação no processo democrático, as premissas que caracterizam a clássica noção liberal de Cidadania. O que se chama atenção nesta pesquisa é a necessidade de uma reflexão acerca de modelos de Cidadania que vão além do conceito tradicional e que denotem uma configuração a partir da Globalização e da Transnacionalidade.

Observa-se como a Cidadania de caráter transnacional, agrega novas possibilidades e figura como o modelo mais coerente na atualidade, diante dos desafios do século XXI. Esse é o ponto fulcral desta pesquisa, a medida que se redimensiona o conceito de Cidadania para uma perspectiva mais alargada. Os Direitos Humanos Fundamentais são respeitados, seja qual for a origem do sujeito, pois os critérios passam a ser a condição de ser humano, e não a vinculação política ao Estado-nação de origem.

Houve um avanço na transição do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, na tentativa de superar as desigualdades sociais e a efetivar um patamar mínimo de igualdade e de condições dignas de vida, com caráter normativo e coercitivo que atinja a todos, de forma impessoal. Neste momento, a tradicional forma de ligação do indivíduo com o Estado passou a ser determinada pela nacionalidade, ou seja, a Cidadania.

No período pós-moderno, novos contornos são adquiridos e revisitar o conceito liberal de Cidadania não é enfraquecer seu significado, mas, sim, reconhecer a necessidade de vínculos que se ampliam, para além das fronteiras entre os países e para além do disposto em categorias clássicas, como a Cidadania. Neste momento, esta categoria não remonta apenas aos direitos políticos. Em verdade, continua a garantir a participação dos populares nos desígnios do Estado, concretizando a Democracia num ambiente plural²⁴ e multicultural, mas também figura como critério de união entre os seres humanos independente de sua nacionalidade.

Atualmente, a dinâmica social engloba todos os países, e o fenômeno da Transnacionalidade exige novas vivências e novos conceitos, no sentido da integração e do exercício da Cidadania. Os benefícios adquiridos a partir do avanço tecnológico estão refletidos nas comunicações, nas relações virtuais, nos negócios, nos transportes e no fenômeno da mobilidade humana. Os sujeitos estabelecem

²⁴ Numa sociedade pluralista, a constituição expressa um consenso formal. Os cidadãos querem regular a sua convivência de acordo com os princípios que podem encontrar o assentimento fundamentado de todos [...]. Cada homem e cada mulher deve ser alvo de um triplice reconhecimento, ou seja, devem encontrar igual proteção e igual respeito em sua integridade: enquanto indivíduos insubstituíveis, enquanto membros de um grupo étnico ou cultural e enquanto cidadãos, ou membros de uma comunidade política. (HABERMAS, 1997, p. 284-285).

prioridades pessoais, e as vontades e necessidades vão, muitas vezes, além das fronteiras do Estado-nação. A partir desta constatação, indaga-se: a Cidadania é restringida nestes casos? Se a resposta for positiva, a Democracia e os Direitos Fundamentais não poderiam ser vivenciados.

Em relação a Cidadania, acredita-se que “[...] somente uma cidadania democrática que não se fecha num sentido particularista, pode preparar o caminho para um *status* de cidadão do mundo” (HABERMAS, 1997, p. 304) e com características multilaterais²⁵. Assim, os valores cívicos são ampliados e convergem para patamares mínimos comuns para a convivência, de forma a viabilizar estratégias políticas e jurídicas a nível global, e não somente nos contornos Estado-nação.

Esse novo papel a ser desempenhado pelo cidadão do mundo amplia os valores cívicos a serem concretizados e oportuniza a participação no cenário plural, à medida que contribui para a formação da identidade individual do sujeito. O direito a participar dos destinos da sociedade, naquilo que Bobbio denomina de direito à democracia (BOBBIO, 1986, p. 18) é mantido, mas quando se trata de uma perspectiva global, é preciso a capacidade de tolerar, respeitar e integrar as diferentes culturas, proporcionando a inclusão dos membros da sociedade e não elemento que acirra o que é diferenciado.

3 CIDADANIA GLOBAL COMO ALTERNATIVA JURÍDICA A NÃO DISCRIMINAÇÃO DOS MIGRANTES

Diante da nova realidade mundial, em que as pessoas estão mais próximas, por meio do fenômeno da globalização, o conceito de Cidadania se amplia, de forma a acompanhar a evolução social. A Cidadania, por excelência, refere-se aos direitos²⁶ e deveres de cada ser humano perante o Estado-nação. A participação política ativa de um indivíduo desvela sua capacidade de transformar o espaço público, desenhado nos limites do Estado-nação e das normas constitucionais. Essa possibilidade é alargada diante da Transnacionalidade.

²⁵ Se por muito tempo o uso linguístico do termo cidadania fazia referência a um vínculo único e exclusivo entre o indivíduo e o Estado, nas circunstâncias atuais é possível admitir uma pluralidade de cidadania. Em outros termos, substituir a cidadania unilateral por uma cidadania multilateral. (CADERMATORI, 2011, p. 143).

²⁶ Em relação aos direitos, Leff ressalta que a questão ambiental contribuiu para ampliar o quadro dos direitos civis, políticos, econômicos e culturais. Os sistemas jurídicos vem incorporando diversos aspectos relacionados com o manejo dos “bens comuns”. Desse modo, dentro dos novos direitos de solidariedade, incluiu-se o direito de todos os homens a beneficiarem-se do patrimônio comum da humanidade. (LEFF, 2009, p. 173).

Neste ponto da pesquisa, parte-se do novo momento histórico vivido e da necessidade da Estética de Alteridade como vetor à formação de vínculos de pertença e de Responsabilidade. Nesse sentido, importante as reflexões de Bauman a respeito do fenômeno migratório e como este merece ser encarado pela humanidade. Para o referido autor os novos padrões de migração mundial divide-se em três ondas migratórias. A primeira seguiu a lógica tripartite (TRJ): *territorialidade* da soberania, identidade de *raízes* e postura de *jardinagem*. Emigrou-se de um centro “modernizado” (lugar de intensa construção da ordem e do progresso) para terras vazias (terras cujas populações nativas podiam ser riscadas dos cálculos modernizados). A segunda onda migratória é um caso de “império migra para a metrópole” e pode ser vista no dismantelamento dos impérios coloniais e o consequente deslocamento dos povos indígenas em diversas fases de avanço cultural rumo às metrópoles seguindo seus superiores. Bauman destaca que o drama do “império migra para a metrópole” tentou atuar no marco da hoje ultrapassada síndrome TRJ, porém com pouco sucesso. A terceira onda de migração moderna, que está em curso, leva às *diásporas*. São arquipélagos de assentamentos de base étnica, religiosa, linguística entrelaçando o mundo. A diferença da migração de hoje da migração das fases anteriores está no fato de que ela ocorre em dupla direção, pois quase todos os países são simultaneamente polos de imigração e de emigração. A outra diferença reside em explodir a síndrome TRJ e substituí-la pela tríade EAC – *extraterritorialidade, âncoras e caçada*. (2011, p. 181-183).

Este novo modelo migratório põe um ponto de interrogação no vínculo entre identidade e cidadania, indivíduo e lugar, vizinhança e pertença, bem como traz o exercício da “arte de conviver com as diferenças”. Ainda, a ideia de “direitos humanos”, lançada no cenário da tríade EAC para substituir ou complementar a instituição da tríade TRJ, da identidade determinada pela territorialidade, traduz-se, hoje, em “direito a ser diferente”. A nova noção de direitos humanos sedimenta a tolerância, porém ainda deixa a desejar quanto à solidariedade que, precisa, portanto, ser consolidada. A nova tradução da ideia de direitos humanos desmonta hierarquias e destroça a imagem da “evolução cultural progressiva” (BAUMAN, 2011, p. 184). Para que estas situações sejam enfrentadas no cotidiano, os valores civilizatórios - que refletem diretamente os ideais democráticos presentes nas sociedades modernas - precisam ser resgatados. Por este motivo, insiste-se na Estética de Alteridade, como forma de configurar uma nova dinâmica social, sob pena de a Humanidade sucumbir diante da excessiva eliminação do Outro.

Em relação à Cidadania, destacou-se nesta pesquisa que a força normativa constitucional determina sua conceituação, todavia, seu alcance deontológico é determinado pelos valores²⁷ que são caros aos cidadãos em determinado contexto

²⁷ Para Ferrer, em uma perspectiva de cidadania global, os valores são: *Responsabilidad - Compromiso - Solidaridad - Equidad - Honestidad*. (FERRER, 2012, p. 324).

social. Nesse sentido, para Aquino, a Cidadania assume feição comunitária (AQUINO, 2013, p. 282), ou seja, a categoria não possui apenas uma qualidade individualista. Essa concepção possibilita a unidade social por meio da Cidadania, em detrimento do vínculo limitador e exclusivo com o Estado-nação, estreitando as relações humanas de uma perspectiva dialogal, entre as dimensões local e planetária. Essa perspectiva é o desvelo do panorama histórico atual, que, na contemporaneidade, demanda um significado de Cidadania global.²⁸

Importante destacar que em cada tipo de regime estatal, o conceito de Cidadania pode preconizar direitos e obrigações de forma diferenciada. Para o liberalismo, “[...] a relação entre direitos e obrigações é essencialmente contratual, trazendo em si uma forte carga de reciprocidade: a cada direito corresponde em geral uma obrigação” (VIEIRA, 2002, p. 37-38). A Cidadania, nestes moldes, não se relaciona com características que determinam sua identidade, mas sim, de que forma o indivíduo deve ter respaldo para o exercício de suas liberdades. Por esta razão, também é responsável pela concretização de seus direitos.

Numa linha de pensamento comunitarista (VIEIRA, 2002, p. 39) (e solidarista), no que tange à Cidadania, as obrigações são priorizadas em face ao exercício de direitos, ou seja: direitos são conferidos à medida que uma série de obrigações é cumprida. Em ambos, liberalismo e comunitarismo, a cidadania possui um papel normativo, mas com características que diferem. Explica-se: na visão liberal, a Cidadania é um acessório, não um valor em si mesmo. Na visão comunitarista, os indivíduos são membros de unidades maiores do que si mesmos, e uma delas é a comunidade política (VIEIRA, 2002, p. 40).

A participação é muito importante nesta perspectiva. Prima-se pelo equilíbrio entre direitos coletivos, individuais e obrigações. Mas estas três teorias apresentadas por Vieira, geram um conflito a respeito dos direitos e das obrigações relativas à Cidadania, pois na teoria liberal, direitos tem prioridade sobre deveres; na teoria comunitarista, obrigações são priorizadas em detrimento de direitos, enquanto que para a Democracia social, direitos e obrigações devem encontrar um equilíbrio.

Por outro lado, na perspectiva nacionalista, a Cidadania relaciona-se à formação de uma consciência nacional, proporcionando seja, vinculação a um Estado-nação. Nesse ponto, a reflexão trazida nesta pesquisa propõe uma Cidadania remodelada, tendo em vista a realidade global, que tem acelerado a erosão da homogeneidade de uma Cidadania caracterizada nos limites do Estado-nação. A Cidadania preserva a identidade de cada indivíduo com sua própria cultura, no

²⁸ Desse modo, nosso compromisso, enquanto cidadão nesta sociedade globalizada é o de uma visão mais clara e ampla com a qualidade ambiental para um presente e futuro próximo, onde o homem terá oportunidade a sua vez e voz, tendo como vista não o espaço próximo de ação, mas também o horizonte planetário. (FREIRE, 2000, p. 66).

respeito às diferenças e buscando realizar a inclusão de grupos minoritários ao corpo social.

Embora esse novo modelo encontre barreiras para concretização, é preciso viabilizar essa nova forma de pensamento, com a perspectiva de incluir e reconhecer as pluralidades e as minorias, como expressão máxima da não discriminação e Democracia. Todavia, a modificação do vínculo do cidadão e do Estado de unilateral para multilateral, enseja a participação dos “cidadãos do mundo” (CORTINA, 2005, p. 19), se houverem condições como liberdade e igualdade para tal aspiração. Além desse argumento, verifica-se como a formação de blocos internacionais são elementos que somam no sentido de ampliar e viabilizar o engajamento destes cidadãos para enfrentar os desafios presenteistas. Para Ferrer:

En su concepción tradicional, la ciudadanía está ligada a la nacionalidad y consiste en el conjunto de competencias, derechos y obligaciones que permiten a un sujeto la participación activa en la vida político-social de una comunidad. Sin embargo, “las exigencias cívicas y sociales que caracterizan el mundo actual hacen que el concepto tradicional de “ciudadanía”, ligado básicamente al de “nacionalidad”, resulte claramente restrictivo e insuficiente. El fenómeno de la globalización, la progresiva multiculturalidad y las desigualdades entre Norte y Sur, entre otros factores, nos obligan a avanzar hacia un concepto de ciudadanía más amplio y global. Un concepto que favorezca la integración e inclusión de las personas en la sociedad actual y que estimule la participación ciudadana desde los principios de democracia y corresponsabilidad. En definitiva, una ciudadanía “global”, crítica e intercultural, activa y responsable” [...] La ciudadanía “nacional” normalmente no se escoge, sino que viene dada, la global es fruto de una opción. Es fruto de la decisión consciente de convertirse en sujeto activo y protagonista de este proceso civilizatorio. De la determinación de compartir solidariamente esfuerzos y esperanzas con millones de personas que, a lo largo y ancho del mundo, se van sumando a la tarea, olvidando las diferencias que interesadamente nos decían nos separaban y destacando nuestra absoluta y esencial identidad (2012, p. 324).

É a partir do entendimento da cidadania como uma situação capaz de realizar o estreitamento de todos os cidadãos como cidadãos do mundo que demonstra ser importante a reflexão sobre a cidadania como um meio de estreitar e humanizar as relações entre os seres humanos, sejam “pertencentes” a que nacionalidade forem ou a qual cultura derivam, ou mesmo qual religião são seguidores.

O fenômeno migratório, especialmente atualmente, é observado cotidianamente. No entanto, muitas vidas se perdem na busca por ingressar em países capazes de oferecer melhores condições de trabalho. O que ocorre é que em razão das fronteiras estatais a circulação não é livre e essa situação agrava ainda mais as mazelas dessas pessoas que de alguma maneira ou outra já estão

debilitadas. Ou seja, Além das barreiras fronteiriças existem as barreiras discriminatórias que fazem com que esses seres humanos, quando conseguem ingressar no espaço físico, não consigam sentir-se parte daquele local, pois são vistas por muitas pessoas como invasoras não sendo, muitas vezes, nem tratadas com o mínimo respeito pelos nativos. É o que Bauman explica:

Para os habitantes do Primeiro Mundo, as fronteiras dos Estados foram derrubadas, como o foram para as mercadorias, o capital e as finanças. Para os habitantes do Segundo Mundo, os muros constituídos pelos controles de imigração, as leis de residência, a política de “ruas limpas” e “tolerância zero” ficaram mais altos; os fossos que os separam dos locais de desejo e da sonhada redenção ficaram mais profundos, ao passo que todas as pontes, assim que se tenta atravessá-las, revelam-se pontes levadiças. Os primeiros viajam à vontade, divertem-se bastante viajando (particularmente se vão de primeira classe ou em avião particular), são adulados e seduzidos a viajar, sendo sempre recebidos com sorrisos e de braços abertos. Os segundos viajam às escondidas, muitas vezes ilegalmente, às vezes pagando por uma terceira classe superlotada, ainda por cima são olhados com desaprovação, quando não presos e deportados ao chegarem (BAUMAN, 1997, p. 27).

Ocorre que o imigrante é visto como um bastardo. Não é considerado nem cidadão, nem estrangeiro. Ele sente-se incomodado em todo lugar, tanto em sua sociedade de origem quanto em sua sociedade “receptora”. Dessa forma, ele obriga a repensar completamente a questão dos fundamentos legítimos da cidadania e da relação entre o Estado e a Nação ou a nacionalidade. (BOURDIEU, 1991, p. 11-12).

Com isso, o que se vê é que o fenômeno migratório não deixará de existir, pois a cada dia as pessoas sente-se mais livres para buscar melhores condições de vida, deslocando-se para outros locais. Essa situação é importante, mas é preciso ainda superar preconceitos, por meio da tolerância. Todo ser humano merece ser respeitado e por isso, com a atuação do direito no sentido de buscar a afirmação de uma cidadania global, tais preconceitos não poderão mais ser tolerados e com isso, cada cidadão poderá sentir-se cidadão do mundo, proporcionando, com isso, o real sentido da humanidade presente em cada ser.

CONCLUSÃO

Cada vez mais os conceitos do Direito são repensados e oportunizam novos debates em virtude das transformações que ocorrem na Sociedade e no mundo. O desenvolvimento techno-científico, a aproximação entre as pessoas - sejam temporais, geográficas ou culturais-, e a rede mundial de computadores, foram alguns dos fatores que permitiram essa nova condição de mundo.

As pessoas estão cada dia mais próximas, no entanto, falta-lhes ainda uma condição de humanidade. Condição esta que pode ser perseguida por meio de atitudes solidárias e tolerantes. Essas atitudes são capazes de proporcionar um ambiente mais democrático para um pacífico convívio entre as pessoas que, essencialmente são diferentes e não podem ser privadas dessa liberdade do ser.

O ambiente democrático é capaz de fornecer uma estrutura na qual a realização da soberania popular seja efetiva. Os Direitos Humanos Fundamentais confrontam os abusos na relação entre cidadão e Estado. Por este motivo, enfatiza-se que a Cidadania é o vetor para o exercício dos Direitos Humanos Fundamentais. Por outro lado, a Cidadania é um conceito passível de ampliação devido à passagem do tempo e também aos acontecimentos históricos decorrentes do processo civilizatório. A partir da ampliação do conceito da categoria e sua relação com os Direitos Humanos Fundamentais, restrições não vingam. A ideia de Cidadania é uma ideia que se refere aos Direitos Humanos, uma vez que sua história e se confunde com a história de lutas e de libertação do Homem.

Nos dias atuais, com uma maior instrução a partir da facilitação da construção do conhecimento, deve-se estar atento a aproximação entre as culturas e povos. Por isso a tolerância é uma medida para se entender que uma cidadania global pode ser uma alternativa para resolver problemas derivados das migrações. Todos os seres humanos merecem ser tratados com respeito. Com isso, se não encontram boas condições de vida em seus países de origem, devem ser livres para deslocarem-se sem ser discriminados em razão disso, no entanto, não é esta a realidade. A realidade ainda é a da intolerância e discriminação, no entanto, é preciso insistir e não desistir de uma possível utopia de que todos os seres humanos, poderão, algum dia ser tratados com o respeito a sua dignidade em igual medida e é nesse sentido que o desenvolvimento do conceito de uma cidadania global pode ser um potencializador desse processo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Oliveira Selmi. **Direitos humanos**. São Paulo: Atlas, 2011.

AQUINO, Sérgio Ricardo. Fernandes. **Rumo à Cidadania Sul Americana: reflexões sobre a sua viabilidade no contexto da UNASUL, a partir da Ética, Fraternidade e Sustentabilidade**. Tese de Doutorado. Itajaí-SC, 01 de março de 2013.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. Estado de Direito e Estado Constitucional: qual o dever de sua função social contemporânea diante da globalização econômica? In: PASOLD, Cesar Luiz (org). **Primeiros Ensaios de Teoria do Estado e da Constituição**. Curitiba: Juruá, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9 ed. São Paulo, Saraiva, 2005.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. Tradução de Roberto Raposo. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ARNAUD, André-Jean. **Governar Sem Fronteiras**. Entre globalização e pós globalização. Crítica da Razão Jurídica. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

BOLOGNINO, Daniel. Le nuove frontiere della cittadinanza sociale. In: **Democrazia Partecipativa e Nuove Prospettive della Cittadinanza**. MARTIN, Gian Candido de, e BOLOGNINO, Daniela. CEDAM: Milano, 2010.

BOURDIEU, P. A imigração ou os paradoxos da alteridade. In: SAYAD, A. **A imigração**. São Paulo: Edusp, 1991.

BRAGA, Roberto. **Qualidade de vida urbana e cidadania**. Território e cidadania, UNESP, Rio Claro, n.2, julho/dezembro, 2002.

CADERMATORI, Daniela Mesquita Leutchuk. Limites e Possibilidades de uma Cidadania Transnacional: uma apreensão histórico-conceitual. In: **Direito e Transnacionalidade**. Cruz, Marcio Paulo; STELZER, Joana (org.). Curitiba: Juruá, 2011.

CASSESE, Sabino. *Oltre lo Stato*. Bari/Roma: Laterza, 2006.

CÉSAR, Alexandre. **Acesso à justiça e cidadania**. Cuiabá: EDUFMT, 2002.

CHEVALLIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política. São Paulo: Abril, 1993. n° 28-29, 199. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100005&script=sci_arttext>. Acesso em: 1 jun.2017.

CORTINA, Adela. **Cidadãos do mundo**: para uma teoria da cidadania. São Paulo: Loyola, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da Soberania à Transnacionalidade**: democracia, direito e Estado no século XXI. Itajaí, (SC): UNIVALI, 2011.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Constituição viva**: cidadania e direitos humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Estado de Direito e cidadania. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A cidadania e sua história**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/historia.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2017.

FARIAS, Dóris Ghilardi; AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino. O Devir da Cidadania Mundial e sua Engenharia Social no Século XXI: Reflexões. In: **Cadernos Zygmunt Bauman**. Vol. 3. Num.5. 2013, p. 19. Disponível em: <<http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/bauman/article/view/1696/1348>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, médio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿ construimos juntos el futuro? In: **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, n. 3, Dez. 2012. Disponível em:<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 22 abr 2017.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da indignação**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos fundamentais e transnacionalidade: um estudo preliminar. In: **Direito e transnacionalidade**. CRUZ, Paulo Márcio. STELZER, Joana. Curitiba: Juruá, 2011.

HABERMAS, Jurgen. Cidadania e identidade nacional (1990). In: **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEFF, Enrique. **Ecologia, Capital e Cultura: a territorialização da racionalidade ambiental**. Tradução de Jorge Esteves da Silva. Petrópolis, (RJ): Vozes, 2009.

LEMO, André; LÉVY, Pierre. **O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária**. São Paulo: Paulus, 2010.

LEVI, Lucio. **Crisi dello Stato e Governo del Mondo**. G.Giappichelli Editore: Torino, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **El Crepúsculo del Deber**. Barcelona, Anagrama, 1998.

LOCCHI, Maria Chiara. **Brief reflections on legal pluralism as a key paradigm of contemporary law in highly differentiated western societies**. In: *Revista Brasileira de Direito IMED*, vol. 10. n.2. p. 74-84, 2014. Acesso em: 12 fev. 2017.

MARSHALL, Thomas. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos humanos, cidadania e educação: do pós-segunda guerra à nova concepção introduzida pela Constituição de 1988. In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, Centro de atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_4/DIALOGO-JURIDICO-04-JULHO-2001-VALERIO-MAZZUOLI.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2017.

NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna; GONÇALVES, Sérgio Luiz. Democracia e transnacionalidade: a democracia como paradigma de garantia dos direitos fundamentais através da solidariedade no século XXI. In: **Revista de Direito Brasileiro IMED**. Vol. 10. Num. 2. 2014.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 12.ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PELLENZ, Mayara; SANTOS, Daniela dos. A responsabilidade da pessoa humana pela preservação ambiental e melhoria da vida: reflexões constitucionais. In: **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.1, edição especial de 2015. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 17 mar. 2017.

- PENA, Rodolfo F. Alves. **Migrações Internas no Brasil**. Disponível em: <http://www.mundoeducacao.com/geografia/migracoes-internas-no-brasil.htm>. Acesso em 5 de dezembro de 2014.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Ciudadanía y deficiones**. In: *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Alicante, n. 25, 2002.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio-Enrique. **La tercera generación de los Derechos Humanos**. Cizur Menor: Aranzadi, 2006.
- PINSKY, Jaime; PINKY, Carla B. (orgs.). **História da Cidadania**. 3.ed. São Paulo: Contexto, 2005.
- ROSENFELD, Denis L. **O que é democracia**. 5. ed. Coleção primeiros passos. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso. Ciudadanía y derechos. In: ÁLVAREZ GÁLVEZ, Iñigo *et al.* **Teoría de la justicia y derechos fundamentales**. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba. Madrid: Dykinson, 2008.
- SANTOS, Regina Bega. **Migração no Brasil**. São Paulo: Scipione, 1994.
- VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2002.

A INFÂNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: UMA ANÁLISE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E SUA INEFICÁCIA PRÁTICA NA RESSOCIALIZAÇÃO DOS ADOLESCENTES

Fernando Cesar Mendes Barbosa¹

Gabriele Delsasso Lavorato Manfré²

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb³

RESUMO

O presente trabalho busca demonstrar a importância da efetivação do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado em data de 13 de julho de 1990, pela Lei 8.069, por representar este importante instrumento legal um amplo, universal e diferenciado sistema de garantias fundamentais ao público infantojuvenil, que leva em consideração a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, bem como a prioridade absoluta no trato de seus interesses. Pretende-se, neste artigo, enfatizar o sistema socioeducativo de internação, destacando a finalidade reeducativa da medida socioeducativa de internação e a problemática de sua ineficácia quando transferida ao plano prático para a recuperação dos infratores, ante a omissão estatal na correta aplicação das normas protecionistas, em especial, pela deficiência dos estabelecimentos educacionais voltados ao resgate dos adolescentes em conflito com a lei, os quais incontestavelmente não respeitam as condições prioritárias que apresentam. Diante do panorama demonstrado, em total desacordo com a normativa e princípios que permeiam os Direitos Humanos e a Doutrina de Proteção Integral, apresenta-se, como soluções para a problemática envolvendo a realidade brasileira a efetiva aplicação do disposto no Estatuto, de modo que seja propiciada aos adolescentes uma justiça real, especializada e democrática, reconhecendo-se e efetivando a verdadeira finalidade da internação, que é a reeducação e integração social do adolescente autor de infrações, e por consequência a contenção do clamor social contra a impunidade.

Palavras-chave: Medida socioeducativa; Reeducação; Ineficácia da internação; Doutrina da Proteção Integral.

¹ Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana – UNILA. E-mail: fernandocesarmb@gmail.com

² Discente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Servidora do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR. E-mail: gaby_dl91@hotmail.com.

³ Advogado e Professor na Faculdade Cristo Rei, Cornélio Procopio, Paraná. Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP – PR. E-mail: marcosmerheb@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

A Doutrina da Proteção Integral, inspiradora do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi instituída ante a necessidade de uma legislação de proteção específica, diferenciada e real em favor do público infantojuvenil que, por anos, viveram no esquecimento humano, como vítimas de diversas atrocidades, discriminação e desrespeito.

O artigo em tela tem como intuito avaliar a viabilidade do sistema de proteção e garantias desprendidas às crianças e adolescentes, bem como, e especialmente, demonstrar as finalidades da medida socioeducativa de internação, enfatizando a sua operacionalidade na reinserção do jovem infrator ao ambiente social e familiar.

Neste cenário, assaz importância é o apontamento das deficiências e falhas existentes na aplicação da medida de internação, capaz de prejudicar suas verdadeiras funções, causando no seio comunitário a sensação de impunidade no trato dos adolescentes em conflito com a lei. Para tanto, ressalta-se a situação das unidades de internação dos adolescentes infratores, além de outros pontos frequentemente questionados, como as atividades efetuadas nestes locais, a qualificação dos profissionais, o prazo máximo da medida etc.

Desta feita, no trabalho em apreço, através do método indutivo baseado na pesquisa bibliográfica interdisciplinar, apresentará considerações sobre o direito fundamental à infância e a doutrina da proteção integral, como forma de resguardar esta classe de pessoas, agora não mais vistas como objeto, e sim como sujeitos de direito.

Além disso, destacar-se-á a definição de ato infracional da legislação pertinente, bem como as modalidades de medidas socioeducativas previstas no estatuto, especificadamente dispostas no artigo 112, incisos I a V (da advertência à semiliberdade).

Por derradeiro, abordará considerações gerais sobre a medida socioeducativa de internação, em especial, de sua finalidade reeducativa. Seguirá apontando comentários quanto às situações que autorizam à aplicação da extrema medida, bem como versará sobre os princípios orientadores da reprimenda em comento.

Nesta ótica, elencará as causas influenciadoras a não recuperação dos infratores, demonstrando a ineficácia da medida no que tange ao seu adimplemento, e que por consequência aumenta a violência e a sensação de impunidade na sociedade contemporânea, interferindo em sua qualidade de vida. Assim, o presente artigo tratará da necessidade de colocar em prática a justiça especializada da

infância e juventude para construção da paz, da prevenção da violência, da preservação da democracia e do desenvolvimento humano.

1 A PROTEÇÃO DA INFÂNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

É sabido que os direitos fundamentais têm sua concepção delineada a partir das lutas, ideias, movimentos sociais, tensões políticas e demais reivindicações do povo, ante a necessidade de proteção do indivíduo face os arbítrios do Estado vivenciados no decorrer da história.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe ao ordenamento jurídico grande relevância ao tema dos direitos fundamentais, já que reservou aspectos específicos a estes direitos, dentre eles, a proteção da dignidade humana e sua aplicabilidade imediata e direta.

A expressão direitos fundamentais, bem difundida nos tempos modernos, possui outras terminologias relacionadas, como garantias ou liberdades fundamentais, diferenciando dos direitos humanos no tocante à análise de sua abrangência e positivação. Dessa forma, no aspecto geral, a fundamentalidade destes direitos está ligada a preponderância da dignidade humana, bem como a ideia de que esta deve ser “o objeto de respeito e proteção por parte do Estado e da comunidade”. (SARLET, 2008, p. 122).

Para Ingo Sarlet, direitos fundamentais “são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (2008, p. 36). De igual modo, Paulo Bonavides corrobora com este entendimento ao afirmar que os direitos fundamentais são aqueles que a ordem jurídica qualifica como tais. (2005, p. 560).

A partir destas definições, resta claro que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos e protegidos pelo Direito Constitucional interno de cada Estado, necessários para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana, fundamento da República Brasileira e valor-fonte dos quais emanam todos os outros direitos.

Acerca do tema “direitos fundamentais”, Brega Filho dispõe:

Os direitos fundamentais estão relacionados à pessoa humana, pois, como já dissemos anteriormente, os direitos fundamentais são aqueles necessários para garantir uma vida de acordo com o princípio constitucional da dignidade humana. Não existem, portanto, direitos fundamentais dos animais e das árvores. (2002, p.71)

Dessa forma, constata-se não ser por acaso as inovações trazidas pela Constituição Cidadã, isto porque a relação entre a proteção dos direitos fundamentais e o Estado Democrático de Direito é justamente a promoção da paz. Nesse sentido, Norberto Bobbio:

(...) direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. (1992. p. 1).

Acertado o pensamento de Canotilho, ao dizer que

O significado de um regime de direitos qualificados ou de garantias reforçadas -o regime dos direitos, liberdades e garantias- não é o de reduzir o regime geral a uma disciplina jurídica mais frouxa ou com menos dignidade (...), mas o de estabelecer um regime que exprima a natureza destes direitos- na sua concreta expressão constitucional positiva - como elementos estruturantes do estado de direito democrático. (1941, p. 416).

Os direitos fundamentais, positivados no ordenamento jurídico brasileiro, estão dispostos ao longo da Constituição Federal, especialmente em seu artigo 5º, cuja origem resultou das atrocidades e desrespeito aos direitos intrínsecos do indivíduo vivenciados pela história brasileira. Dispõe Selma Rodrigues Petterle:

Por disposição expressa de Nossa Carta Magna, o catálogo de direitos fundamentais não é exaustivo, restando aberta a possibilidade de identificar e construir outras posições jurídicas fundamentais que não as positivadas, tudo através da denominada cláusula aberta. Com amparo na doutrina, é possível afirmar que, para além dos já reconhecidos como direitos fundamentais, há outros, quais sejam, aqueles não escritos, não positivados, que, em virtude de seu conteúdo materialmente significativo (sua relevância e conteúdo), são também merecedores de proteção constitucional. (2007. p. 89).

Assim, o legislador definiu uma série de direitos, essenciais, elementares e básicos visando assegurar uma vida digna a todos os cidadãos, dentre os quais, saúde, moradia, trabalho, segurança, educação, lazer, maternidade, infância, previdência entre outros.

Sob esta ótica, na esperança de melhor atender aos interesses das crianças e adolescente e proporcionar-lhes uma proteção especial, diferenciada, ampla, universal e, mormente, integral, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei nº 8.069, o qual rompeu com todo paradigma até então estabelecido, através da “Doutrina de Proteção Integral” em conjunto com os dispositivos legais da Constituição Cidadã.

O Estatuto é considerado uma legislação de vanguarda, justamente, por romper com a doutrina da situação irregular presente no Código de Menores de 1979 e reafirmar a noção de proteção da infância e juventude brasileira, bem como a visão de sujeito de direitos, com novos conceitos e práticas, especialmente com a incidência dos direitos fundamentais a esta classe de pessoas.

Diante destas normativas e buscando evitar a construção social que separa os menores de seus direitos fundamentais e da dignidade humana, o instrumento legal em comento trouxe mudanças substanciais no tratamento da população infantojuvenil, a qual passou a titularizar, pela primeira vez, um Direito da Criança e do Adolescente, abrangente, real, efetivo, palpável e, principalmente, exigível, contrapondo-se ao Direito do Menor até então predominante e imposto.

Paulo Afonso ensina:

O Estatuto da Criança e do Adolescente contrapõe-se à lógica do Direito do Menor, representado pelo antigo Código de Menores, que se baseia na concepção de que crianças e adolescentes são meros objetos de intervenção do mundo adulto e da teoria da situação irregular, baseado na situação de patologia social, na ausência de rigor procedimental, com desprezo às garantias relacionadas ao princípio do contraditório e o elevado grau de discricionariedade da autoridade judiciária. (2002, p.29)

Vale dizer que o “novo direito” adotado em benefício dos jovens brasileiros teve como mola precursora a promulgação da Constituição da República, a qual instituiu no país uma Ordem Constitucional pautada essencialmente no Princípio da Dignidade Humana e no Estado Democrático de Direito.

Observa-se, pois, que a “Constituição Cidadã” consolidou os Direitos Fundamentais à infância, além de determinar como sendo dever da família, do Estado e de toda sociedade zelar pela concretização de tais direitos. Nessa ótica, reconhece Pereira:

Os Direitos Fundamentais têm sido reconhecidos como manifestações positivas do Direito, produzindo efeitos no plano jurídico, sendo, outrossim, reconhecidos como princípios que orientam a forma sob a qual o Estado deve organizar-se, fixando

principios e linhas gerais para guiar a vida em sociedade com fins de promover o bem-estar individual e coletivo de seus integrantes. Declarados nas Constituições modernas, eles não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos. (2000, p.15)

Desta feita, conceitua-se “proteção integral como um sistema em que crianças e adolescentes figuram como titulares de interesses subordinantes frente à família, à sociedade e ao Estado”(ISHIDA, 2009, p.07). “Significa a imposição de obrigações aos mesmos entes, colocando a criança e o adolescente como sujeitos ativos das relações jurídicas”.(PAULA, 2009, p.23)

Corroborar, no mesmo sentido, Saliba:

[...] Essa condição peculiar coloca aos agentes envolvidos na operacionalização das medidas a eles destinadas a missão de proteger e de garantir o conjunto de direitos e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. Sua condição de sujeitos de direitos implica a necessidade de participação nas decisões de qualquer medida a seu respeito. A responsabilidade pelo desenvolvimento integral da criança e do adolescente é da sociedade e do Estado. (2006, p. 27)

A partir de agora, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos, os menores passam a ser amparados com prioridade absoluta, não somente pela família e pelo Estado, consistindo num dever social, de modo a suprir todo o desrespeito e discriminação vivenciados nos anos passados no trato dos direitos infantis.

Traz seu ensinamento Paula:

[...] passaram a ser sujeitos de direitos relacionados ao desenvolvimento saudável e de garantias atinentes à integridade. Esses interesses foram ditos “subordinantes” porque vinculam e obrigam a família, a sociedade e o Estado. Surgem em contraposição ao modelo do Código de Menores, onde havia uma legislação assistencialista voltada ao menor infrator ou ao abandonado. (grifo nosso)(2002, p.20)

A prioridade absoluta é estabelecida pela Lei Fundamental em seu artigo 227, sendo ainda reforçado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º. Fundamenta-se na preponderância dos interesses da infância e juventude em todas as esferas de pretensões, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar. Trata-se da proteção a esta classe de pessoas ante suas

condições peculiares de humanos em fase de desenvolvimento biopsíquico-funcional, bem como a concretização de direitos fundamentais cuja a norma é aberta.

Nogueira assevera:

[...] consiste na primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, bem como na precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública, assim como a preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas e ainda a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e juventude. (1998, p.16)

Maciel complementa:

À primeira vista, pode parecer injusto, mas aqui se tratou de preponderar interesses. O que seria mais relevante para a nação brasileira. Se pensarmos que o Brasil é "o país do futuro"- frase de feito ouvida desde a década de 70- e que o futuro depende de nossas crianças e jovens, se torna razoável e até acertada a opção do legislador constituinte. (2008, p.20)

Com efeito, não obstante no campo formal a doutrina da proteção integral esteja pura e perfeitamente delineada, tem-se como maior desafio a real e efetiva concretização e emprego dos direitos aludidos, bem como do Diploma Legal ora em estudo.

Isto posto, considerando o alarmante aumento dos índices de crianças e adolescentes autores de atos infracionais no País, pertinente se faz analisar, em face desta realidade, as deficiências encontradas na imposição das medidas socioeducativas, fazendo com que reste prejudicada as principais funções deste sistema de prevenção.

3 ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS CABÍVEIS

O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao contrário do que previa a Doutrina da Situação Irregular, insurgiu no Ordenamento Jurídico Pátrio inovações significativas no que concerne aos direitos infantojuvenis, agora com uma perspectiva mais humana, sob o pilar da proteção integral aos jovens.

O aludido Diploma Legal, constituído por princípios e regras, tutela a criança e o adolescente de forma ampla, desde seu nascimento até a maioridade, momento em que o jovem passa a ser regido pela Justiça Comum.

Neste raciocínio, pode-se dizer que ato infracional consiste na conduta descrita como crime ou contravenção penal perpetrada pela criança ou adolescente, conforme predispõe o artigo 103 da lei 8069/90. Confira-se:

Artigo 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal (BRASIL, 1990)

Assim, por envolver pessoas inimputáveis, tecnicamente o injusto cometido por criança ou adolescente denomina-se ato infracional, análogo a crime ou contravenção, diferenciando os menores infratores dos adultos, vez que não se pode dispensar o mesmo trato punitivo as duas distintas classes de sujeitos de direitos.

Cury e Maçura relatam:

Por serem inimputáveis, a criança ou o adolescente jamais cometem crimes ou contravenções, incorrendo tão-só em ato infracional, caso adotem conduta de tipicidade objetivamente idêntica. O cotejo entre o comportamento do menor e aquele descrito como crime ou contravenção atua apenas como critério para identificar os fatos possíveis de relevância infracional, dentro da sistemática do Estatuto da Criança e do Adolescente. (2000, p. 91)

Desse modo, crucial frisar que tanto criança quanto adolescente praticam atos infracionais. Contudo, as crianças, como forma de punição pelo ilícito perpetrado, apenas são aplicadas medidas de proteção (artigo 105 do ECA). Por sua vez, aos adolescentes infratores ocorre à imposição obrigatória de medidas socioeducativas (artigo 112), as quais podem ser cumuladas ou não com medidas de proteção.

Em suma, diz-se que, ao analisar o Estatuto a responsabilização socioeducativa está prevista aos menores a partir de doze anos de idade completos, aos quais receberão medidas corretivas pertinentes à sua condição especial de pessoa em desenvolvimento.

Nos dizeres de Darlan:

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem dispositivos que responsabilizam os adolescentes que se apresentam com comportamentos desviantes e praticam atos ilícitos. Trata-se da responsabilidade socioeducativa, através da qual a pessoa em desenvolvimento recebe medidas corretivas correlatas à sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, em formação. (1998, p. 91)

E continua o autor:

Embora alguns desconheçam, a verdade é que desde os doze anos qualquer cidadão que pratique atos infracionais é responsabilizado por eles e recebe medidas socioeducativas. Estas podem se traduzir em uma advertência ou na privação da liberdade, passando por outras medidas pedagogicamente mais eficazes, como a prestação de serviços à comunidade e a liberdade assistida, responsáveis pela ressocialização de tantos adolescentes antes infratores, hoje integrados à sociedade. (Ibidem, p. 91-92)

Saliba complementa:

É necessário enfatizar que todas as medidas preconizadas pelo ECA têm como princípio básico a educação como forma de possibilitar ao infrator a reinserção social. O Estatuto só pode ser compreendido pelo seu aspecto pedagógico que inclui elementos do modelo educacional. (2006, p. 34)

Sob esse prisma, com base na finalidade reeducativa das medidas socioeducativas, de modo a reintegrar o jovem ao ambiente social, caberá ao juiz, analisando caso a caso, impor a reprimenda legal ao adolescente infrator na dosagem do caso concreto, não em vista da conduta em si apenas, porém e principalmente, o perfil sociológico do agente. Por isso, salutar tecer ponderações quanto às modalidades de medidas socioeducativas predispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como as especificações de cada uma delas.

Ora, é sabido que, realizado o ato infracional, inicia-se a ação socioeducativa através da representação ofertada pelo Órgão Ministerial. Com o fim de tal procedimento, cabe ao Juiz aplicar aos adolescentes medidas socioeducativas pertinentes. Estas estão disciplinadas em um rol taxativo constante no artigo 112 do Estatuto do Adolescente, possuindo cada qual suas peculiaridades e hipóteses de aplicação que devem ser observadas pelo magistrado no momento de sua imposição, além de outros requisitos presentes no aludido Diploma Legal.

A Doutrina da Proteção Integral, sobrelevando as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, procurou afastar dos juristas quaisquer princípios subjetivos e arbitrários quando da imposição da medida socioeducativa ao adolescente. Ao contrário, fez com que o juiz lançasse mão de regras garantistas e responsabilizantes insculpidas no atual Estatuto, sempre observando a capacidade do adolescente em cumpri-la, as circunstâncias e, por fim, a gravidade do ato praticado.

Sob esta perspectiva, preliminarmente a quaisquer considerações acerca de cada medida socioeducativa, salutar se faz esclarecer que as mesmas não são penas. Consistem tão somente em providências jurídicas cuja finalidade é a proteção do adolescente, com a promoção de seu desenvolvimento pleno e sadio, sob o prisma da prevenção especial, voltada para o futuro.

Destarte, resta evidente a natureza híbrida das medidas socioeducativas, formada por dois fatores que se conjugam para atingir os propósitos da reeducação e de adimplência social do adolescente, quais sejam, o caráter pedagógico, cujo escopo está na reintegração social e familiar do jovem, e o caráter sancionatório, respondendo à sociedade pela lesão causada em face do ilícito.

Saliba dispõe:

Ao se estruturar em torno das medidas socioeducativas, percebe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem um princípio norteador baseado na ação pedagógica. Todas as medidas previstas devem prever a reeducação e a prevenção. Pretendem estabelecer um novo padrão de comportamento e conduta ao infrator, promovendo uma ruptura entre o novo projeto de vida do adolescente e a prática de delitos. Mesmo possuindo, por um lado, um caráter punitivo aos adolescentes infratores- uma sanção, cerceamento de sua liberdade-, por outro, em todas as medidas socioeducativas é enfatizada na execução das medidas o *caráter educativo*. (2006, p. 29)

Ainda nesta ótica, Konsen, em suas palavras, demonstra o caráter retributivo das medidas socioeducativas, comparando estas com as penas criminais. Confira-se:

[...] na pena criminal do adulto não se avalia, prevalentemente, a necessidade pedagógica; avalia-se como critério norteador fundamental para a fixação do tamanho da reprimenda, o tamanho da culpa. Para a escolha da medida socioeducativa o critério prevalecente é o da necessidade pedagógica. A finalidade da pena criminal pauta-se, por consequência, por sua proporcional carga retributiva. A finalidade da medida socioeducativa pauta-se pela necessidade pedagógica do adolescente. (2005, 76-77)

Continua:

[...] a substância é penal e a finalidade é pedagógica. [...] identifica como a responsabilização do adolescente autor de ato infracional, com o significado de evidenciar a inadequação de uma determinada conduta penal e determinada a prevenir a prática de novas infrações e propiciar a adequada inserção social e familiar, através

da adesão voluntária ao fazer incidir de vivências pedagógicas correspondentes a necessidade do infrator. (Ibidem, 91-92)

A primeira medida passível de aplicação é a advertência. Esta, por sua vez, conforme preleciona do artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente, consistirá em uma admoestação verbal, reduzida a termo e assinada, pelo Magistrado da Infância e Juventude, bem como pelo Representante do Ministério Público quando da concessão de remissão.

Trata-se da medida mais branda prevista na legislação a prática de atos infracionais leves e condutas infringentes primárias, cujo objetivo é senão levar o acusado à meditação quanto às consequências da infração, bem como fazê-lo prometer a não reiterar comportamentos ilícitos.

Destaca-se que a medida em comento, diferentemente das demais, pode ser aplicada independentemente de um seguro acervo probatório, bastando indícios de autoria e materialidade.

Corroborando nesse sentido, as palavras de Konzen:

A medida de advertência, muitas vezes banalizada por sua aparente simplicidade e singeleza, certamente porque confundida com as práticas disciplinares no âmbito familiar ou escolar, produz efeitos jurídicos na vida do infrator, porque passará a constar do registro dos antecedentes e poderá significar fator decisivo para a eleição da medida na hipótese da prática e nova infração. Não está, no entanto, nos efeitos objetivos a compreensão da natureza dessa medida, mas no seu real sentido valorativo para o destinatário, sujeito passivo da palavra de determinada autoridade pública. A sensação do sujeito certamente não será outra do que a de se recolher à meditação, e, constrangido, aceitar a palavra da autoridade como promessa de não reiterar conduta. Será provavelmente um instante de intensa aflição. (2005, p. 46)

Ato contínuo, a legislação menorista prevê como segunda modalidade de medida socioeducativa a obrigação de reparar o dano. Tal possibilidade encontra-se razão de ser, conforme artigo 116 do Estatuto, quando da ocorrência de ato infracional com reflexos patrimoniais, oportunidade que terá o infrator de restituir coisa, ressarcir o dano ou, por outra forma, compensar o prejuízo causado à Vítima.

À colação, os dizeres de Ishida:

A obrigação de reparar o dano, como medida socioeducativa, deve ser suficiente para despertar no adolescente o senso de responsabilidade social e econômica em face do

bem alheio. A medida deve buscar a reparação do dano causado à vítima tendo sempre em vista a orientação educativa a que se presta. (2009, p. 230)

Vale dizer que, a imposição da medida ora em análise está intimamente vinculada a existência de recursos financeiros por parte do Acusado. Assim, sendo o adolescente desprovido de condições patrimoniais, impossibilitando o cumprimento integral da medida, o dispositivo em comento, sem seu parágrafo único, faculta ao Magistrado a substituição da reprimenda por outra que julgar mais adequada, sobrelevando a capacidade pessoal do autor infracional.

A medida de prestação de serviços à comunidade é definida no artigo 117 do Estatuto a qual, por sua vez, consiste na realização por parte do jovem em conflito com a lei de tarefas gratuitas de interesses gerais, por período não superior a 06 (seis) meses, junto a entidades assistenciais.

Visa uma conscientização do adolescente acerca da relevância do labor e do papel desempenhado pelo mesmo no seio comunitário. O escopo é proporcionar ao adolescente a oportunidade de efetivar atividades construtivas, fazer surgir a solidariedade e consciência social.

Ressalta-se que tal modalidade de reprimenda estatal não se confunde com o exercício de trabalhos forçados, visto que estes possuem caráter desumano, desproporcional à capacidade de quem é punido, ao passo que a prestação de serviços à comunidade serve justamente para fazer florir no infrator uma percepção de cidadania, observadas cargas horárias semanais adequadas a sua permanência escolar e em outra atividade profissional que, porventura, venha a desenvolver.

Quanto à função social e pessoal da medida em comento, Pereira dispõe:

A prestação de serviços à comunidade traz em seu bojo vantagens que se alastram sobre três esferas: Estado, Comunidade e Adolescente. Para o Estado surge como uma medida barata que combate com eficiência a questão da delinquência; a comunidade, por sua vez, participa de forma ativa na solução de um problema que a incomoda diretamente e também traz para o meio social um sentimento de responsabilidade na transformação do próximo; e, por fim, o adolescente consegue reconhecer que é possível dar um rumo diferente a sua vida, e que pode contribuir, de alguma forma, na mudança do meio social em que vive. (2000, p. 1000).

Trata-se, desse modo, a liberdade assistida, disciplinada nos artigos 118 e 119 da Lei 8069/90, em uma espécie de medida a qual submete o adolescente, após entregue aos seus responsáveis ou liberação de internato, à assistência, acompanhamento, orientação e auxílio, ainda que discreto, com a finalidade de evitar

a reincidência do jovem em outras condutas infracionais, bem como promover sua reinserção social e familiar.

Atualmente, a sanção em análise consiste mais rígida dentre as não-privativas de liberdade e, ainda, a que vem obtendo maior sucesso, no que tange à recuperação dos jovens.

Manifesta-se, a “liberdade vigiada”, como uma intervenção na vida do menor, por meio de um comparecimento periódico a um posto determinado, cujo objetivo é o acompanhamento personalizado, sobretudo com garantias de proteção, vínculos familiares, inserção social e profissional, dentre outros.

Digiácomo M. e Digiácomo I. expõem seus ensinamentos:

A liberdade assistida é a medida que melhor traduz o espírito e sentido do sistema socioeducativo estabelecido pela Lei 8069/1990 e, desde que corretamente executada, é sem dúvida a que apresenta melhores condições de surtir os resultados positivos almejados, não apenas em benefício do adolescente, mas também de sua família e, acima de tudo, da sociedade. Não se trata de uma mera “liberdade vigiada”, na qual o adolescente estaria em uma espécie de “período de prova”, mas sim importa em uma intervenção efetiva e positiva na vida do adolescente e, se necessário, em sua dinâmica familiar, por intermédio de uma pessoa capacitada para acompanhar a execução da medida, chamada “orientador, que tem a incumbência de desenvolver uma série de tarefas, expressamente previstas no artigo 119, do ECA. (2011, p. 216)

Frisa-se que, o prazo mínimo para o adimplemento da medida é de 06 (seis) meses de duração. Contudo, assim como as demais reprimendas legais, a “liberdade vigiada” poderá, a qualquer tempo, ser prorrogada, revogada ou substituída por outra pertinente, uma vez analisado o caso concreto e relatórios enviados pelas entidades assistenciais, ouvidos o orientador, o Ministério Público e o defensor.

Nesse viés, já a medida de semiliberdade, regulamentada pelo artigo 120 da Lei Menorista, consiste num instituto onde o infrator permanecerá internado no período noturno, entretanto, poderá efetuar atividades externas, independentemente de autorização judicial, perfazendo-se indispensável a escolarização e profissionalização do culpado.

Malgrado tal medida prive o adolescente, em parte, de sua liberdade, a mesma não se desvirtua de suas características primordiais, qual seja, finalidade educativa e pedagógica.

Nas palavras de Liberati:

A privação parcial de liberdade do adolescente infrator decorre do objetivo da medida em estudo: sua função é punir o adolescente que praticou um ato infracional. É verdade, porém, que todas as medidas socioeducativas- incluindo a colocação em regime de semiliberdade- têm natureza sancionatória/punitiva, com verdadeiro sintoma de retribuição ao ato praticado, executado com a finalidade pedagógica. (2006, p. 116)

Atente-se que, sendo uma reprimenda de natureza grave, a medida de semiliberdade somente poderá ser aplicada observando o devido processo legal, bem como os princípios do contraditório e da ampla defesa, englobados pelo princípio da legalidade. Outrossim, possível é sua imposição desde início pelo Julgador ou ainda através da “progressão” do regime de internação para o da semiliberdade.

Nesta sistemática, a aludida medida não comporta prazo determinado de duração. Ademais, é cediço uma reavaliação do jovem em conflito com lei a cada 06 (seis) meses, de modo a elucidar os progressos pessoais do menor quando do cumprimento da medida.

Destarte, verificada a incapacidade do adolescente em dar fiel adimplemento à sanção, o Magistrado dispõe do instrumento da “regressão”, efeito reverso da “progressão” acima mencionada, incidindo-o numa espécie de reprimenda mais gravosa.

Por fim, atinente ao prazo máximo de duração da medida em tela, tem-se que deverá ser, indubitavelmente de 03 (três) anos com fulcro no disposto no artigo 121, §2º do ECA. Ainda em virtude desta previsão legal, lógico concluir que as hipóteses autorizadoras da imposição da semiliberdade são as mesmas cabíveis para a medida de internação.

4 A MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Diante dessa realidade, a ocorrência da criminalidade juvenil explica-se, diversas vezes, pela rejeição dos valores sociais institucionalizados pelo mundo adulto, na tentativa de se cultivar seus próprios valores e padrões de existência.

Bem assevera Shecaira ao dizer que “[...] a criminologia contemporânea define o comportamento desviante do adolescente como fenômeno social normal, que desaparece com o amadurecimento [...]” (2008, p. 101). No mesmo raciocínio, o autor considera “[...] a adolescência como um período em que os jovens afrontam a dupla tarefa psicossocial: da separação da família e da formação de um conceito de si, voltado para a idade adulta [...]” (Ibidem, p.103).

Desse modo, observa-se que muitas das condutas perpetradas pelos adolescentes são partes de um fenômeno normal e geral dessa fase de desenvolvimento do ser humano, seja para ultrapassar limites, seja para testar a eficácia das normas ou simplesmente demonstrar o atributo “coragem” frente ao seu grupo de convivência.

Nas palavras de Maciel “[...] a adolescência é uma fase de erupção. Tudo é tão intenso e contraditoriamente duvidoso no indivíduo. É momento de muitas escolhas e poucas opções. Ímpar como é, a adolescência causa um verdadeiro terremoto interior [...]” (2008, p. 797).

É nesta perspectiva que a legislação em comento apresentou a medida socioeducativa de internação como resposta mais grave aos executores de atos infracionais, a ser aplicada numa ótica multidisciplinar sobre o comportamento do infrator, de modo a aferir suas particularidades que em muito se diferem se comparadas ao adulto.

A estes sujeitos de direitos procurou o Estado impor a reprimenda legal análoga à prisão, em vista do seu exclusivo direito de punir, mormente, o dever de reeducar o jovem desviante, como forma de reintegrá-lo socialmente, obrigando-os a respeitar as comunitárias a ponto de assumi-las como suas, a partir de comprometimentos éticos e morais.

A medida socioeducativa de internação encontra sua previsão no artigo 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo definida como medida privativa de liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, os quais serão abordados detalhadamente no item seguinte.

Com efeito, a internação constitui a mais grave medida do sistema de medidas possíveis de aplicação aos adolescentes infratores, reservada a casos extremos e de notória excepcionalidade, devendo ser assim utilizada, tal como ocorre no sistema penal direcionado aos maiores de 18 anos, com a mais estrita parcimônia.

Malgrado a medida em apreço possua natureza segregadora, assim como todas as demais medidas disciplinadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente não se pode negar o ínsito caráter pedagógico que permeia a medida de internação, sem o qual, certamente, não se justificaria a privação de liberdade num sistema de proteção a menores.

Não basta pura e simplesmente a imposição da medida privativa de liberdade para que se possa afirmar a satisfação dos direitos voltados ao público infantojuvenil. Necessário, pois, um efetivo acompanhamento da evolução da

reprimenda legal aplicada em face do adolescente, justamente pelo agudo momento de transformação física e psíquica a que o mesmo está sujeito.

Isto porque o comprometimento do Estado não se deve voltar exclusivamente ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o indivíduo infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da reincidência criminal.

Assim, tem-se que a atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público. No plano de fundo, deve estar presente a busca pelo resgate da cidadania do jovem infrator, o que somente é possível com a oferta de uma educação de qualidade e formadora de cidadãos consciente de seus deveres cívicos.

Sob esse prisma, consoante já explanado, a internação só se faz pertinente em casos excepcionais, já que afasta temporariamente o adolescente do convívio sociofamiliar, colocando-o em estabelecimento institucional, sob responsabilidade do Estado, constituindo verdadeira restrição ao direito fundamental de liberdade, imprescindível à ressocialização e formação do caráter do recuperando.

Considerando as peculiaridades da medida de internação, muito se discute quanto à efetividade da mesma no tocante a recuperação do adolescente. Não é demais lembrar que qualquer medida socioeducativa possui finalidade educativa e curativa, não sendo diferente a medida de internação, seja qual for o caso concreto.

No plano formal, verifica-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente contém normas amplas de proteção a criança e adolescente, bem como implementadoras de atividades necessárias ao desenvolvimento e regeneração do autor de ato infracional.

Todavia, no plano prático, resta evidente que a lei formal não conseguiu alcançar o patamar de aplicação que se almejou ao ser elaborada, vez que são recorrentes as graves violações dos direitos e garantias conferidos aos adolescentes, especialmente aos autores de ato infracional.

Vive-se um período de liquidez, em que o discurso do medo é constantemente explorado pela mídia, fomentando o expansionismo do Direito Penal – que tem também como bandeira a redução da maioria penal. Nesta seara, o Direito Penal surge como vedete para acalmar o clamor social, mas olvida-se que sua utilização imoderada o transforma em um mecanismo de clivagem social,

atuando de forma seletiva contra indivíduos pré-selecionados – contribuindo para a criminalização da juventude pobre e negra.

Justificam a necessidade de redução da maioridade penal no fato de que os adolescentes teriam consciência da ilicitude do ato perpetrado. Entretanto, a imputabilidade penal não é composta apenas pela consciência da ilicitude, mas também pela possibilidade de determinar-se de acordo com esta imposição normativa. E é este o ponto-chave.

A adolescência é um momento delicado na vida do ser humano pelo qual passa o jovem na busca de sua inserção social e autodefinição, em que acaba sendo frequente atos de rebeldia. Assim, as crianças e os adolescentes não nascem “delinquentes” –elas aprendem tal comportamento com a interação com o mundo do crime, já que não conseguiram ingressar em nenhum grupo de imagem positiva.

Desta feita, verifica-se que a medida socioeducativa de internação perdeu de vista suas diretrizes, pois a administração interna acaba por se omitir na fiscalização das unidades de internação, a ponto de submeter os adolescentes a condições desumanas, deixando a descoberto a efetiva recuperação dos mesmos.

Neste diapasão, a internação acaba por insurgir nos jovens sentimentos de insegurança, agressividade e frustração, considerando que não atende aos princípios e diretrizes estabelecidos pelo ECA, equiparando-se, pois, a verdadeiras penas, sendo um fim em si mesma. Pode-se elencar, dentre outras problemáticas da efetividade da internação, a inexistência de profissionais qualificados para a realização das atividades educacionais, infraestrutura dos espaços destinados a privação da liberdade, falta de recursos para a manutenção das unidades, superlotação, alimentação, higienização, enfim, prática de atos contrários a dignidade da pessoa humana e prioridade integral e absoluta.

Isto fomenta a insegurança do grupo juvenil e, por via oblíqua, não ressocializa o adolescente, equiparando-se a verdadeiras penas, sendo um fim em si mesmo, ocasionando por consequência insegurança social, aumento dos índices de violência – um prato cheio para os noticiários sensacionalistas, que moldam e inflamam a opinião do público. Liberati explica:

Ela terá eficácia, no entanto, se for um meio para tratar o adolescente, e nunca um fim em si mesma, adotando um critério rígido de triagem, para permitir o tratamento tutelar somente daqueles que dele necessitam. Disso decorre que a internação deve ser cumprida em estabelecimento especializado, de preferência de pequeno porte, e contar com pessoal altamente especializado nas áreas terapêutica e pedagógica e com conhecimentos de Criminologia. (2003, p. 115)

Note-se que no plano real a problemática se agrava, vez que a internação deixa de ser a solução do problema passando a uma agravante tocante ao comportamento do adolescente, que ao ser desinternado acredita que o mundo do crime é o caminho mais adequado para superar suas necessidades e deficiências proporcionadas pela condição omissa do Estado.

O Poder Público deveria pautar sua atuação na aplicação efetiva da medida socioeducativa de internação, tal como prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, sendo medidas menos drásticas e mais eficazes para a contenção da violência urbana, além de contribuírem para a redução das desigualdades sociais, tão pungentes em nosso país.

Esta escurreita aplicação, inclusive, é uma alternativa mais branda e efetiva do que aquelas propostas pelos discursos “penais midiáticos”, dentre elas, a redução da maioridade penal, que tanto se discute entre os legisladores brasileiros, prevista na Proposta de Emenda à Constituição nº 171, que visa a alterar a redação do art. 228 da Constituição do Brasil, possibilitando a aplicação da legislação penal ordinária aos adolescentes autores de atos infracionais equiparados a crimes hediondos, elencados na aludida proposta.

Deve-se buscar, em verdade, medidas aptas a concretizar a reintegração familiar deste adolescente, tornando-a ambiente seguro e saudável, propiciando adequado desenvolvimento físico e mental a eles, além de capacitação profissional e auxílio estudantil, tudo nos ditames da legislação estatutária.

Assim, resta evidente a necessidade de criar e ampliar políticas públicas, como exemplo à educação, para a proteção integral das crianças e adolescentes nos termos da legislação formal. Isto não implica certamente no fim do problema pelo qual o Brasil enfrenta, mas talvez o começo do fim, tendo em vista que entre uma regular legislação estatutária e a sua inadequada aplicação, não se modifica a norma, pelo contrário, aperfeiçoa-se sua prática.

CONCLUSÃO

Na celeuma apresentada, verifica-se que a temática da escurreita aplicação da medida socioeducativa de internação ganha cada vez mais relevo entre os pesquisadores interessados na sua dinâmica, assim como a indiscutível responsabilidade e interferência da omissão estatal na não recuperação do jovem, bem como na falta de amparo e acompanhamento do egresso e de sua família, resultando na exclusão destes adolescentes no ambiente “pós-cumprimento” e, por consequência, a disseminação do mito da impunidade dos chamados “menores de 18 anos”.

Por outro lado, a população infantojuvenil, na qualidade de titulares de interesses juridicamente protegidos pela família e pelo Estado, continuam sendo alvo de desrespeito e discriminação, no que tange à recuperação de sua cidadania quando se refere a aplicação e cumprimento das medidas socioeducativas.

Sabe-se que não basta pura e simplesmente a imposição de medida privativa de liberdade para que se possa afirmar a satisfação dos direitos voltados ao público infantojuvenil. Necessário, pois, um efetivo acompanhamento da evolução da reprimenda legal aplicada em face do adolescente, justamente pelo agudo momento de transformação física e psíquica a que o mesmo está sujeito. Isto porque o comprometimento do Estado não se deve voltar exclusivamente ao atendimento dos problemas que permeiam a sociedade, ora considerada de forma genérica e abstrata. Evidentemente que o Poder Público deve considerar os problemas que afetam seu cidadão, notadamente o adolescente infrator, de modo a apresentar-lhe condições satisfatórias, mitigadoras da reincidência criminal.

Com efeito, tem-se que a atuação estatal não se resume apenas em dirimir os conflitos, amenizando as indignações e clamores sociais pelas ocorrências dos delitos; evidente que seu compromisso vai além do atendimento dos anseios concretos que diuturnamente reclamam uma atenção especial do ente público. No plano de fundo, deve estar presente à busca pelo resgate da cidadania do infrator, o que somente é possível com a oferta de uma educação de qualidade e formadora de cidadãos consciente de seus deveres cívicos, pois a capacidade do ser humano de resistir ao meio adverso e sair dele tão logo encontre condições favoráveis, ou seja, sua capacidade resiliente é mais um argumento a favor de que a "má índole" não é apenas a interpretação na natureza daquele que infringiu a lei.

Nesse viés, em relação à proposta acerca da ineficácia da medida de internação, o insucesso estatal toma frente no que se refere a soluções para a efetivação do sistema protecionista, pois para as medidas terem efeito positivo, é necessário apoio de uma equipe multidisciplinar e uma rede que dê suporte e amparo a todo esse processo, já que, ao cometer o ato infracional, o adolescente está desprovido de valores familiares e sociais, falta de limites e importância do em suas atitudes, devido à crença de que, sendo adolescente, o mesmo não sofrerá pelos seus atos.

Logo, fica evidente que a concreta, efetiva e real imposição de direitos e garantias da infância e juventude baseiam-se na aplicação conjunta dos princípios e obrigações estatuídos na Lei Maior e no Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre sobrelevando a dignidade humana, a condição peculiar do jovem como pessoa em desenvolvimento e valores sociais fundamentais e não com atuação imediatista e populista do Poder Público, como por exemplo a redução da maioria penal, visto que, na realidade, está-se longe do ideal considerado socioeducativo,

mantendo-se ainda um modelo muito repressivo e pouco educativo, de modo que há muito a ser feito para que as medidas se tornem de fato socioeducativas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.069/ 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 10/07/2017.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos Fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Edições Almedina, 1941.

CURY, Garrido & Maçura. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DARLAN, Siro. **Da Infância Perdida à Criança Cidadã**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **Breves considerações sobre o art. 122, inciso III da Lei nº 8.069/90**. Disponível em www.crianca.caop.mp.pr.gov.br. Acesso em 02 de abril de 2017.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ildeara de Amorim. **ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. 2ª ed. São Paulo: FTD, 2011.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Doutrina e Jurisprudência**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JÚNIOR, João Paulo Roberti. **Evolução Jurídica do Direito da Criança e do Adolescente no Brasil**. Disponível em: www.unifebe.edu.br/revistaeletronica/20121/artigo025.pdf. Acesso em 03 jun. 2017.

KOSEN, Afonso Armando. **Pertinência Socioeducativa**: Reflexões sobre a Natureza Jurídica das Medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 9ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 115.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente - Aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

MARÇURA, Jurandir Norberto. In: CURY, Munir (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado- Comentários jurídicos e sociais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. In CURY, Munir (Coord.) **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado- Comentários jurídicos e sociais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). **O Melhor Interesse da Criança**: um debate Interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direito da Criança e do Adolescente**: Uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALIBA, Maurício Gonçalves. **O Olho do poder - Análise crítica da proposta educativa do estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. O Adolescente em Conflito com a Lei e sua Responsabilidade: Nem abolicionismo penal, nem direito penal máximo. Disponível em: www.jsaraiva.blog.br/blog/wp-content/uploads/2008/07/adolescente2.pdf . Acesso em 20 jul. 2017

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. ver. atual., e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistemas de garantias e o direito penal juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ENSAIO ACERCA DO CONTROLE JUDICIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A BUSCA PELA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Fernando Cesar Mendes Barbosa¹

João Victor Mendes de Oliveira²

Marcos Paulo dos Santos Bahig Merheb³

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo discutir o real conteúdo dos direitos sociais. O fato destes não terem sido dispostos como direitos fundamentais cria no interprete a possibilidade de interpretá-los como um direito qualquer, não estando amparado pelo status dos direitos fundamentais, sobretudo, pela aplicabilidade imediata. Por contrário, muitos defendem a ideia de que os direitos sociais são direitos fundamentais, estando submetidos a uma aplicabilidade imediata e à vedação ao retrocesso. Dessa forma, objetiva-se analisar o controle judicial de políticas públicas no Brasil, como forma de efetividade dos direitos sociais, razão pela qual também se analisa a legitimidade do Poder Judiciário no controle de políticas públicas.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Políticas Públicas. Omissão. Interferência do Poder Judiciário. Legitimidade.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais nasceram a partir de grandes conquistas históricas. Batalhas foram travadas e mortes declaradas, para que hoje pudéssemos ter uma Constituição que consolida diversos direitos.

Com a conquista dos direitos sociais não foi diferente.

¹ Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná. Advogado. Licenciado em Letras pela Universidade Estadual de Maringá. Servidor da Universidade Federal da Integração Latino-Americana – UNILA. fernandocesarmb@gmail.com

² Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus Jacarezinho-UENP, na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade”. Advogado. E-mail: joaovictormospfc@hotmail.com.

³ Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná, campus Jacarezinho-UENP, na linha de pesquisa “Estado e Responsabilidade”. Advogado. E-mail: marcosmerheb@hotmail.com.

A Constituição Mexicana de 1917 e a Lei Fundamental de Weimar de 1919 foram importantes documentos que trouxeram a ideia de respeito aos direitos sociais. Direito ao meio ambiente saudável, direitos trabalhistas, dentre outros, foram os previstos nestes documentos.

Especificamente em relação à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o constituinte originário acertou ao declarar diversos direitos com o status de fundamentais.

Não obstante, no artigo 6º, o legislador se dedicou a escrever os direitos sociais, sendo aqueles direcionados à coletividade. No entanto, não houve a mesma garantia ou preocupação com o orçamento destinado aos direitos sociais.

Até mesmo hoje, não há uma uniformização no entendimento sobre a natureza econômica de nossa Constituição, de forma que há questionamentos no sentido de ela ser uma Constituição com características mais inclusivas, mais conservadoras ou uma postura mais intermediária, de centro.

Questionamentos como esse dividem opiniões e apesar de, inicialmente, não parecerem importantes, revelam que a opção que tomamos acerca da natureza de nossa Constituição, refletirá na aplicação dos próprios direitos sociais.

É nesse sentido que entre os objetivos do presente trabalho está o de, no primeiro capítulo, realizar uma abordagem a respeito dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal de 1988 para, em seguida, no segundo capítulo, discutir a efetividade desses direitos em uma realidade na qual se verifica uma altíssima carga tributária mas, que indícios sinalizam para pouco retorno em serviços públicos para a população.

Finalmente, no terceiro capítulo, discute-se a relação entre o direito e a política e o papel dos tribunais constitucionais na efetivação de direitos. Em outras palavras, procura-se verificar se haveria ou não legitimidade na atuação do Poder Judiciário em tomar decisões concernentes ao mérito de políticas públicas.

1 UMA ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais estão dispostos no artigo 6º da Constituição Federal, mais precisamente em seu Capítulo II.

Pelo simples fato de não estarem no extenso rol do artigo 5º, vozes minoritárias na doutrina se levantaram para questionar a ideia de os direitos sociais não se enquadrarem enquanto direitos fundamentais. Em outras palavras, direitos trabalhistas, moradia, transporte, lazer, alimentação não estariam tipificados como direitos fundamentais e a relevância disso é significativa.

Por outro lado, grande parte da doutrina entende serem os direitos sociais verdadeiros direitos fundamentais, prevalecendo a ideia de aplicabilidade imediata destes direitos da coletividade, conforme impõe o artigo 5º, § 1º, uma vez que o legislador constituinte foi cauteloso no sentido de garantir estes direitos e conceder também instrumentos para sua efetivação, em caso de omissão do Poder Público. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 280), devem os direitos sociais serem levados ao status de direitos fundamentais, obrigando o Estado a sempre conceder o mínimo para sua realização:

[...] mesmo os direitos fundamentais a prestações são inequivocamente autênticos direitos fundamentais, constituindo (justamente em razão disso) direito imediatamente aplicável, nos termos do disposto no art. 5º § 1º, de nossa Constituição. A exemplo das demais normas constitucionais e independentemente de sua forma de positivação, os direitos fundamentais prestacionais, por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, sendo na medida desta aptidão, diretamente aplicáveis, aplicando-se-lhes (com muito mais razão) a regra geral, já referida, no sentido de que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Na visão do referido autor, todo direito disposto na Constituição teria uma certa aplicabilidade, por menor que seja sua densidade normativa. Isso significa dizer que os direitos sociais exigem do Estado uma postura prestacional, positiva, diferentemente dos direitos de defesa (que possuem um cunho negativo, no sentido de limitar o poder estatal) e por isso, torna um dever dos agentes públicos a promoção de tais direitos, sob o argumento de configurar uma inconstitucionalidade por omissão. No entanto, se as circunstâncias econômicas e políticas não garantirem a possibilidade de aplicação plena, tem crescido a ideia de aplicação da “reserva do possível”.

Por terem o status de direito fundamental, os direitos sociais estão submetidos ao princípio da vedação ao retrocesso ou “efeito *clique*” que, de certo modo, incorporam direitos ao patrimônio dos particulares, não podendo ser retirados. Nesta esteira, ensina Vladimir Brega Filho (2013, p. 104):

Além dos direitos sociais estarem constitucionalizados, algumas constituições e a doutrina criaram instrumentos de garantia desses direitos. Dentre eles, neste estudo, iremos tratar do princípio da proibição do retrocesso social [...] os direitos sociais, por serem direitos fundamentais, têm como característica a cumulatividade, ou seja, dentro de uma ideia de patrimônio político-jurídico, os direitos sociais reconhecidos por um Estado passam a constituir um verdadeiro patrimônio dos indivíduos, não podendo ser suprimido.

Nesta direção, falar que um direito é fundamental é admiti-lo também como direito humano que, para Eduardo Cambi (2011, p. 39): “os direitos humanos (absolutos e relativos) se positivam, nas Constituições, como direitos fundamentais”.

Logo, por serem incorporados ao patrimônio individual, tanto no controle de constitucionalidade difuso quanto no concentrado, há a possibilidade de utilização do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão para a proteção dos direitos fundamentais, no caso de omissão do poder público.

Nesta tendência de “fundamentalização” dos direitos sociais, uma inovação interessante foi no que se refere ao direito social à alimentação, enquadrado neste *status* a partir da Emenda Constitucional nº64/2010, por campanhas do próprio Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Assim, considerar esse direito como direito social significa impor aos agentes públicos a criação de políticas públicas voltadas à sua efetivação.

Por exigirem uma conduta positiva, prestacional do Estado (diferentemente dos direitos de defesa, de cunho negativo), os direitos sociais são extremamente vulneráveis à situação financeira do país, uma vez que sua efetivação depende do ciclo econômico. Neste ponto, está a consideração de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 628):

Embora os direitos sociais, assim como os direitos negativos, impliquem tanto em direitos a prestações em sentido estrito (positivos) quanto direitos de defesa (negativos), e ambas as dimensões demandem o emprego de recursos públicos para a sua garantia, é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização. A dependência de recursos econômicos para a efetivação dos direitos de caráter social leva parte da doutrina a defender que as normas que consagram tais direitos assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis. Nessa perspectiva, também se defende que a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão estatal quanto à construção satisfatória dessa política, violaria o princípio da separação de poderes e o princípio da reserva do financiamento possível.

O momento político brasileiro demonstra muito a fragilidade da aplicabilidade e da efetividade dos direitos sociais. A reforma trabalhista de 2016 e a lei de terceirização são exemplos desta vinculação entre poder econômico e direitos sociais.

Neste diapasão, fica difícil falarmos em efetivação dos direitos sociais sem investimento financeiro para tanto. No entanto, adverte Vidal Serrano Nunes Júnior (2009, p. 65) que os direitos sociais fundamentam a existência de outros direitos coletivos ou individuais, sendo imprescindível para a vida em sociedade:

Em primeiro lugar devemos fixar que os direitos sociais integram os chamados direitos fundamentais. Afigura-se estreme de dívidas que o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos, colocando o ser humano "a salvo" da necessidade, promove uma "fundamentalização" dos direitos sociais, uma vez que não se pode pensar em exercício de liberdades, de preservação da dignidade humana, enfim, de direitos intrínsecos ao ser humano, sem que um "mínimo vital" esteja garantido caudatariamente à própria vida em sociedade.

Por isto, há que se fixar duas premissas iniciais: a primeira, no sentido de afirmar que os direitos sociais são as bases para a efetivação de outros direitos coletivos, individuais e até mesmo para a edificação da sociedade como um todo.

A segunda premissa está no fato de entendermos os direitos sociais enquanto fundamentais, muito embora não estejam no extenso rol do artigo 5º.

Mas, mesmo a efetividade das políticas públicas estarem condicionadas a uma economia pujante, surge a grande indagação: por que o Brasil, com uma carga tributária tão dura ainda é tão carente de implementações de políticas públicas? A resposta para esta pergunta certamente passa por um viés político.

Em primeiro lugar, é necessário destacarmos que o estado brasileiro é imenso, o que corrobora para uma gastança desenfreada. Privilégios parlamentares, falta de modernidade e inovação estatal e a sensação de impunidade para com aqueles que denigrem o patrimônio e recursos públicos são ingredientes que contribuem para uma excessiva carga tributária sem um retorno social.

Nesta direção, ensina Valter Foleto Santin (2004, p. 29):

A nossa postura fiscal coloca o Brasil como um dos mais vorazes cobradores de impostos, superado apenas pela Suécia (47%) e Alemanha (36.7%) [...]. Ainda assim a renda pública é insuficiente para atender a todos os gastos do governo, porque a "gastança pública" estaria próxima dos 38% do PIB, apesar de prestação de serviços de baixa qualidade e eficiência, diferentemente dos países europeus que fornecem serviços públicos de boa qualidade e assistência social adequada.

Com quase 38 % do PIB comprometido com gastos com a máquina pública, sobra muito pouco para investir em outras áreas, principalmente no que se refere à efetivação de políticas públicas.

Por decorrência lógica, a ausência de investimento em políticas públicas direcionadas à saúde, educação, segurança pública, moradia, faz com que cresça, de forma diretamente proporcional, o índice de criminalidade e o nascimento de um poder paralelo, ocasionado principalmente pelo lucrativo mercado do tráfico de

drogas e de armas. Logo, é possível concluir que a criminalidade prospera onde o Estado se omite e a ausência de políticas públicas é crucial para tanto.

A própria omissão estatal faz com que os brasileiros não confiem na política e nos políticos. Num estudo levantado por Bruno Garschagen (2015, p. 259), das treze instituições levantadas na pesquisa, as quatro mais bem quistas pelo povo brasileiro são de natureza privada, sendo elas a “Igreja Católica, as pequenas e médias empresas, a imprensa e as grandes empresas”.

A desconfiança no mundo político, um Legislativo que trabalha em função de seus próprios interesses e dentre outros motivos que assolam o cotidiano brasileiro, fazem com que as políticas públicas passem a ser discutidas na esfera judicial, fenômeno que vem sendo denominado de “judicialização das políticas públicas”.

Assim sendo, está se tornando cada vez mais comum o Poder Judiciário ser o órgão competente para apreciar a omissão de políticas públicas, com o fim de dar efetividade aos direitos fundamentais.

O protagonismo judicial é uma realidade, no entanto, esta situação não é interessante para o próprio Poder Judiciário, uma vez que este não fora investido pela via democrática e não representa os interesses da maioria. Noutras palavras, este protagonismo, em essência, deve ser provisório, passageiro.

2 RELAÇÕES ENTRE O DIREITO, A POLÍTICA E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

A história dos tribunais constitucionais está ligada à nova forma que o direito tomou após as guerras mundiais, sendo este momento caracterizado por fatores pontuais e importantes para a ciência jurídica, tais como: questionamento acerca da superação do positivismo jurídico e ascensão da teoria dos princípios; a aproximação, mas, separação entre o direito e a política e uma consequente ascensão do Poder Judiciário, sobretudo, dos Tribunais Constitucionais como forma de proteção dos direitos fundamentais.

No plano internacional não foi diferente. O surgimento de organismos internacionais como a ONU e a OEA; ou ainda, o surgimento de tribunais internacionais como a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Penal Internacional ou a Corte Interamericana foram providenciais para buscar efetividade e proteção aos direitos humanos. A partir desta necessidade, surgiu o que se tem denominado controle de convencionalidade.

Neste capítulo, a perspectiva interna será nosso objeto de análise.

Por decorrência natural, há uma separação providencial entre direito e política. No primeiro, há a supremacia da lei e dos direitos fundamentais; já no segundo, há a supremacia da vontade de maioria, sendo o campo das paixões, enquanto no direito, há o domínio da razão frente ao clamor popular.

No entanto, em sua criação, o direito é produto dos atores políticos, como ensina Luís Roberto Barroso (2010, p. 15):

No plano de sua criação, não há como o direito ser separado da política, na medida que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, isto é, da vontade das majorias. O direito é, na verdade, um dos principais produtos da política, o troféu pelo qual muitas batalhas são disputadas. Em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político.

Nesta perspectiva, os tribunais constitucionais – em sua essência – são Cortes jurídicas, devendo decidir pela supremacia da lei e pela proteção dos direitos fundamentais.

Outra característica peculiar está no fato de que só haverá um tribunal constitucional se houver uma democracia consolidada, na qual haverá um trabalho harmônico entre os Poderes.

O grande desafio reservado aos estudiosos da Constituição está na busca da legitimidade do Poder Judiciário na tomada de decisões que, pelo dogma da tripartição de poderes, seriam restritas àqueles que foram eleitos pela via democrática e representam a maioria.

Antes de respondermos a esta indagação, é necessário entendermos o porquê do Judiciário passar a ser o palco das discussões políticas, sobretudo, quando se referem a direitos fundamentais. Nesta direção, Luís Roberto Barroso (2010, p. 9) aponta três grandes causas para o fenômeno da judicialização:

[...] a primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. [...] A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais existia desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

Neste raciocínio, Oscar Vilhena (2004, p. 29) também trabalha o contraponto entre vontade da maioria e o papel dos Tribunais Constitucionais:

Aos tribunais em geral, ou a uma corte constitucional com exclusividade, é atribuído fiscalizar a submissão das decisões governamentais e parlamentares, fruto de vontade simplesmente majoritárias, às decisões de caráter efetivamente constitucional. Caso seja constatada uma contradição entre essas ordens de decisão, é autorizado ao órgão próprio bloquear a decisão da maioria. Nesse modelo de democracia constitucional, a função básica da corte ou do tribunal é conservar a vontade popular, manifestada em momentos constitucionais, frente àquelas decisões tomadas pelos órgãos constituídos ordinários, ainda que com respaldo em uma maioria. Neste grupo estão incluídos aqueles sistemas políticos que adotam uma Constituição rígida. Os Estados Unidos são o grande representante desse grupo. Sua Suprema Corte é o símbolo desse órgão a quem é atribuído o poder de julgar quais decisões que, constituindo uma vontade meramente governamental, não podem se contrapor às decisões efetivamente constitucionais.

Nesta direção, é importante destacarmos que o fenômeno da judicialização muitas vezes é interessante e conveniente para os representantes escolhidos pelo voto popular. Em outras palavras, questões que dividem opiniões, embates jurídicos que podem dividir a nação muitas vezes são deixados de lado pelo legislador e são levados, inevitavelmente à discussão no Poder Judiciário. Um exemplo clássico desta “opção política” é a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 132, que reconheceu os efeitos da união homoafetiva ou ainda, a ADPF 54, que reconheceu a possibilidade do aborto de anencefálico.

Por decorrência deste fato e por observância dos princípios constitucionais, é possível construir a ideia de que a interferência do Judiciário na vontade da maioria se dá quando há ferimento a direitos fundamentais, principalmente quando uma maioria quer impor vontades, reprimir direitos de minorias, ou ainda, quando esta interferência for necessária para o desenvolvimento do jogo democrático.

Ocorre que o sistema jurídico brasileiro deu ao Supremo Tribunal Federal não só o papel de Corte Constitucional, mas também deu a este a atribuição de ser juízo originário e também na análise de recursos. Nesta direção, questiona Barroso (2010, p. 10):

[...] a judicialização decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, que combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional.

A cultura jurídica brasileira foi calcada na ideia de confundir competência com poder. Assim, seria mais poderoso o juiz que tivesse mais competência. Na verdade, isso é uma grande falácia e, muitas vezes, prejudica a própria jurisdição.

Ao analisarmos o papel do Supremo Tribunal Federal hoje, diagnosticamos que a Corte se encontra em colapso e competências interessantes que poderiam lhe serem atribuídas esbarram na ausência de pessoal para tanto; como é o caso do desenvolvimento profundo do controle de convencionalidade. Neste sentido, nos valem da lição de Oscar Vilhena (2004, p. 220/221):

O primeiro sinal dessa crise pode ser detectada pelo incrível crescimento de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal [...]. A grande maioria desses casos encontram-se dentro da competência recursal do Supremo Tribunal Federal. De 1991 para cá, os recursos extraordinários e agravos de instrumento têm constituído mais de 90 % dos processos recebidos pelo tribunal. No ano de 2001, 98,2% dos processos encontram-se nessa categoria. O que mais surpreende, no entanto, é que nesse mesmo ano de 2001, os agravos de instrumento constituem, sozinhos, 70% das causas apreciadas pelo Supremo, ou seja, em 70% dos processos o que se discute é se deve ou não o Tribunal analisar as questões a ele submetidas.

Melhor seria se o Supremo Tribunal Federal tivesse competência restrita à de Corte Constitucional, sendo tirada de sua atribuição as relativas a recurso e juízo originário.

O Supremo, exercendo unicamente a função de Corte Constitucional, teria uma menor demanda processual, pois, conforme relata Oscar Vilhena, a competência recursal é a que mais prejudica a Corte no desenvolvimento de suas atribuições, o que fatalmente implica no tempo do processo.

No papel de Corte Constitucional, reiteradamente o Supremo Tribunal Federal vem sendo questionado acerca da possibilidade ou não de intervenção do Judiciário em políticas públicas. Em outras palavras, a clássica teoria da tripartição de poderes não legitima os juízes imporem políticas públicas aos administradores ou esta teoria deve ser repensada? E se pode haver esta intervenção, de onde vem a legitimidade do Poder Judiciário para a tomada desta decisão, uma vez que os administradores forem eleitos pela expressão de vontade da maioria?

Estas questões devem ser abordadas de forma peculiar.

Fato é que, quando o Judiciário impõe a realização de políticas públicas ao administrador, devem os togados terem a responsabilidade de diagnosticar o orçamento do referido ente, seja União, Estados ou Municípios; caso contrário, isto iria comprometer toda a máquina pública.

Em lado oposto, o Judiciário não pode se calar sob o argumento de que a não efetivação de políticas públicas é um problema do administrador público, algo concernente ao mérito de sua decisão.

Assim, é legítima a intervenção judicial no mérito administrativo, quando o assunto for a efetividade dos direitos fundamentais, a supremacia da Constituição e o respeito ao jogo democrático. Esta foi a tese firmada no Recurso Extraordinário 592.581, com Repercussão Geral nº 220.

O caso em tela, no citado Recurso Extraordinário, envolveu os detentos no Albergue Estadual de Uruguaiana, no Estado do Rio Grande do Sul.

No referido caso, entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que não seria competente o Poder Judiciário determinar ao Executivo a realização de obras em ambiente prisional, pois isso adentraria ao mérito decisório da própria Administração, campo este reservado àquele que fora eleito pelo voto e pela confiança popular para administrar os recursos do Estado. Logo, seria um ato discricionário do administrador.

Atacando o acórdão do tribunal local, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, alegando violação aos artigos 1º, III e 5º, XLIX, da Constituição Federal. Nas alegações, o Ministério Público defendeu a aplicabilidade imediata dos direitos sociais, enquanto direitos fundamentais e a impossibilidade de questões orçamentárias justificarem a não implementação de políticas públicas.

No julgamento do referido caso, os Ministros firmaram as seguintes teses, dando provimento ao recurso do MP-RS e entendendo pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no mérito administrativo, quando se refere a lesão a direitos fundamentais:

I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes.

Talvez o ápice da discussão acerca da interferência do Judiciário nas políticas públicas é o de diagnosticar a legitimidade dos magistrados para a tomada de decisões políticas, daqueles que foram eleitos pela maioria.

Conforme ensinado por Luís Roberto Barroso, há uma diferença crucial entre o direito e a política, prevalecendo no primeiro, a razão; enquanto no segundo,

a vontade da maioria. Assim sendo, se o voto é a expressão da vontade da maioria, poderia ser o juiz competente para tomar decisões políticas?

O entendimento firmado pelo Supremo foi de legitimar a intervenção quando o assunto estiver relacionado à prevalência dos direitos fundamentais e à defesa da Constituição e do jogo democrático. Nesta linha e, de forma inovadora, Valter Foleto Santin (2004, p. 224) traz uma interpretação peculiar para a escolha dos magistrados, referendando, assim, a ideia de que eles (assim como os membros do Ministério Público) passaram pelo crivo da vontade popular, equiparando o mandato institucional ao mandato pelo voto da maioria:

A legitimidade dos agentes públicos decorre da eleição direta pelo voto ou por força do sistema produzido pela Constituição Federal, sem diferença de grau entre os agentes políticos eleitos com mandato popular, e os concursados. O acesso ao cargo por um concurso de provas e títulos concede ao agente político não eleito pelo povo um poder institucional, como um mandato institucional, originário da própria Constituição Federal, com legitimação semelhante ao mandatário eleito pelo povo. Os concursados são representantes do povo, escolhidos dentre os cidadãos por um certame em que a capacidade de representação popular é definida pelas provas e títulos; é uma forma de eleição. Os controles recíprocos dos poderes e órgãos públicos são fontes de constante legitimação mútua. É certo que os membros do Executivo e Legislativo têm o respaldo da eleição popular, mas em contrapartida o Judiciário e a atividade jurisdicional encontram apoio e legitimidade na própria Constituição Federal, a qual prevê os direitos e garantias individuais e sociais e a garantia do acesso à Justiça para apreciação de lesão ou ameaça de direito, cuja atuação insere-se no exercício da soberania estatal, fatores legitimadores da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito. Se faltasse ao Judiciário, por não ter sido eleito pelo voto popular, legitimidade para analisar e julgar as ações, serviços e políticas dos demais Poderes, eleitos pelo voto popular, também não poderia julgar as ações e lesões a direito do cidadão. Seria o mesmo raciocínio e a morte do Judiciário por falência múltipla dos órgãos jurisdicionais

O referido autor, de forma pragmática, resolve a discussão acerca da legitimidade do Judiciário, olhando para as consequências de se afastar a possibilidade dos juízes não analisarem o mérito de políticas públicas.

Assim, vem sendo vencida a dicotomia clássica dos administrativistas, no sentido de haver atos discricionários e, na outra ponta, atos vinculados; de tal forma que hoje, já começam a haver vozes na doutrina que entendem que todo ato, por mais simples que seja, tornam-se vinculados, nem que sejam a princípios da Constituição e, se afastá-los da observância do Judiciário, significaria a perda da razão de existência deste Poder.

Num viés mais praxista, Santin entende que o próprio concurso público também é uma forma de “eleição”, não a convencional - pela vontade popular, mas

por um processo solene, rigoroso, com previsão constitucional, com a participação de órgãos de defesa da sociedade, como a Ordem dos Advogados do Brasil e, isso, por si só, legitimaria a interferência judicial e ministerial na efetivação de políticas públicas e na defesa dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, adverte também Gabriel Lino de Paula Pires (2016, p. 113):

[...] ao Ministério Público é dado formular criativamente medidas ou propostas tendentes a adequar a conduta da Administração Pública ao direito vigente, sempre que tais medidas encontrem validade no cotejo com a legislação e se destinem claramente ao cumprimento de determinados valores ou princípios consagrados na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

O que se quer dizer é que no campo extrajudicial do Ministério Público não se impõe os estritos limites objetivos e subjetivos que incidem no âmbito do processo judicial.

Concordamos com a posição dos citados autores, no sentido de entender que a clássica teoria da tripartição de poderes vem cedendo espaço quando o assunto é defesa de direitos fundamentais.

Seja pela legitimidade oriunda do concurso público, seja pelo papel institucional que a Magistratura e Ministério Público desempenham na sociedade, concordamos também com a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido de cancelar a judicialização de políticas públicas, obrigando o administrador a observância de direitos sociais.

CONCLUSÕES

O protagonismo judicial e a judicialização da política são realidades em todo mundo e, em diversos lugares do planeta, é a Suprema Corte a responsável por dirimir questões que, a grosso modo, seriam discutidas no campo da política.

A realidade brasileira não é diferente. Por diversas vezes, o Poder Judiciário – em todas suas instâncias – vem sendo chamado a dirimir questões políticas. No que se refere, às políticas públicas, ocorre a mesma coisa.

Resta-nos claro concluir que, a ideia de tripartição de poderes precisa ser reinventada, cabendo a intervenção judicial em políticas públicas quando se tratar de efetivação de direitos fundamentais.

Neste sentido, a velha separação entre atos vinculados e atos discricionários vem dando lugar a prevalência dos primeiros frente aos segundos,

uma vez que todo ato - por mais simples que seja - pode ter o condão de estar vinculado a, ao menos, um princípio constitucional. Por isto, pela prevalência da Constituição, há que se falar em intervenção judicial nas políticas públicas para a defesa de direitos fundamentais, inclusive os sociais.

Por fim, a grande questão é buscar a legitimidade do Poder Judiciário para intervir em determinadas políticas. Isto porque, os magistrados, a princípio, não representam a vontade da maioria, uma vez que não foram eleitos para seus respectivos cargos e submetidos ao crivo do voto.

No entanto, não legitimar o Judiciário e o Ministério Público a agirem, mesmo que em políticas públicas, para efetivar direitos fundamentais seria prejudicar o próprio Direito como um todo. Assim, concluímos que o concurso público é uma modalidade de “escolha” popular, não pela exteriorização da vontade popular, mas pelo merecimento; e o certame encontra previsão constitucional, o que validaria a tese de equiparação do concurso público ao voto.

O que fica prejudicado, no entanto, é o fato de o Judiciário não possuir meios para coagir a Administração Pública para eventual cumprimento de determinação. Em outras palavras, não se buscando a punição do administrador público, pelo incurso na Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), não há outro meio executório para se buscar a satisfação da decisão judicial, não podendo, por exemplo, o Judiciário penhorar bens da Administração Pública.

Por fim, o papel de corte constitucional dado ao Supremo Tribunal Federal impõe ao tribunal a busca pela efetividade das políticas públicas e a defesa de direitos fundamentais, no controle concentrado de constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista jurídica da presidência, 2010, vl.12: 5-43.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº 592.581**. Relator: LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no DJ de 13/08/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2637302&numeroProcesso=592581&classeProcesso=RE&numeroTema=220>>. Acesso em 28/07/2017

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**, 2ª Ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

FILHO, Vladmir Brega. **Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil**. Argumenta, 2013, 19: 103-123.

GARSCHAGEN, Bruno. **Pare de acreditar no governo: por que os brasileiros não confiam nos políticos e amam o Estado?**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional** - 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 - Estratégias de Positivação dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **Ministério Público e o controle da Administração Pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet**. 1ª ed. Birigui: Editora Boreal, 2016.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**, 1ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

REFLEXÕES SOBRE CULTURA E MEMÓRIA DO ENSINO SUPERIOR EM ARAGUAÍNA-TO

Glenda Carvalho de Sousa¹

Geraldo Alves Lima²

RESUMO

INTRODUÇÃO

Para melhor compreensão das modificações na cotidianidade da cidade de Araguaína, em virtude da chegada de instituições de ensino superior é preciso abordar aspectos culturais que são fundamentais para a construção da identidade do município e a construção da memória da cidade.

Essa fragilidade de informações representa óbice para o desenvolvimento saudável e independente da cultura local, com isso, é imperioso adentrar na problemática de aspectos como a memória coletiva e explanar acerca de no sua colaboração envolvendo a problemática deste trabalho, além de esclarecer pontos importantes como desmitificar certos fatores sobre o ensino superior na cidade que foram construídos pelo senso comum, como o título de pólo universitário que cerca os agentes do ensino superior como informação verídica, a naturalidade dos sujeitos discentes e docentes e abordar as consequências dessa construção mítica na história da cidade, como por exemplo, a carência de identidade cultural, é importante verificar ainda, o caso dos estudantes vindos de outras localidades, se logo após a formação ocorre à retenção da mão de obra qualificada, ocasionando circulação de conhecimentos e de fatores de produção tecnológica e científica dentro da cidade, caso contrário, é necessário verificar as consequências do caráter provisório da identidade cultural da cidade, ou seja, se existe uma cultura de raiz ou se esta muda conforme a quota de estudantes residente no município, além disso, é de suma abordarmos brevemente acerca da cultura com objetivo de entendê-la na nossa cotidianidade. Para tal feito serão utilizados métodos dedutivo e análise biográfica de ilustres escritores como Marilena Chauí, e a Doutora em educação Jacira Gaspar dentre outros já citados.

¹ Acadêmica de Direito na Faculdade Católica Dom Orione (FACDO) e pesquisadora PROCIENT.

² Professor mestre na Faculdade Católica Dom Orione (FACDO) leciona nos curso de Administração e Direito e é pesquisador no Núcleo de Extensão e Iniciação Científica (NEIC).

Para melhor compreensão do tema cabe inicialmente uma reflexão acerca da cultura no ensino superior de Araguaína não com a intenção de esgotar a problemática mas de observar o desenvolvimento deste instituto no ensino superior da cidade, o estudo da vida cotidiana e memória coletiva é de igual modo significativo, tendo em vista sua contribuição para o desenvolvimento regional, entretanto cabe também demonstrar a ausência de mecanismo de memória na construção da história do ensino superior da cidade, a fim de tornar visível que a cidade de Araguaína não comporta estrutura de um pólo de ensino superior, além disso é importante também o estudo dos sujeitos docentes e discentes do ensino na cidade.

1 UM BREVE OLHAR SOBRE CULTURA

O objetivo de falar sobre cultura não é de um aprofundamento no conceito, mas entender seu funcionamento na mudança de comportamento das pessoas em determinados grupos humanos. É sabido por muitos o grau de dificuldade em estudar a conceituação de cultura, nesse sentido Bauman nos diz que:

É conhecida a inexorável ambiguidade do conceito de cultura. Bem menos notória é a ideia de que essa ambiguidade provém nem tanto da maneira como as pessoas definem a cultura quanto da incompatibilidade das numerosas linhas de pensamento que se reuniram historicamente sobre o mesmo termo (BAUMAN, 2012, p 83)

Inicialmente utiliza-se o conceito de cultura oriundo da antropologia fundamentado teoricamente em Geertz para sustentar os objetivos neste artigo, que de acordo com o já referido autor, seria:

O modo de vida global de um povo, o legado social que o indivíduo adquire do seu grupo, uma forma de pensar, sentir e acreditar. Uma abstração do comportamento, uma teoria elaborada pelo antropólogo, sobre a forma pela qual um grupo de pessoas se comporta realmente. Um celeiro de aprendizagem em comum (GEERTZ, 1989, p 14)

Com isso evidencia-se que não se pode pensar que nossa história começou ontem, pois o que é familiar necessita de tempo, Auge (2007, p. 22) diz que:

A pesquisa antropológica trata, no presente, da questão do outro. A questão do outro não é um tema que ela encontre ocasionalmente; ele é seu único objeto intelectual, com base no qual se deixam definir diferentes campos da investigação. Ela o trata no presente, o que basta para distingui-la da história.

É importante desde logo entender os aspectos influenciadores na cultura, a fim de criar consciência acerca da identidade cultural do município. Segundo Lima (2015), para o fortalecimento de um procedimento cultural é necessário o entendimento do cotidiano como referência para rotinas e seus processos de aprendizagem. O cotidiano é uma espécie de conhecimento prático. Nota-se que a vida cotidiana influencia de modo singular na construção de um referencial teórico.

Falando de identidade cultural é necessário lembrar (HALL-2001) onde afirma:

Que a "identidade é formada a "interação" entre o eu e a sociedade. O sujeito ainda tem um núcleo ou essência interior que é o eu real, mas este é formado e modificado num dialogo contínuo com os mundos culturais "exteriores" e as identidades que esses mundos oferecem."

Segundo Pires (2004), em seu artigo "Teorias da Cultura.", sintetiza que a cultura tem sido considerada como o desenvolvimento espiritual, intelectual e estético (de uma civilização, de uma sociedade). O ideal de civilidade, "cultivation", de cultura (de uma nação seria, então, indicativo do seu nível de progresso). Cultura é também o modo de vida de um povo, ou de um grupo, ou a sua forma de vida peculiar durante um período específico de tempo. É, ainda, constituída pelas obras e pelas práticas da sua produção intelectual e artística e pelos seus processos estéticos. Recentemente, tem sido vista como uma criação coletiva, uma estrutura que vai sendo continuamente constituída, criada pela família, pela comunidade e não como um sistema permanente de símbolos.

2 ESTRUCTURA DA VIDA COTIDIANA

(HELLER-1989), em seu nobre trabalho sobre a estrutura da vida cotidiana, assevera que "o homem já nasce inserido em sua cotidianidade", ou seja, desde o

primeiro grupo a família, recebe uma carga valorativa de influências que refletem através de componentes simbólicos do comportamento humano, tais como, a língua, a religião, os hábitos de vida, e as convenções, ou seja, aprende uma cultura de seu grupo de vivência.

Segundo a mesma autora o amadurecimento do homem dar-se quando este adquire todas as habilidades imprescindíveis para a vida cotidiana em sociedade. O homem deve ser enraizado em sua cultura, para que possa conviver com outros indivíduos supostamente de culturas divergentes, esse choque cultural pode ocorrer quando entre esses indivíduos não reina as mesmas convicções, já que os valores fortalecem a convivência cotidiana. “A cotidianidade começa sempre por grupos: família, na escola em pequenas comunidades (HELLER-1989). De acordo com a mesma autora a fé e a confiança desempenham na vida cotidiana que nas demais esferas da vida, valor para formação desses grupos.

Ainda de acordo com (HELLER-1989), a vida cotidiana é a vida de todo homem. Ninguém consegue identificar-se com sua atividade humano-genérica a ponto de poder desligar-se inteiramente da cotidianidade. E, ao contrario, não há nenhum homem, por mais, “insubstancial” que viva tão somente na cotidianidade, embora essa o absorva preponderantemente. O homem participa na vida cotidiana com todos os aspectos de sua individualidade, de sua personalidade. Nela colocam-se em funcionamento todos seus sentidos, todas as suas capacidades intelectuais, suas habilidades manipulativas, seus sentimentos, paixões, idéias, ideologias. O fato de que todas as suas capacidades se coloquem funcionamento determina também, naturalmente, que nenhuma delas possa realizar-se, nem de longe, em toda sua intensidade.

Os papeis sociais são resultados de numerosos fatores da vida cotidiana, podendo se destacar como o principal deles a mimese. O homem é capaz de imitar tanto os momentos como funções isoladas, assimilando os papéis, onde a mimese desempenha substancial função. (HELLER-1989). Com isso muita pessoas moldam seus comportamentos em relação ao tema de pesquisa desse projeto como verdades prontas e acabadas.

3 MEMORIA SENTIDOS E USOS

Segundo Chauí (2000), a memória é uma evocação do passado. É a capacidade humana para reter e guardar o tempo que se foi salvando-o da perda total. A lembrança conserva aquilo que se foi e não retornará jamais. A memória é uma atualização do passado ou a presentificação do passado e é também registro do presente para que permaneça como lembrança. Alguns estudiosos julgam a memória como puro fato biológico, entretanto essa teoria não se sustenta, se a memória fosse

fato biológico não existiriam lembranças nem esquecimentos, já que este é automático e aquele é a seleção que fazemos do que queremos lembrar.

Chauí (2000), citando Proust leciona que a memória é a garantia de nossa própria identidade, o podemos dizer "eu" reunindo tudo o que fomos e fizemos a tudo que somos e fazemos. Assim sendo a Memória estar diretamente ligada com o desenvolvimento do homem como ser social.

Como consciência da diferença temporal, passado, presente e futuro, a memória é uma forma de percepção interna chamada introspecção, cujo objeto é interior ao sujeito do conhecimento: as coisas passadas lembradas, o próprio passado do sujeito e o passado relatado ou registrado por outros em narrativas orais e escritas. Além dessa dimensão pessoal e introspectiva (interior) da memória é preciso mencionar sua dimensão coletiva ou social, isto é, a memória objetiva gravada nos monumentos, documentos e relatos da História de uma sociedade.

A memória segundo Bergson, citado por Chauí (2000) se distingue em dois tipos a memória-hábito e a memória pura ou memória propriamente dita. A memória-hábito é um automatismo psíquico que adquirimos pela repetição contínua de alguma coisa. A memória é uma simples fixação mental conseguida à força de repetir a mesma coisa. Todos os gestos e palavras são realizados por nós quase sem pensarmos neles ou até mesmo sem pensarmos neles. O automatismo psíquico se torna um automatismo corporal. A memória pura ou a memória propriamente dita é aquela que não precisa da repetição para conservar uma lembrança. Pelo contrário, é aquela que guarda alguma coisa, fato ou palavra única e mantida por nós por seu significado especial afetivo, valorativo ou de conhecimento.

É por isso que guardamos na memória aquilo que possui maior significado ou maior impacto em nossas vidas, mesmo que seja um momento fugaz, curtíssimo e que jamais se repetiu ou se repetirá. A memória pura é um fluxo temporal interior. BOSI (1994) em seu belíssimo trabalho "A memória e a sociedade – Lembranças de velhos" traz ao leitor importante reflexão a respeito da memória, sobre as histórias contadas, que embora não tenha documentos tem as narrativas orais, cita também os livros de história que demonstram na verdade pontos de vista que podem ser combatidos por outros diversos, completa ainda a autora: "Nosso interesse está no que foi lembrado, no que foi escolhido para perpetuar-se na história de sua vida."

Depreende nesta passagem que, há uma linha tênue entre o que é lembrado e esquecido, uma vez que, quem determina isso são os próprios sujeitos de memória que escolhem o que merece ser lembrado e esquecido. Ante os dois tipos de memória, qual seja aquela que é preciso esforço e treinamento para ter a disposição e outra que é lembrada naturalmente sem esforço cognitivo.

Aplicando esses conhecimentos teóricos ao tema deste artigo que tem percebe-se que a história regional é valorizada apenas naquilo que merece ser lembrado, há ainda mistério sobre a origem e desenvolvimento cultural do ensino superior que foram levados ao esquecimento por não serem considerados relevantes pelo narrador.

4 MEMÓRIA COLETIVA

Para melhor compreensão do tema em apreço é preciso o estudo da memória coletiva e sua influência da construção de idéias e fatos a respeito do ensino superior. Em consonância com os pensamentos de Halbwachs (2006) é possível afirmar que existem dois tipos de memória, aquela individual e aquela de um grupo, ou seja, da coletividade. Não raro ao relatarmos histórias precisamos recorrer a testemunhos, e o primeiro é a experiência individual que se aloja nos relatos contados por outros indivíduos sem necessariamente ter-se vivido aquela situação, com essa necessidade de relatos coletivos a memória e a opinião pode ser formada por meio de experiências alheias. Cita ainda o autor “Nossas lembranças permanecem coletivas e nos são lembradas por outros, ainda que se trate de eventos em que somente nós estivemos envolvidos e objetos que somente nós vimos.”

Não há possibilidade de separar ambas, uma vez que se completam, em outras ocasiões somos lembrados de situações que vivemos, por exemplo, quando éramos crianças, eventos que não estão mais em nossas lembranças, mas que nos fazem objeto da memória de outrem, possibilitando o resgate da nossa própria história, é de suma entender que não estamos sós e precisamos constantemente de outras pessoas para nos encontrar no tempo e no espaço, o autor outrora citado que afirma “esquecer um período de vida é perder o contato com os que nos rodeavam”.

Pelo exposto acima se pode contextualizar para a região estudado e sua problemática do ensino superior entre os docentes e discentes há um memória construída através de relatos verbais e por isso fragilizados, observa-se que essa transmissão histórica sofre abalos e hipérboles, já que algumas dessas pessoas, que afirmam, por exemplo, que Araguaína é pólo universitário não possui embasamento teórico, tal fato acarreta uma construção equivocada na memória, há também a falta de identidade cultural, os vários títulos recebidos pela cidade não se sustentam com um olhar observador que constata a necessidade de desenvolvimento e melhorias, tanto cultural, como estrutural da cidade, para que possa realmente ter uma identidade e uma construção histórica sólida, que esta por sua vez é o desenvolvimento aprimorado de sua identidade como município. “Para confirmar ou recordar uma lembrança, não são necessários testemunhos no sentido literal da

palavra, ou seja, indivíduos presentes sob uma forma material e sensível” (HALBAWACHS – 2006).

A identidade da cidade em comento está atrelada, como entende Haal e Woodward (2014), àquilo que se pretende elevar, mostrar como superior, e de acordo com os mesmos autores:

“A identidade é marcada pela diferença mas parece que algumas diferenças, neste caso entre grupos étnicos são vistas como mais importante que outras, especialmente em lugares particulares e em momentos particulares”.

4.1 ANALISE DO ENSINO SUPERIOR DE ARAGUAINA

É importante analisar a presença da cultura e memória na identidade do ensino superior de Araguaína. Nota-se que tais conceitos foram construídos ao longo do tempo por mitos. Mito é palavra grega e significa contar, narrar algo para alguém que reconhece o proferidor do discurso como autoridade sobre aquilo que foi dito. Assim, Homero (Íliada e Odisseia) e Hesíodo (Teogonia e Dos trabalhos e dos Dias) eram considerados os educadores da Hélade (como se chamava a Grécia) por excelência, bem como os rapsodos (uma espécie de ator, cantor, recitador) eram tidos como portadores de uma verdade fundamental sobre a origem do universo, das leis etc., por reproduzirem as narrativas contidas nas obras daqueles autores.

Foi somente a partir de determinadas condições (navegações, uso e invenção do calendário e da moeda, a criação da democracia que preconizava o uso da palavra, bem como a publicidade das leis etc.) que o modelo mítico foi sendo questionado e substituído por uma forma de pensar que exigia outros critérios para a confecção de argumentos.

O homem tem uma grande necessidade de explicar tudo que está a sua volta, com isso, o mito apresenta-se no tema em tela uma forma de enaltecer a história do município e acrescentar fatos que não são verdadeiros historicamente, uma forma também de chamar atenção do Brasil para os “atrativos” da cidade.

Essas “verdades” podem se disseminar entre os grupos e até para a sociedade em geral, quando essa transmissão de um pensamento fantasioso ocorre toda uma sociedade adota como “verdade” mesmo não sendo necessariamente e é isso que acontece em relação ao ensino superior na cidade, o status de “pólo universitário” trouxe reconhecimento da cidade perante as cidades circunvizinhas e ate em outras regiões, esse aumento da população acadêmica, vinda boa parte de outras cidades dar-se pelo atrativo de se estudar em uma cidade “pólo universitário.”

Vale ressaltar que boa parte dos docentes e discentes acreditam que a cidade o seja, sob o argumentos da quantidade de cursos e variedade de cursos.

É certo e inquestionável que tal qualificação traz inúmeros benefícios para o comércio local, como o aumento do setor imobiliário, o aumento de lugares de lazer, uma vez que, a tempos atrás não existia lugares que ofereciam comida japonesa, chinesa, festfood, chimarrão, o que já acontece hoje, isso demonstra a mistura de culturas e tradições na cidade através da educação superior, ou seja, trouxe desenvolvimento e progresso para a cidade.

5 AUSÊNCIA DE MECANISMO DE MEMÓRIA NA CONSTRUÇÃO DA HISTÓRIA DO ENSINO SUPERIOR EM ARAQUAÍNA

Documentar acontecimentos é um modo de resguardar nossas memórias do esquecimento, na cidade de Araguaína não é possível encontrar registros contínuos da historia do ensino superior, como livros, artigos, o que se encontra são apenas registro de fatos isolados e efêmeros. O futuro da humanidade é o primeiro dever do comportamento coletivo, ou seja, não é possível ter um futuro seguro, com historia confiável se os seus registros são escassos, a coletividade e seus modos de vida ficam também ameaçados por esse “esquecimento documental”, ficando assim, sem ponto de referência histórica.

Cabe ressaltar a importância dos avanços tecnológicos, e o fácil alcance aos dispositivos eletrônicos, com isso as memórias e registros são feitos de maneira mais rápidas, mas infelizmente podem ser descartados e esquecidos na mesma velocidade com que são colhidos, ou seja, não registros efetivos de fatos históricos, uma forma de visualizar tal feito é através dos registros orais sobre o Ensino superior na cidade, tais alegações não chegam a um denominador comum, são transmitidas de maneiras diversas, dificultando um registro unitário e concreto.

Há um discurso fantasioso de forma indireta, nos meios de comunicação sobre a titulação de Araguaína como Polo Universitário, nota-se que esse fenômeno midiático é responsável por boa parte do conhecimento regional sobre o tema.

6 ASPECTOS IMPORTANTES SOBRE OS SUJEITOS DOCENTES E DISCENTES

Cabe analisar os sujeitos docentes e discentes já que a cidade atrai um grande número de pessoas em busca de uma boa classificação e um bom emprego, assim, acadêmicos e professores de todas as partes dos pais são atraídos, em sua maior parte pela oferta do curso de medicina e assim a cidade torna-se miscigenada, pela mistura de costumes, sotaques, o que de forma artificial é bom para o

desenvolvimento da cidade que ganha riquezas culturais e enriquece sua própria historia.

Por outro lado, por ser uma cidade considerada de médio porte Araguaína, mesmo estando em crescente desenvolvimento é vista com “menosprezo” por quem vem de cidades maiores, e buscam neste lugar apenas uma forma de “ganhar a vida”, essa mão de obra de fora traz conhecimentos importantes para a comunidade Araguaíense, porém isso é algo limitado, temporário, logo que aparece oportunidades melhores esses profissionais abandonam a cidade até mesmo por não se adaptar com o clima, a cultura, e assim a cidade fica com déficit de pessoas qualificadas já que os profissionais locais não são tratados com a devida valorização.

No que diz respeito ao corpo docente da cidade 95% exercem suas atividades em apenas uma instituição, no que diz respeito a naturalidade, confirma-se o que vem sendo exposto, uma vez que nas particulares 89% dos profissionais vieram de outras regiões e a remuneração foi o principal atrativo para estes, concernente a naturalidade dos profissionais da UFT (UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS), todos os entrevistados neste ensaio são de outras regiões e vieram por meio de concurso publico; idade dos mesmos é igual ou superior a trinta, tanto da instituição publica quanto da privada afirmam que a cotidianidade implicou mudanças culturais, principalmente pela carência na oferta de atividades de lazer e cultura diversificada. E sobre a crença de que Araguaína é polo universitário os dados comprovam que entre os docentes a resposta é positiva, uma vez que 74 % afirmam isso, e é fundada em observação superficial, como por exemplo, o numero de IES que a cidade tem.

O mesmo acontece com os acadêmicos que saem de suas cidades captam todos os conhecimentos possíveis que Araguaína oferece, porém ao terminarem a graduação esses conhecimentos não são usados em beneficio deste local o que demonstra a rotatividade da mão de obra na cidade, já que 60% dessas pessoas retornam à suas cidades, ou seja, a memória e a historia foi construída e transmitida através de fatos sem solidez e veracidade. Sobre os discentes é preciso decorrer que, no que diz respeito aos movimentos estudantis, religiosas e ligas acadêmicas que boa parte mais da metade vieram de outras.

A naturalidade dos estudantes de outros Estados corresponde a 49,3%. E sobre o titulo de pólo universitário 80% dos discentes afirmam que a cidade é pólo universitário, mas em contrapartida uma das maiores reclamações dos mesmos é a falta de infraestrutura, ponto que parece divergente, tendo em vista, que a principal característica de pólo universitário é a qualidade na infraestrutura e cursos que alcançam todas as áreas de conhecimento, tais alegações representam que numericamente Araguaína realmente atrai muitas pessoas, porém após a conclusão do curso, ou passado certo tempo de carreira, no caso dos docentes, ambas

retornam para as suas cidades de origem ou vão para outras cidades, isso demonstra que a cidade é usufruída de forma transitória, uma vez que, não há total retenção da mão de obra qualificada.

CONCLUSÃO

Araguaína é, portanto, uma cidade em constante desenvolvimento, que passa por mistura de culturas devida a diversidade de pessoas de variadas regiões que procuram os serviços educacionais da cidade, de tal forma que outras estruturas culturais se formam na cidade; levando em consideração a falta de identidade cultural própria percebe que ao atender essas demandas a cidade tornou-se um embaralhado de histórias espaciais e sem fundamentação teórica, possibilitando a fragilidade cultural da cidade, ou seja, a cidade não desenvolveu uma cultura de raiz.

Sua memória vem sendo construída através de um legado de “polo universitário”, que também apresenta arcabouço fantasioso, embora traga benefícios econômicos à cidade não traz, até o momento, um conteúdo histórico, nem tão pouco mudanças significativas na cultura e nem a formação de uma tradição duradoura, essa construção do senso comum tornou possível maior visibilidade da cidade, que pode ser considerada pólo logístico, devido ao seu crescimento nas áreas imobiliárias, comércio e alimentícia.

A cidade recebe pessoas devido às boas instituições educacionais, mas isso não é o suficiente para receber a denominação de “pólo universitário”, para isso muitos passos precisam ser dados, como a valorização dos profissionais então a cidade terá naturalmente melhores professores e estudantes que serão capazes de reter conhecimentos e aplicar em benefício da própria cidade, a ampliação das estruturas educacionais, e oferecer mais cursos de áreas variadas do saber, oferecer atividades de lazer e cultural que atendam a públicos mais “refinados”, proporcionando crescimento cultural da cidade, levando em consideração seu potencial cultural.

Com isso, pode se afirmar que as memórias bem como a cultura foram instituídas por relatos orais que se perderam no tempo ou foram acrescentados nesse percurso, através da memória coletiva que contribuiu em seu bojo a fragilizada história do ensino superior em Araguaína e a confusão de informações, uma vez que sobre o tema em tela não há um arcabouço documental permanente que tenha registrado as modificações no rumo da educação superior na cidade.

Vale ressaltar, que não é impossível que Araguaína torne-se efetivamente um pólo universitário e uma potência nacional no ensino superior, portanto cabem investimentos em estruturas e incentivos para novas instituições tanto públicas

quanto privadas, a melhor valorização do profissional e atrativos suficiente que façam os recém-formados reverterem seus conhecimentos em benefício de Araguaína.

É necessário, a criação de uma política comum e harmoniosa nas instituições superiores na formação de docentes nativos, tornando-o mais valorizado. No caso das instituições privadas é preciso desenvolver o fórum permanente de discussões sobre ensino superior, como uma forma de aproximar as IES (instituições de ensino superior), diminuindo a concorrência entre as mesmas, reconhecendo-se como entes importantes para o avanço no ensino superior da cidade e para o real diagnóstico da situação que este se encontra, já pessoas de outras cidades também se beneficiam com a oferta de graduação, pós-graduação. Será possível ainda a criação do comitê de ética na pesquisa de forma democrática, melhorando a capacidade dos profissionais no mercado de trabalho, oferecendo uma formação diferenciada, é de suma também a criação de mecanismo que possam servir de auxílio aos egressos nos seus inícios de carreiras.

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

GRUPO DE TRABAJO 3:

“Paz y Teorías de la Justicia”

O EXERCÍCIO DA CIDADANIA COMO FORÇA PROPULSORA DE MUDANÇAS PARA MELHORIAS DE CONDIÇÕES VIDA NO CONTEXTO DE JUSTIÇA SOCIAL

Roberto Carlos Ferreira Soares¹

Guilherme Bittencourt Martins²

Leonardo Sboldrim Soares³

RESUMO

O presente trabalho analisa a questão da cidadania destacando a evolução histórica do conceito bem como buscando demonstrar a sua evolução no contexto da sociedade como forma de exercício de direitos como força motivadora para a melhoria das condições de vida das pessoas no escopo social com ênfase na importância do compartilhamento do conhecimento do Direito para desenvolvimento de senso crítico que permita a organização social para reivindicação e luta dos direitos, inclusive através do acesso a jurisdição para instrumentalização de medidas que possibilitem a eficácia e a tutela dos direitos tendo a cidadania como forma de participação no processo decisório que permita a distribuição de bens comuns básicos a coletividade como forma de justiça social.

Palavras-chave: Cidadania; Direito; Justiça social, Luta pelos direitos.

INTRODUÇÃO

A cidadania compõe um dos temas mais discutidos na atualidade, já que é a palavra que melhor pode exprimir ou que de maior pertinência tem com o grau de inconformismo e indignação daqueles que aspiram a uma melhoria da qualidade de

¹ Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP), pós-graduado em Administração de Recursos Humanos (Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho (Anhanguera/Uniderp), pós-graduado em Direito e Processo do Trabalho pelas Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pesquisador CEUB. Psicólogo e Advogado. Email: ro.cabru@hotmail.com.

² Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino (ITE-Bauru/SP), pós-graduado em Formação de Professores para Educação Superior Jurídica (Anhanguera/Uniderp) e Advogado. Professor na Faculdade Anhanguera. Email: guilhermebm@hotmail.com.br

³ Graduando do curso de História, Universidade do Sagrado Coração Bauru (USC). Email: kakasi.leonardo@hotmail.com

vida da população, que anseiam e lutam por justiça social. Assim, não há como falar de cidadania sem justiça e ainda mais de justiça social sem o exercício da cidadania.

O exercício da cidadania constitui função do Estado⁴, em conjunto com a sociedade civil⁵, tanto para garantir como proteger o exercício da cidadania, como meio de se alcançar o almejado bem-estar de seus cidadãos. O artigo 3º da Constituição Federal de 1988 reforça esse propósito, dizendo ser objetivo do Estado brasileiro, a promoção do bem de todos sem preconceitos. Assim, imprescindível a conjugação de esforços entre o cidadão, a sociedade e o Estado, no aprimoramento da cidadania por força de preceito constitucional, também pelo aspecto humanitário, que deve presidir as ações humanas.

A cidadania cumpre um papel importante que descola no sentido político de direitos para uma plataforma de agente para a melhoria de condições de vida das pessoas que participam do contexto social, e para tanto é necessário analisar como o conceito de cidadania pode ser desenvolvido dentro de uma perspectiva que transcenda sua vertente política e passe a ser uma referência de força propulsora de desenvolvimento de ações para o exercício de direitos.

O exercício dos direitos passa necessariamente por uma busca incessante de luta de direitos que somente é possível pela organização social e pelo conhecimento que o Direito pode colaborar através da instrumentalização de meios e medidas que busquem as melhorias das condições de vida dos grupos sociais que estão marginalizados e distantes do usufruto dos bens distribuídos na sociedade.

Neste sentido, o Estado Democrático de Direito, além de garantir os direitos deve cumprir um papel importante neste contexto de estabelecer condições mínimas para que as pessoas possam desenvolver suas potencialidades com plenitude, possibilitando gerar uma condição de justiça social.

O senso de justiça somente pode ser alcançado na medida em que haja a participação política, social e humanitária de seus atores, mesmo que diante do cenário da crise econômica que atinge grande parte da população brasileira.

1 A CONSTRUÇÃO DO MODELO DE CIDADANIA

A cidadania, é um dos fundamentos estampados na Constituição Federal de 1988, é hoje mais do que conceito meramente político de participação, sendo então representado como uma categoria de exercício de direitos.

⁴ Inciso II do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

⁵ Artigos 194 da Constituição Federal de 1988 e 205, 216 parágrafos 1º e 227.

A ideia do termo cidadania tem origem na concepção política de qualidade de cidadão, que ainda é uma prática usual de representação de um título honorífico com que uma cidade homenageia algum indivíduo ilustre, considerando-o como sendo um dos seus pares.

Etimologicamente, cidadão é todo aquele que vive na cidade, e que goza dos direitos que lhe outorga a cidadania, participando, portanto, da vida civil e política, logo cidadania é a qualidade de ser cidadão.

Entre os povos antigos, encontravam-se sempre os cidadãos, dentre aqueles que eram os homens livres, nascidos de pai e mãe também livres. Na Grécia, sobretudo em Atenas, só os homens livres tinham o direito de cidadania e este direito era conferido aos estrangeiros que se haviam distinguido por serviços relevantes prestados à coletividade. Já em Esparta, o escravo poderia tornar-se cidadão, desde que se sobressaísse na guerra. Em Roma, o título de cidadania, que era a princípio restrito somente aos habitantes da Urbs⁶, de tal sorte que foi se ampliando pela ação política dos imperadores e raramente era outorgado aos estrangeiros, porquanto correspondia a numerosos privilégios.

No conceito praticado pelo mercado comum, cidadão é todo aquele indivíduo no gozo dos direitos civis e políticos, independente de classe ou de profissão.

A cidadania é a prova de identidade que mostra a relação ou vínculo do indivíduo com o Estado. É mediante essa relação que uma pessoa constitui fração ou parte de um povo. O *status* de cidadania implica numa situação jurídica subjetiva, consistente num complexo de direitos e deveres de caráter público.

O estado de cidadania define basicamente a capacidade pública do indivíduo, a soma dos direitos políticos e deveres que ele tem perante o Estado.

Da cidadania, que é uma esfera de capacidade, derivam direitos, os quais de votar e ser votado ou deveres, como os de fidelidade à Pátria, prestação de serviço militar e observância das leis do Estado. Sendo a cidadania um círculo de capacidade conferido pelo Estado aos cidadãos, este poderá traçar-lhe limites, caso em apresentará no seu exercício certa variação ou mudança de grau. De qualquer maneira é um *status* que define o vínculo nacional da pessoa, os seus direitos e deveres em presença do Estado e que normalmente acompanha cada indivíduo por toda a vida. Três sistemas determinam a cidadania: o *jus sanguinis* (determinação da cidadania pelo vínculo pessoal), o *jus soli* (a cidadania se determina pelo vínculo territorial) e o sistema

⁶ Termo latino que traduzido significa Cidade, Enciclopédia Brasileira Merito, 1964, vol. 20.

misto (admitem ambos os vínculos). Na terminologia do direito constitucional brasileiro ao invés da palavra cidadania, que tem uma acepção mais restrita, emprega-se com o mesmo sentido o vocábulo nacionalidade.⁷

Atualmente, em razão da estruturação da Constituição Federal de 1988, a cidadania é entendida, pela maior parte da doutrina, como o estado de gozo dos direitos políticos. Portanto, quando a Constituição Federal de 1998 menciona cidadão, entende àquele nacional apto a exercer direitos. Quando expressa brasileiro relaciona apenas ao nacional. Contudo, tanto o texto constitucional vigente como a doutrina e a jurisprudência é firme no entendimento de que a expressão cidadão se resume ao nacional no gozo dos direitos políticos. É desse modo que a Constituição ao dizer no artigo 5º, inciso LXXIII, que a ação popular pode ser impetrada por “qualquer cidadão”, refere-se àqueles que estão aptos a exercer os direitos políticos.

De certa forma, não se pode esgotar o assunto em torno dos direitos políticos, pois se corre o risco de conceber uma visão miope de cidadania, pois seria analisar a questão dentro uma dimensão inicial de Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, Vera Regina Andrade pontua as características abrangentes da cidadania relacionando quanto aos aspectos históricos, políticos, sociológicos, filosóficos e econômicos, fazendo a crítica ao fato de a cidadania aparecer no discurso jurídico dominante como categoria estática e cristalizada muitas vezes confundida com a nacionalidade pela doutrina ou atrelada à possibilidade de exercer os direitos ligados ao sufrágio, tal qual ocorre em sua inscrição na Constituição de 1988.⁸

Recorda Perez Luño, que a noção de cidadania tem origem na Grécia Antiga por meio das relações estabelecidas entre o indivíduo e a Pólis. Aponta autor, na modernidade jurídica, a Cidadania, os Direitos Fundamentais e o Estado de Direito são realidades que se condicionam e se implicam mutuamente. Desse modo, os direitos fundamentais constituem o fundamento de legitimidade do Estado de Direito e o conteúdo da cidadania.⁹

Seguindo essa linha de pensamento, Thomas Marshall alavanca a concepção da cidadania para incluir a proteção aos direitos sociais. Pondera o autor, a cidadania não se limita ao exercício formal dos direitos políticos, pelo fato de a

⁷ BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 93.

⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania: do direito aos direitos humanos. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 13.

⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. Ciudadania y Definiciones. In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa, nº 25, 2003, p. 177.

qualidade de cidadão implicar o pleno e efetivo gozo de todos os direitos fundamentais, inclusive os decorrentes de ações estatais afirmativas.¹⁰

O exercício da cidadania implica na conquista dos direitos humanos. É nesse sentido que destaca Fábio Konder Comparato: “A ideia mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal de seu desenvolvimento, promoção social mediante a ideia de participação”, o que sugere, é motivar a participação direta da pessoa humana e do povo no processo histórico de seu desenvolvimento e promoção social.¹¹

Segundo Marília Muricy a dimensão da cidadania: “...exige, para além do voto e da delegação da vontade do povo, a sua direta participação nas decisões e no controle do Estado”¹².

Para José Geraldo Brito Filomeno, a cidadania é:

A qualidade de todo ser humano, como destinatário do bem comum de qualquer Estado, que o habilita a ver reconhecida toda a gama de seus direitos individuais e sociais, mediante tutelas adequadas colocadas a sua disposição pelos organismos institucionalizados, bem como a prerrogativa de organizar-se para obter esses resultados ou acesso àqueles meios de proteção ou defesa.¹³

Refletindo sobre essas posições doutrinárias, entende-se que a cidadania representa muito mais que um *plus* político, mas acima de tudo é um exercício permanente de buscar melhorias contra situações de injustiça e também de controle e defesa dos órgãos públicos e privados. A cidadania é um processo constante de participação e transformação, objetivando o bem-comum. No qual o ser cidadão se transforma em agente de mudanças sendo elemento provocativo que não se conforma com a realidade que lhe é imposta, que não se mantém indiferente à situações de injustiça, mas que busca as soluções mediante o consenso coletivo para amenizar as condições adversas.

¹⁰ MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 57.

¹¹ COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. In: Lua Nova – Revista de Cultura e Política, 1993, p. 92.

¹² MURICY, Marília. Cidadania, participação e controle do Estado – novos instrumentos constitucionais. In: Revista de Direito Público, 88, ano XXI, dez/1988, p. 109.

¹³ FILOMENO, José Geraldo Brito. Teoria Geral do Estado e Ciência Política. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003, p.233.

2 O DIREITO E A JUSTIÇA SOCIAL

Abordado como objeto de estudo multidisciplinar, o Direito abrangeria todas as formas de conhecer. Como tal, seria um fenômeno cultura exprimindo uma irrefreável procura de valores como justificativa da existência da sociedade humana. Seria um fenômeno antropológico, caracteristicamente humano, não importando a época, ou o lugar.

Essa visão, no entanto, pode ser equivocada, pois decorre do hábito de entender o Direito como algo essencialmente diferente do Estado, desvinculado da estrutura da sociedade, autônomo, apesar de derivado de uma qualidade de ser social comum a todas as formas de vida social, mesmo complexas ou simples. Assim, contrário à moderna perspectiva científica, que concebe coisas, eventos e formas de pensamento como dependentes da existência de outras coisas, o Direito ainda é visto como um conjunto de conhecimento e sensações específicas, configurando uma experiência ímpar, especificamente jurídica, imperturbável e transcendente.

O Estado, por sua vez, não raro tende a ser interpretado a partir de definições que o descrevem de maneira estritamente pessoal de controle por meio de um rude simbolismo, por exemplo, representa-se o Estado como um funcionário público, geralmente um velhaco protegido por uma bancada ou escrivania ou se concebe o governo como uma personalidade própria. Deixa-se passar, desse modo, a ideia de que vivemos à sombra de entidades controladoras, das quais é o Estado que possui um sistema jurídico, tanto quanto o foi, no passado, a Igreja, que, no entanto, se forem adequadamente compreendidas podem ser influenciadas e até mesmo utilizadas para servir aos interesses daqueles que lhe servem.

Na doutrina, a vinculação da justiça com o Direito tem uma longa tradição, conforme aponta Dimitri Dimoulis:

Sabemos que o termo “direito” vincula-se etimologicamente com o reto (“direito”), o correto, o adequado (do latim: *directum*). Em paralelo, o termo “justiça” (do latim: *justitia*) se relaciona diretamente com o direito (em latim: *jus*). Essa vinculação entre o direito (*ius*) e a justiça está clara em vários termos atualmente utilizados em português: jurídico, juiz, jurista, jurisdição...¹⁴

Na verdade, vistos da perspectiva da ordem social, Direito e Justiça são correlativos, no seu seio, as ações sobrepõem-se e interpenetra-se mantendo cada

¹⁴ DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 75.

qual, no entanto, o seu próprio foco, o seu centro, a sua rede, o seu padrão em conformidade com uma escala lógica, ordenada, um sistema de referência.¹⁵

De acordo com esse esquema, o ordenamento que delimita as condutas sócias tem como objeto o estabelecimento de uma ordem justa, que a todos deve proporcionar o bem comum e a felicidade social, inclusive conforme expressou Kelsen:

A felicidade que uma ordem social é capaz de assegurar pode ser felicidade apenas no sentido coletivo, ou seja, a satisfação de certas necessidades, reconhecidas pela autoridade social, pelo legislador, como necessidades dignas de serem satisfeitas, tais como as necessidades de alimentação, vestuário e moradia.¹⁶

Na prática, a satisfação dessas necessidades e, principalmente, a ordem de importância das necessidades a serem satisfeitas é um juízo de valor válido apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, apenas relativo. Com efeito, devotos podem achar que a felicidade está na vida após a morte e creem no bem-estar de suas almas, ao passo que outros indivíduos podem acreditar que o bem supremo é a liberdade pessoal, ou seja, a possibilidade de buscar a própria realização com um mínimo de restrições. Em ambos os casos, propõe-se um juízo de valor como asserção de valor objetivo e absoluto ou norma de validade geral. Não se configura, no entanto, um sistema positivo de valor, embora possa haver comunhão de vários indivíduos ou instituições em torno de determinados juízos de valor, ou mesmo de múltiplos sistemas normativos ou locais onde se administre justiça.¹⁷

Consequentemente, como critério de eficácia das instituições sociais, justiça não depende da frequência que são feitos juízos de valor. Do ponto de vista concreto, moderno, democrático, justiça é para o indivíduo, um fundamento de inviolabilidade que nem mesmo bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. A partir do critério de justiça não se justifica, portanto, que alguns tenham sua liberdade ignorada ou prejudicada em nome de um bem maior compartilhado coletivamente como sistema positivo de valor.¹⁸

A justiça é uma infinidade de conceitos, de juízos de valor correspondem à divisão da humanidade em nações, classes, religiões, profissões, numerosas,

¹⁵ SCURO NETO, Pedro. Sociologia geral e jurídica: manual dos cursos de direito. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 240.

¹⁶ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Estado e do Direito. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 2.

¹⁷ Idem, p. 241.

¹⁸ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 4.

divergentes demais para que se possa dizer que justiça é a expressão do justo, isto é, dar a cada um o que é seu ou retribuir de modo equivalente.¹⁹

Por outro lado, justiça social também pode ser entendida como um sistema positivo de valor, definido por sua orientação normativa e estrutura modelada segundo normas válidas, à qual os atores adaptam sua conduta, sendo que o Direito expressa a ordem que detem uma expectativa de existência mais duradoura.

Para Michael J. Sandel existem três abordagens da justiça. Aponta que a primeira traça maximizar a utilidade ou bem-estar, ou seja, a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda significa respeitar a liberdade de escolha, tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um livre mercado, quanto às escolhas hipotéticas que as pessoas deveriam fazer na posição original de equanimidade. A terceira diz que a justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum.²⁰

Sendo assim, o significado de justiça não se resume em uma sociedade justa simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Para alcançar uma sociedade justa, é necessário raciocinar de forma coletiva sobre o bem comum, criando uma cultura pública na qual se permita coexistir as divergências.

A ideia de justiça no contexto social desenvolve-se desse modo, morosamente, no sentido de não somente distribuir as coisas, mas também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas, ao mesmo tempo em que busca equalizar em paralelo à evolução do caráter, dos objetivos e da vontade da sociedade sobre os direitos fundamentais no mundo contemporâneo. Somente assim pode-se acatar a afirmação segundo a qual o direito emana do grupo social, sendo que as normas jurídicas expressam a maneira pela qual esse grupo entende devam ser estabelecidas as relações sociais.

Se uma sociedade procura o contexto da justiça social, deve desenvolver um forte sentimento de comunidade, o qual precisa encontrar uma forma de incutir nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum. Ela não pode ser indiferente às atitudes e disposições que os seus cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções egocêntricas para cultivar um senso de coletividade de dever com o outro, de solidariedade e o sentimento de responsabilidade mútua que uma sociedade justa requer.

¹⁹ TELLES JUNIOR, Goffredo. Iniciação na Ciência do Direito. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 355.

²⁰ SANDEL, Michael J. Justiça – O que é fazer a coisa certa. 9. ed. trad. Heloisa Matias e Maria Alice Maximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 321.

Neste sentido, o Direito cumpre um papel fundamental na medida em que instrumentaliza os valores para que a sociedade justa saiba estabelecer as referências que devem ser seguidas pelos seus cidadãos.

Ainda assim cumpre ao cidadão, desenvolver o senso crítico de reflexão sobre o contexto da realidade do grupo social, o que somente o terá através da alimentação de conhecimentos que envolvem tanto o Direito como também de outras ciências sociais, que permitirá que esse agente de mudanças possa contribuir de forma significativa para a melhoria das condições de vida.

3 O INCENTIVO A CIDADANIA COMO ACESSO A JUSTIÇA

O incentivo a cidadania representa um aspecto fundamental que necessariamente passa pela educação. No entanto, a realidade brasileira demonstra atraso com relação ao acesso à educação, imagine com o acesso ao conhecimento do Direito! É, pois, função dos estudiosos do Direito contribuir para a modificação desse panorama, mas essa transformação requer muita luta pelo Direito, o qual Ihering assim se expressa:

A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta e o meio de que se serve para conseguir. Por muito tempo, pois que o direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – nunca poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do Direito é uma luta, luta dos povos, do Estado, das classes dos indivíduos. É a luta que se exige do cidadão.²¹

A concepção de cidadania, enquanto processo de participação e transformação, a luta deve ser uma constante. É certo que tudo que visa transformar, mudar, revolucionar, às vezes causa impacto, rejeição, indiferença. Para os operadores do Direito, o exercício da cidadania deve significar desafio. É neste sentido de luta, desafio que, para reforçar a importância do exercício da cidadania, uma vez reportam-se as palavras de Ihering (1998, p. 17):

É um dever resistir à injustiça ultrajante que chega a provocar à própria pessoa, isto é, a lesão ao direito que, em consequência da maneira porque é cometida, contém o caráter de um desprezo, de uma lesão pessoal. É um dever do interessado para consigo próprio, porque, é um preceito da própria conservação moral, é um dever para com a sociedade, porque esta resistência é necessária para que o direito se realize.²²

²¹ IHERING, Rudolf Von. A luta pelo Direito. 16. ed. trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 1.

²² Ibidem, op. cit., p. 17.

A luta pelo Direito encontra o caminho ao acesso à Justiça, elemento primordial ao exercício da cidadania. Sim, pois, quando os indivíduos não conseguem resolverem por si mesmos seus conflitos, recorrem à função jurisdicional. Aliás, o acesso à jurisdição vem como momento inicial de uma jornada processual cujo conflito em muitos casos não terá solução devido à demora da prestação jurisdicional.

Mesmo diante dessa controvérsia da prestação jurisdicional, a Constituição Federal de 1988 assegura amplamente, inclusive seu acesso gratuito aos que comprovarem insuficiência de recursos.²³

A expressão constitucional consagra no inciso XXXV do artigo 5º, o acesso a jurisdição que estabelece: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.²⁴ Fica garantido o acesso pleno como forma de busca da justiça, no mesmo artigo 5º, o constituinte colocou uma série de remédios à disposição dos cidadãos.

Com acesso à jurisdição faz-se por meio do processo, muito se tem debatido acerca de sua efetividade. É por isso que não se conjuga mais acesso à tutela do bem jurisdicionado com a simples possibilidade de se bater às portas do Judiciário ou faculdade de litigar, mas a formulação de acesso à ordem jurídica justa, traçando-lhe as seguintes características: a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo, universalidade da jurisdição, b) observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, c) respeito ao princípio do contraditório, de modo a formar o convencimento do juiz na decisão da lide, d) preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação.²⁵

Ainda sobre o assunto, é fundamental realçar os ensinamentos de Candido Rangel Dinamarco:

É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de alterar o mundo, ou seja, de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumento e as potencialidades de que dispõe, e não o homem a serviço da sua técnica.²⁶

²³ Constituição Federal, artigo 5º, inciso LXXIV.

²⁴ Idem, inciso LXXV.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos Araujo; PELEGRINI GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Candido R. Teoria Geral do Processo, 13. ed. , São Paulo: Maheiros, 1997, p.297.

²⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993, p. 197.

Essas palavras traduzem a vontade de que o princípio da ordem jurídica justa tem como objetivo proteger as verdadeiras aspirações da sociedade, incentivando quando o caso, o desapego à rígida interpretação literal da lei, para adaptá-la à realidade social, o que não deve significar por outro lado, a livre invenção jurídica.

Por outro lado, ao pontuar sobre o papel da legislação com relação a questão da igualdade, Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece:

A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativaente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes.²⁷

Isso significa que a função da Lei é regular as relações sociais, sendo elemento de referência obrigatória para as condutas a serem seguidas, o que possibilita a vantagem de estabelecer determinados critérios diferenciados que possibilitem o sentido de igualdade social.

Ainda assim a ideia de igualdade absoluta é testada por Léon Duguit ao criticar a doutrina individualista:

Os homens devem ser tratados de modo diverso, porque são diferentes; o seu esado jurídico, representante da sua situação enquanto referencial na relação com seus semelhantes deve alternar-se para cada um em particular, uma vez que, cada um, em relação a todos, manifesta-se de forma essencialmente diferente. Se uma doutrina adota como logica definida a igualdade absoluta e matemática dos homens, ela se opõe à realidade e por isso deve ser prescindida.²⁸

Imprescindível abordar a questão do acesso gratuito porque, sem sombra de dúvidas, constitui um instrumento fundamental para o alcance da cidadania, embora reconheça sua inegável contribuição através da assistência jurídica gratuita, ainda assim, carece de maiores investimentos logísticos e aperfeiçoamento humano, inclusive como bem recorda Miguel Lanzellotti Baldez no sentido do aperfeiçoamento do perfil de advogados preparados às lides sociais, nos quais diante de ações dessa

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed., 24. tir., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 10.

²⁸ DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. 3. ed. trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 26.

natureza, estejam comprometidos com as causas sociais, inclusive de cunho ideológico.²⁹

Seguindo este raciocínio, o juiz deve ter uma nova compreensão do direito, conciliando a interpretação literal com fatores econômicos, políticos e sociais. Enfim, deve pautar sua decisão dentro do princípio da ordem jurídica justa.

Para José Renato Nalini:

O avanço da ciência e da tecnologia deve caminhar paralelamente à operatividade dos bens da vida. Só o Direito o torna concreto. Só a virtude pode humanizar o direito, restaurador da dignidade de cada criatura. E só o juiz operador jurídico por excelência, sem o qual existirá a missão estatal de realizar o justo, pode acionar concretamente, no universo a ele reservado pelo sistema, a consecução desse objetivo.³⁰

O exercício da cidadania, uma vez adquirido conhecimento, e espírito de luta, devem justamente se fazer presente, visando amenizar as desigualdades sociais. Ensinam, porém, os sociólogos, que algumas desigualdades são naturais e não cabe ao Estado remediá-las. Porém, não se tem dúvidas da necessidade de ingerência do Estado em áreas básicas como educação, saúde, alimentação, habitação, trabalho, previdência social, etc.

Sobretudo neste aspecto da educação, vale o exemplo apresentado por Marshall de que cabe ao Estado compelir e ajudar as crianças: “Deve obrigar as crianças a frequentar a escola porque o ignorante não pode apreciar e, portanto, escolher as boas coisas”.³¹ A ideia do autor traduz da necessidade do Estado em dar o primeiro passo no sentido de capacitar as crianças a se desenvolverem para que quando adultos possam refletir e colaborar para que o bem comum seja compartilhado por todos.

Neste interím, ao abordar o pensamento de Kant, Claudio de Cicco apresenta uma importante reflexão sobre a condição mínima:

Entretanto, a igualdade preconizada por Kant, garantida pelo Estado e pelo Direito, tanto quanto a liberdade, é a igualdade de oportunidade, a igualdade no ponto de partida, todos terem direito ao básico, mas fica o progresso de cada um dependendo do seu esforço e dinamismo, o que distancia Kant de todos os que pretendem uma igualdade permanente, restando a capacidade individual, criando instrumentos de

²⁹ BALDEZ, Miguel Lanzellotti. Solo Urbano. Propostas para a Constituinte. Apoio Jurídico Popular/FASE, 1986, pp. 17-18.

³⁰ NALINI, José Renato. Ética e Justiça. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 278.

³¹ MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p. 60.

controle para impedir que alguns sobressaíam legitimamente por sua habilidade e dedicação.³²

O cenário brasileiro é representado pela falta de equidade na distribuição de valores básicos, dentre os quais, a educação, a saúde, a alimentação, a habitação, o saneamento básico, a segurança, o trabalho e o acesso à jurisdição. Denota uma falta de equidade no ponto de partida, nos primeiros passos, que revela que o Estado brasileiro destoa no sentido de não atender esses valores básicos que são os pontos de partida.

A ideia de adequar o acesso à jurisdição visa conjugar a norma jurídica com fatores econômicos, políticos e principalmente sociais, possibilitando desenvolver o sentido de que a cidadania passa acima pela contribuição direta do sujeito enquanto elemento de participação ativa no processo de melhoria e desenvolvimento social.

Se não houve uma preparação possibilitando condições no ponto de partida, resgatando aqueles valores básicos acima mencionados, não haverá desenvolvimento da vertente da cidadania enquanto sujeito ativo de mudança social.

Por isso que, então se deve destacar a importância do Estado Social, àquele que objetiva justamente diminuir essas desigualdades sociais, sendo o exercício da cidadania, um dos caminhos para a sua solução. Assim, mais do que Estado de Direito, necessário o Estado Social de Direito para poder fazer o senso de justiça social.

CONCLUSÃO

A verdade é que a ideia de cidadania é algo ainda incipiente na realidade brasileira, independentemente da classe social a que pertence o indivíduo. Não usufruem do exercício da cidadania, tanto os mais ricos quanto os pobres. Inúmeros fatores contribuem para essa realidade, alguns deles delineados como a falta de conhecimento do Direito, a inexistência de organismos hábeis às demandas sociais, descrédito nos órgãos públicos, custo elevado, rigidez e morosidade do Poder Judiciário, bem uma sensação de descrédito da população em relação aos seus representantes políticos detentores de mandatos públicos.

³² CICCIO, Cláudio, Kant e o Estado de Direito: O problema do fundamento da cidadania. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso F.; Flávia Piovesan (coords.) Direito, Cidadania e Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 82.

A transformação com o objetivo de obter o bem comum, fim último da sociedade, princípio fundamental da República Federativa do Brasil, que em última análise, corresponde à luta e proteção da dignidade humana quando esta é cerceada, cabem ao cidadão valer-se dos instrumentos da cidadania, mormente aqueles consagrados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 para restabelecer a ordem de seus direitos.

O bem comum da sociedade é o fim último do Estado, pois cabe estabelecer o ponto de partida, como sendo o primeiro passo através de políticas públicas que permitam o desenvolvimento sustentado que permitam o acesso à educação, saúde e outras prerrogativas essenciais para que a pessoa humana possa desenvolver plenamente suas potencialidades.

O desenvolvimento de uma cidadania passa necessariamente pela luta pelo direito, pelo exercício da cidadania, porque o sujeito que conhece seus direitos é capaz de perceber que o direito não é dado, mas conquistado.

É verdade que a realidade brasileira não comporta um salto para a plenitude do exercício dos direitos aferidos no texto constitucional, mas a necessidade de que o cidadão desenvolva senso de criticidade que reforce o papel do Estado em garantir os direitos básicos ao cidadão, para que então ele possa ter condição, se desejar, de fazer sua própria história.

Ora, tão importante quanto criar materializar os direitos, é fazer com que os cidadãos deles possam usufruir, o que, evidentemente, não será possível se deles não tiverem conhecimento. Tão importante quanto os dispositivos legais garantidores de direitos é o preparo, o aprendizado, que se deve dar aos seus signatários.

Seguindo essa tendência, o Direito possibilita instrumentalizar meios para que o cidadão possa aferir as medidas necessárias para reivindicar o que é seu de direito, pois o acesso ao Direito é o acesso ao desenvolvimento de uma sociedade que objetiva a justiça.

O acesso ao Direito significa derrubar as barreiras existentes entre o cidadão e o conhecimento e utilização dos direitos, sob pena de transformar esse conhecimento num privilégio de uma minoria.

Por outro lado, não é possível falar em cidadania plena enquanto que as condições mínimas não são usufruídas pela grande parte da sociedade e não indica que a saída seja a manutenção do Estado assistencialista, mas é inegável e imprescindível sua intervenção em certas áreas, pois quanto mais se ampliam os direitos fundamentais que o Estado deve assegurar aos cidadãos, tanto mais aumenta a responsabilidade em manter a operatividade desses direitos.

A cidadania dever ser um exercício na vida de cada cidadão como forma de buscar condições melhores de vida, pois sem a organização e a movimentação social pela luta dos direitos, não se alcançara o senso de justiça.

A luta pelas condições melhores de vida incentiva o equilíbrio entre os grupos de poder na sociedade, ao mesmo tempo cumpre ao Estado Democrático de Direito estimular que essas condições não sejam de privilégios ou de posse de alguns grupos.

A justiça social somente pode ser alcançada pela organização dos grupos sociais que lutam pelos direitos e neste espaço atenta o Estado para incentivar com políticas públicas e ações afirmativas para motivar os grupos que estejam em desvantagem.

Por outro lado, muitas democracias enfrentam desafios múltiplos em assegurar uma cidadania efetiva, à luz de condições econômicas e institucionais que enfatizem a necessidade das instituições estatais. O resultado é que os Estados são incapazes de uniformemente implementar padrões de direitos e obrigações.

A busca da formação de uma parceria entre o poder público e a sociedade civil pode representar uma alternativa para a busca de soluções consensadas que melhorem as condições de vida daqueles que estão afastados do usufruto do bem comum. Neste sentido, não se pode exigir constante tutela do Estado, como se esse dispusesse de um caixa infundável para as políticas sociais. Agora, também, não se justifica utilizar-se do pretexto que o assistencialismo não é saudável, para o abandono total, consubstanciado na onda do neoliberalismo.

O neoliberalismo prega o Estado mínimo, deixando a sociedade à mercê do livre mercado, sob pretexto de valorização da liberdade, privilegia-se os economicamente fortes em detrimento dos direitos humanos. O capitalismo, em sua nova fase liberal, contribui decisamente para o aumento da exclusão social, mesmo que apresente um discurso de comprometimento com o conhecimento, mas no âmbito da competitividade, dos negócios, da lucratividade.

Por outro lado, o desenvolvimento da cidadania exige um elo de natureza diferente daquilo que comumente se concebe, de parentesco, descendência comum, para um sentimento direto de participação numa comunidade baseado numa lealdade a uma civilização que é um patrimônio comum. Compreende a lealdade de homens livres e protegidos por uma lei comum. O seu desenvolvimento para tanto é estimulado tanto pela luta para adquirir tais direitos quanto pelo gozo dos mesmos, uma vez adquiridos.

Desta forma, a cidadania, antes de ser concebido em sua forma tão somente de elemento de ligação de direitos, deve ser ampliando no sentido de um exercício de luta pelos direitos votados para a sociedade como forma de garantia do

usufruto, através da reflexão da realidade social, estabelecendo uma criticidade para uma organização social que busque a efetividade de direitos como bem maior para o senso de justiça social seja sentido pelos membros da sociedade como um todo, pois o preço da paz é a eterna vigilância de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Cidadania: do direito aos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

BALDEZ, Miguel Lanzellotti. **Solo Urbano. Propostas para a Constituinte**. Apoio Jurídico Popular/FASE, 1986.

BRASIL **Constituição da República Federativa do Brasil**. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07 ago. 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almeida, 1993.

CICCO, Cláudio, **Kant e o Estado de Direito**: O problema do fundamento da cidadania. In: DI GIORGI, Beatriz; CAMPILONGO, Celso F.; Flávia Piovesan (coords.) **Direito, Cidadania e Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CINTRA, Antonio Carlos Araujo; PELEGRINI GRINOVER, Ada; DINAMARCO, Candido R. **Teoria Geral do Processo**, 13. ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

COMPARATO, Fábio Konder. **A nova cidadania**. In: Lua Nova – Revista de Cultura e Política, 1993.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. trad. Márcio Pugliesi. São Paulo: Martin Claret, 2009.

ENCICLOPÉDIA BRASILEIRA MÉRITO, vol. 20. São Paulo: Editora Mérito S.A., 1964.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. 16. ed. trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Estado e do Direito**. trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed., 24. tir., São Paulo: Malheiros, 2014.

MURICY, Marília. **Cidadania, participação e controle do Estado – novos instrumentos constitucionais**. In: Revista de Direito Público, 88, ano XXI, dez/1988.

NALINI, José Renato. **Ética e Justiça**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Ciudadania y Definiciones**. In: Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa, nº 25, 2003.

RAWS, John. **Uma teoria da justiça**. trad. Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 9. ed. trad. Heloisa Matias e Maria Alice Maximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SCURO NETO, Pedro. **Sociologia geral e jurídica: manual dos cursos de direito**. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2004.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na Ciência do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

GRUPO DE TRABAJO 4:

“Paz, Educación y Libertad Religiosa”

ANTROPOLOGIA E USOS DEVIDOS E INDEVIDOS DO RELATIVISMO CULTURAL E DA TOLERÂNCIA

Laércio Fidelis Dias¹

RESUMO

O ato de relativizar tem sido a marca da antropologia desde o fim do século XIX, quando a crítica ao evolucionismo sociocultural ganhou ímpeto. Relativizar, entendido, como pôr em contexto, tem sido apontado como remédio contra os excessos do Método Comparativo evolucionista e suas generalizações indevidas. Entretanto, que escopo deve ter o ato de relativizar? Toda e qualquer generalização seria errônea? O objetivo desta comunicação é oferecer um panorama da relação entre antropologia e relativismo, a partir da constituição da chamada antropologia moderna, no fim do século XIX, e mapear os usos devidos e indevidos do conceito de relativização, notadamente no que tange o relativismo cultural e à tolerância. O pressuposto que orienta a palestra é o de que o ato de relativizar precisa operar como estratégia metodológica, já que, quando se transforma em premissa axiológica, converte-se num mecanismo contraditório que anula quaisquer asserções feita pelo pesquisador. É um trabalho de natureza teórico-conceitual apoiado em levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Antropologia Cultural; História da Antropologia; Relativismo Cultural; Tolerância.

INTRODUÇÃO

Quando se fala em antropologia, alguns temas parecem emergir quase que imediatamente: temas como cultura, tolerância, respeito, aceitação e o escopo do exercício da liberdade. São temas que vêm à tona quando pensamos nas relações que as nações e que os povos mantêm entre si no mundo atual em que vivemos. Não afirmo que da perspectiva de outras disciplinas os mesmos temas não sejam abordados ou tomados em consideração. Afirmo, sim, que são questões centrais, incontornáveis e com um viés próprio a partir de uma perspectiva antropológica.

E são questões centrais e incontornáveis porque nas interações entre nações e povos entram em jogo hábitos, costumes, religiões e tradições de diversas matrizes e origens históricas. O que estou querendo dizer é que hábitos, costumes, religiões e tradições medeiam e dinamizam as relações entre os nações e povos.

¹ Professor junto ao DSA e PPGCS/Universidade Estadual Paulista (Unesp-Marília)

Tolerância e respeito não são antídotos seguros contra ruídos, tensões e possíveis conflitos que possam emergir nessas interações. Porém, são atitudes que procuram circunscrever e situar divergências, ruídos, tensões e mesmos conflitos no âmbito da civilidade. Pode-se discordar, mas estas discordâncias, muitas vezes indigestas, quando se é tolerante e respeitoso, ficam emolduradas dentro de um quadro de civilidade. Com isto quer-se dizer ninguém deve sair por aí aniquilando ou trucidando o outro por causa de divergências no âmbito dos costumes, hábitos e tradições culturais.

1 O QUE É TOLERÂNCIA, RESPEITO E ACEITAÇÃO?

Tal como propõe as Organização das Nações Unidas (ONU) “tolerar é eminentemente dar e receber respeito por posições assumidas em termos filosóficos, políticos, ideológicos e religiosos que não redundem em prejuízo ao outro que não partilha das mesmas posições”. É uma definição bastante difundida e conhecida com a qual, em larga medida, também concordo. As ressalvas que tenho com tal definição, espero, ficarão claras ao longo da exposição.

Tolerância não foi, entretanto, primeiramente definida pela ONU. No *Tratado acerca da Tolerância* (1763) e *Carta Sobre a Tolerância* (1689), respectivamente, de Voltaire e Locke, são uns dos trabalhos mais conhecidos sobre o tema.

A razão voltairiana, apoiada na douda ignorância socrática, exige uma tolerância recíproca, cujo objetivo essencial é a liberdade. Pressupondo que toda a humanidade é feita de fraquezas e de erros, o dever de cada um consiste, necessariamente, em perdoar os erros dos outros. Verifica-se, então, que essa noção de tolerância aproxima-se, intimamente, com a indulgência, a doçura e a paciência. Tal caráter de condescendência expressava, no entanto, uma certa superioridade que, certa feita, era atribuída à noção de tolerância (Costa 1999: p.04).

A reflexão feita em torno do pensamento de Locke, por seu lado, permite-nos constatar que a tolerância é entendida e defendida como corolário da liberdade da consciência individual e da igualdade de todos, não apenas em matéria religiosa, mas também de costumes e formas de vida. A soberania dos Estados e das Igrejas encontra os seus limites na soberania da consciência individual. A problemática da tolerância é abordada por Locke na dupla perspectiva religiosa e política. Enquanto em termos vulgares a tolerância expressava a atitude benevolente de respeito mútuo, em termos filosóficos e políticos pressupunha uma dominância do poder. É neste contexto, que Locke pede tolerância ao Estado, podendo essa posição manifestar-se por omissão ou por mera indiferença. A sua obra expressa o primado do político sobre o religioso. Fazendo da liberdade a ideia central do seu

pensamento, refere, no entanto, a necessidade de controlar o uso abusivo do poder, isto porque os membros do Estado também são homens e devem ser controlados (Costa 1999: *idem*).

De qualquer modo, nem ONU, nem Voltaire, nem Locke são pioneiros na reflexão sobre tolerância. O filósofo Ramon LLull (1232-1316) é precursor da reflexão sobre tolerância. Em sua obra *O Livro do Gentio e dos Três Sábios* (c. 1274-1276), o autor apresenta a tolerância como diálogo, e a define do seguinte modo: 1) Via negativa (privada), entendido como resignação, impassividade diante de pessoas que pensam de modo distinto. Nesse sentido, tolerância aqui assemelha-se à virtude da paciência; 2) via positiva (pública), pela qual tolerância se caracteriza como defesa da coexistência social pacífica de pessoas ou grupos com pensamentos diferentes; 3) via extrema, entendida como defesa da tolerância com o uso de todos os meios possíveis (violência verbal, censura, etc.).

Além de Ramon LLull, e bem antes de Locke e Voltaire, vários os pensadores podem ser apontados como precursores da tolerância como exercício do diálogo; o franciscano William of Ockham (c. 1287-1347), com a obra *Sent.*, III, q. 8, na qual aponta a possibilidade de que a salvação da alma seria possível fora da Igreja Católica; o poeta Giovanni Boccaccio (1313-1375), na obra, *Decamerão*, Conto 28 (*Os Três Anéis*), que também aponta para a possibilidade de salvação de judeus e muçulmanos; Jacob Acontius (c. 1520-1566), jurista, teólogo, filósofo e engenheiro, que em *Stratagemata Satanae*, sugere que a intolerância seria uma armadilha do diabo; o Jurista e filósofo Jean Bodin (1530-159) que em *Coûoquium heptaplomeres* propõe o retorno a uma religião natural para evitar discussões dogmáticas; Michel Eyquem de Montaigne (1533-1592), filósofo francês que, em *Ensaíos* (II, 19), sai em defesa da liberdade de consciência; Hugo Grotius (1583-1645), jurista que também sai em defesa da religião natural; o poeta John Milton (1608-1674) que defende a liberdade de imprensa na obra *Areopagitica* (1644); e Baruch Spinoza (1632-1677), filósofo a quem, em *Tractatus theologico-politicus* (1670), a fé não pode ser estabelecida pela violência ou imposição.¹²

Respeitar quer dizer deslocar o ponto de vista de si e ver a situação a partir do ponto de vista do outro. A palavra respeito vem do «lat[im] respectus,ūs, "ação de olhar para trás; consideração, respeito, atenção, conta; asilo, acolhida, refúgio"; f[orma] hist[órica] sXIV respeyto, sXV respeito, sXV respecto» (*Dicionário Eletrônico Houaiss*). Ao acrescer a dimensão ética à ação de olhar para trás, considerar, dar atenção, acolher, respeitar adquire um sentido de deslocar a perspectiva de si em

¹² Agradeço ao professor Ricardo da Costa que apresentou este histórico acerca da tolerância durante o III Encontro de Reflexões sobre a Paz "Paz e Tolerância" (<http://www.marilia.unesp.br/#!/noticia/1830/encontro-de-reflexoes-sobre-a-paz-sera-em-abril/>) com a palestra "Ramon Llull (1232-1316) foi o filósofo da tolerância na Idade Média?".

direção ao outro, afinal de contas estou diante de um semelhante, de um irmão. É tão mais difícil realizar este deslocamento quanto mais divergentes foram as opiniões e valores. E, conseqüentemente, tão mais fácil quanto mais convergentes forem.

Aceitação quer dizer compartilhar da visão de mundo do outro. Em uma só palavra: concordar. Em larga medida, nestes casos, a aceitação do outro é a aceitação de si mesmo. Quando se aceita a perspectiva do outro não se quer com isto dizer que haja concórdia em 100%. Mas, muito provavelmente existe concórdia num núcleo de questões que são fundamentais ou essenciais. Dando, assim, a impressão de que as visões de mundo são indistintas ou muito próxima disto.

Não é difícil notar que ruídos, tensões e conflitos costumam ser mais comuns nas situações em que as atitudes em relação ao outro sejam marcadas pelo sinal da tolerância. E menos comuns nos casos em que os valores fundamentais são compartilhados. É mais provável que aquele que comigo concorda mantenha relações com menos ruído. Ao passo que aquele que não concorda pavimentam um campo mais fértil para a emergência de tensões.

A questão-chave que permeia a tolerância, respeito e aceitação é a cultura. De todo modo, ao mesmo tempo em que a noção de cultura é fundamental para a grande maioria das escolas e tradições antropológicas, é, também, objeto de divergências acaloradas, uma vez que, ao longo da história da disciplina, o conceito recebeu um sem-número de definições. Além do que, a cultura como ferramenta analítica é também apropriada por outras disciplinas: história; sociologia; política; psicologia; economia; etc. E cada uma destas disciplinas maneja a noção de cultura com nuances próprias.

Isto posto, quaisquer que sejam as definições propostas para o conceito de cultura, elas estão sempre sujeitas a críticas e objeções. Mas a esta altura do campeonato, quero dizer, da palestra eu já me comprometi o suficiente e não tenho como tergiversar e não propor uma definição de cultura. Afinal de contas não é esta uma questão-chave que permeia a tolerância, respeito e aceitação? De todo modo, qualquer que seja a objeção, tenho grandes reticências de que se consiga demonstrar que cultura não é, ao menos, o que se propõe a seguir:

2 O QUE É CULTURA?

Cultura é tudo aquilo produzido pela humanidade, seja no plano concreto ou no plano imaterial, desde artefatos e objetos até idéias e crenças. Cultura é todo complexo de conhecimento e toda habilidade humana empregada socialmente. Além disso, é também todo comportamento aprendido, de modo interdependente da questão biológica. (Tylor, 1871).

É uma definição enxuta. São três frases. Destas três frases que definem cultura, segundo Tylor, pode-se apreender:

- 1) Que cultura tem uma primeira acepção que inclui aspectos materiais e imateriais. Ou seja: idéias, valores, e, objetos cultura material, entre os quais estão incluídos tanto o microfone e computador que utilizamos aqui agora, como o carro, avião, instrumentos de pedra lascada, lança, arco-e-flecha e assim por diante;
- 2) O segundo aspecto desta definição de cultura diz respeito ao seu sentido social. E sentido social aqui não tem o significado hodierno de engenharia, crítica e transformação sociais. Mas, com a expressão quer-se enfatizar o aspecto da cultura como conhecimento, fruto da conjugação de esforços de várias pessoas, de diferentes lugares e épocas, que é apropriado por essas mesmas pessoas, transmitida a gerações futuras, na construção e realização de suas vidas.
- 3) Em terceiro, a interdependência da cultura e biologia. A cultura não nasce da biologia, mas dela não pode prescindir. Por exemplo, eu não teria como estar aqui falando e expressando o que penso se não tivesse um aparato cerebral e aparelho fonador que me permitem emitir o som característico da voz humana e operar os fundamentos gramaticais da língua portuguesa. A língua que falo, o seu acento característico, revela onde nasci e me criei, portanto são aspectos contingenciais de minha fala, mas o aparato cerebral e aparelho fonador, aos quais me referira, são condições necessárias da fala humana.

Creio que, em síntese, poder-se-ia dizer que cultura são todos os objetos de cultura material, modos de agir, pensar e sentir e apreendidos e transmitidos a partir do convívio social.

Como alertei, anteriormente, há uma série de divergências acerca do que vem a ser cultura. Propus, até aqui, uma definição bastante ampla e geral que, como penso, poucos dirão: cultura não tem absolutamente a ver com isto.

Como tolerar, como respeitar, como aceitar? Em que medida é possível ser livre?

Creio que a problemática que está por trás destas perguntas aqui apontadas poderia ser sintetizada na seguinte indagação: se somos de uma espécie, por que organizamos nossas vidas de modos tão distintos? Notem, estamos aqui diante da clássica tensão entre o universal e o particular. Onde está o “nós” em meio à diferença. O que nos une dissipa nossas diferenças?

Os índios também se indagavam sobre essas questões. Vejam o que escreve Lévi-Strauss (1961: p 33) a seguir: "Ocorrem curiosas situações onde dois interlocutores dão-se cruelmente a réplica. Nas Grandes Antilhas, alguns anos após a descoberta da América, enquanto os espanhóis enviavam comissões de inquérito para pesquisar se os indígenas possuíam ou não uma alma, estes empenhavam-se

em imergir brancos prisioneiros afim de verificar, por uma observação demorada, se seus cadáveres eram ou não sujeitos à putrefação”.

A problemática da diversidade ou variabilidade comporta pelo menos duas questões cruciais (que como não poderia deixar de ser dinamizam a tensão entre o particular e o universal): 1) estranhamento; 2) como se portar diante da diferença?

3 ESTRANHAMENTO

A relação próxima com sociedades socioculturalmente tão distantes provoca em nós um estranhamento. “perplexidade provocada pelo encontro das culturas que são para nós as mais distantes, e cujo encontro vai levar a uma modificação do olhar que se tinha sobre si mesmo” (Laplantine, 2003: p. 21).

Por que o estranhamento teria tal poder? Porque nos faz perceber que aquilo que nos era natural em nós mesmos, de fato é cultural.

Como resolver (no sentido de explicá-la, não de eliminá-la) a tensão entre o universal (natural) e particular (cultural)?

Se definimos o que natural significa aqui como algo inato, ou seja: uma predisposição para um determinado agir, pensar ou sentir, predisposição esta, dada pela natureza, e, o que cultural como a forma da predisposição natural adquirida pelo convívio sociocultural, creio que se consiga equacionar satisfatoriamente a tensão entre o natural e cultural.

4 COMO SE PORTAR DIANTE DA DIFERENÇA?

Três atitudes são possíveis: Tolerar, respeitar e aceitar. Aceitar quer dizer compartilhar da visão de mundo do outro. Respeitar também quer dizer compartilhar da visão de mundo do outro. Porém, se preciso respeitar, quer dizer que esse compartilhar exige algum esforço, alguma afirmação. Tolerar, por sua vez, significa permitir que o outro seja como ele quer ser, embora não haja um compartilhar de visão de mundo e, neste sentido, tolerar exige esforço.

Classicamente a antropologia tem proposto como medida para definir o escopo da liberdade o ato de relativizar. O ato de relativizar seria o caminho, o pano de fundo que permitiria emoldurar as divergências no âmbito da civilidade, conforme aponte a pouco minutos atrás. Relativizar para tolerar. Relativizar para respeitar. relativizar, em grau menor, para aceitar.

O que é relativizar, porém? Relativizar implica que se deve analisar um traço cultural no contexto sociocultural ao qual pertence e que é sua fonte de sentido.

Numa única expressão: relativizar é sinônimo de contextualizar. E para tanto é preciso deslocar o ponto de vista, ou seja, fazer um esforço para mudar a perspectiva da qual miro o comportamento cultural. É muito fácil falar aqui numa palestra, mas não é tão fácil quanto parece na vida real. No fluxo dos acontecimentos que permeiam a nossa existência, deslocar o ponto de vista a partir do qual estamos acostumados a ver as coisas costuma ser difícil.

Há um problema com essa definição, ou se preferir, ela ao menos não está completa. E assim eu próprio assumo o papel de advogado do diabo de mim mesmo e aponto mais precisamente para o título desta palestra, ou seja, usos devido e indevidos do ato de relativizar, ou, como apontei no título, relativismo moral.

Vejamos. Como todos os seres humanos vivem em contextos culturais sempre o que fizermos terá algum sentido. Assim, tudo poderia ser justificado já que faz sentido num certo contexto cultural. O contexto é capaz de produzir um porquê, um sentido, uma motivação para o que as pessoas fazem. Seria, então, apenas o contexto a fonte de vida (ou seja: sentido) para o que fazem as pessoas?

O primeiro passo para sair deste imbróglio, deste círculo vicioso é tomar o ato de relativizar como um procedimento metodológico. E não tomá-lo como axioma, não tomá-lo por princípio ético de que as práticas culturais são sempre moralmente relativas porque são produtos de contextos particulares.

E por que esta distinção, entre procedimento metodológico e princípio axiológico, que me parece tão crucial, é, também, tão negligenciada?

Creio que porque somos, senão filhos da modernidade, ao menos netos. A modernidade imaginou poder combater com as luzes da razão, do conhecimento e da tolerância, toda a ignorância, pobreza, superstição e desigualdade social. Por isso, Alain Touraine (1992) diz-nos que a ideia de modernidade substitui, no centro da sociedade, Deus pela ciência, remetendo, na melhor das hipóteses, as crenças religiosas para o interior da vida privada. Não basta que estejam presentes as aplicações tecnológicas da ciência para que se possa falar de sociedade moderna. É necessário também que a atividade intelectual esteja protegida das propagandas políticas ou das crenças religiosas, que a impessoalidade das leis sirva de proteção contra o nepotismo, o clientelismo e a corrupção, que as administrações públicas e privadas não sejam instrumentos de um poder pessoal, que vida pública e privada permaneçam separadas, como devem permanecer também as fortunas privadas e o orçamento do Estado ou das empresas.

Não quero me entendam mal. Não vejo problemas numa sociedade e cultura racionalmente organizadas. O problema aqui é içar a razão ao nível de um fundamento em si. Um princípio auto-evidente e auto-suficiente. O relativismo moral pensado como axioma é uma tolerância hipertrofiada, justamente porque pensada

como auto-evidente e auto-suficiente, assim como almejam ser as sociedades e culturas modernas, ao menos no Ocidente.

5 À GUIA DE CONCLUSÃO: SÓ HÁ TOLERÂNCIA ONDE JAMAIS SE TOLERA O INTOLERÁVEL

"Faz parte da essência de toda verdade não tolerar o princípio que a contradiz. A afirmação de uma coisa exclui a negação dessa mesma coisa, assim como a luz exclui as trevas. Onde nada é certo, onde nada é definido, podem-se partilhar os sentimentos, podem variar as opiniões. Compreendo e peço a liberdade de opinião nas coisas duvidosas: "In dubiis, libertas" (Na dúvida, a liberdade). Mas logo que a verdade se apresenta com as características que a distinguem, sendo por isso mesmo verdade, ela é positiva, ela é necessária, e por conseguinte ela é uma e intolerante: "In necessariis, unitas" (Na necessário, unidade)³. Restringir a verdade ao perímetro da tolerância é condená-la ao suicídio.

A afirmação se aniquila ao duvidar de si mesma, e ela duvida de si mesma ao admitir com indiferença ser posta ao lado de sua própria negação. Para a verdade, a intolerância é o instinto de conservação, é o exercício legítimo dum direito de propriedade. Quando se possui alguma coisa [verdadeira], é necessário defendê-la, sob pena de logo se ver despojado dela".

Assim, só se tolera o que não é bom circunstancialmente. Seja para evitar um mal maior, seja em ordem a um bem mais valioso. Assim, por exemplo, podemos tolerar os defeitos de um amigo para manter a amizade, do cônjuge para não se desfazer o casamento e os nossos próprios para não enlouquecermos, por excesso de escrúpulos.

Tolerância não é algo que se ostente, pois além de tudo não é sequer princípio moral. Tolerância é claro um ato contextual que visa um bem maior e, neste sentido, aproxima-se do ato de relativizar mencionado anteriormente.

A tolerância será boa apenas quando estiver conformada pela virtude da prudência. "*Prudentia* é ver a realidade e, com base nela, tomar a decisão certa. Por isso, como repete Tomás, não há virtude moral sem a *prudencia*, e mais: 'sem a *prudencia*, as demais virtudes, quanto maiores fossem, mais dano causariam' (in III Sent. d 33, q 2, a 5, sc 3). A *prudencia* é necessariamente corajosa e forte' (I-II, 65, 1). Sem esse referencial, fundamentados em que tomamos nossas decisões?

³ As duas expressões latinas "*in dubiis libertas*" e "*in necessariis, unitas*" é uma referência ao conhecido princípio de Santo Agostinho, segundo o qual "*In necessariis unitas, in dubiis libertas, in omnibus caritas*, ou seja, nas questões necessárias, unidade; nas questões de livre opinião, liberdade; em todos, caridade.

Quando não há a *simplicitas*, a simplicidade que se volta para a realidade como único ponto decisivo na decisão, ela acaba sendo tomada, como dizíamos, com base em diversos outros fatores: por preconceitos, por interesses interesseiros, por impulso egoísta, pela opinião coletiva, pelo 'politicamente correto', por inveja ou por qualquer outro vício..."

"Se hoje a palavra prudência tornou-se aquela egoísta cautela da indecisão (em cima do muro), em Tomás, ao contrário, *prudentia* expressa exatamente o oposto: é a arte de decidir corretamente, isto é, com base não em interesses oportunistas, não em sentimentos piegas, não em impulsos, não em temores, não em preconceitos etc., mas, unicamente, com base na realidade, em virtude do límpido conhecimento do ser. É esse conhecimento do ser que é significado pela palavra *ratio* na definição de *prudentia*: *recta ratio agibilium*, 'reta razão aplicada ao agir', como repete, uma e outra vez, Tomás."

Em todos os demais casos ela é falha grave ou gravíssima, razão por que tem comumente outros nomes: tolerar o vício é permissividade; tolerar a mentira, cumplicidade; tolerar a maldade, covardia; tolerar o erro, estupidez; tolerar a tirania, suicídio político; tolerar a louvação da mediocridade, assassinato civilizacional.

O mundo onde se quer enfiar a tolerância goela abaixo como se ela fosse dever moral, ter-se-ia, talvez, um nome apropriado: inferno. Esta é a forma mais terrível de ser intolerante. Onde é proibido proibir impera o mal. A intolerância será boa sempre que representar a adesão a princípios dos quais não se pode abrir mão: a verdade, o bem, a justiça.

REFERÊNCIAS

COSTA, M.G.G.M. da. **A Tolerância Como Paradigma Antropológico- Contributo Para a Construção de Uma Filosofia da Educação**. Dissertação de Mestrado em Filosofia, Faculdade de Letras do Universidade do Porto, 1999.

HOUAISS, Antônio. Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa. São Paulo: Objetiva, 2009.

LAPLANTINE, F. **Aprender Antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.

LÉVI-STRAUSS, C. **O Pensamento Selvagem**. Papirus: Campinas, 2008.

LLUL, Ramon. (1232-1316). **O Livro do Gentio e dos Três Sábios** (1274-1276). Tradução e notas: Esteve Jaulent. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

LOCKE, J. **Carta sobre a Tolerância**. Lisboa, Edições 70, 1975.

PIE, Louis-Edouard. "*A intolerância católica* (sermão pregado na Catedral de Chartres em 1841)*". (On-line). MONTFORT Associação Cultural. Disponível: <http://www.montfort.org.br/bra/veritas/religiao/intolerancia/> (07/06/2017).

SÃO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica* (Vol. II e III). Campinas: Ecclesiae, 2016

TOURAINE, A. **Crítica da Modernidade**. Lisboa, Instituto Piaget, 1992.

TYLOR, E. **The Primitive Culture**. London: Murray, 1871.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo, Folha de São Paulo, 2015

EDUCAÇÃO E ÉTICA: O DESAFIO DE FORMAR SUJEITOS ÉTICOS

Dr. Nilo Agostini¹

Dra. Luzia Batista de Oliveira Silva²

Dr. Carlos Roberto da Silveira³

RESUMO

Este texto apresenta a ética e a educação como indissociáveis, sendo a ética o objetivo fundamental da educação. A ética perpassa todo processo formativo, decisiva tanto na formação de sujeitos éticos, como na formação dos docentes e em todo o processo de ensino-aprendizagem. Assume o ser humano em sua integralidade, superando os deslizes do conhecimento fragmentado, dos processos de personificação miniaturizados e das visões puramente tecnicistas. Enquanto processo ético, a educação alimenta a consciência crítica, leva à emancipação e à responsabilidade, engajando os sujeitos em vista das transformações necessárias na sociedade. A ética faz da educação um saber-fazer humanizador, lastreado na alteridade. Colhem-se, para isso, contribuições da filosofia clássica e contemporânea, enquanto nos ajudam a descortinar a transversalidade da ética na educação e em todos os processos formativos.

Palavras-Chave: educação, formação ética, sujeito.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo discutir o lugar da educação e da ética na formação das pessoas enquanto elas possibilitam a emergência de sujeitos éticos. Discute-se a condição humana e o processo ético que se percorre quando a educação assume a ética como seu objetivo fundamental. Somos defrontados com as bases primeiras da ética, o que nos leva ao *ethos* como elemento primitivo – qual arqueologia social – na compreensão da ética e seu papel de proteção à vida e de desenvolvimento integral da pessoa humana. Ao assumir o ser humano em sua integralidade, o desafio é superar os deslizes do conhecimento fragmentado, dos processos de personificação miniaturizados e das visões puramente tecnicistas.

¹ Universidade São Francisco – USF. E-mail: nilo.agostini@usf.edu.br

² Universidade São Francisco – USF. E-mail: luzia.silva@usf.edu.br

³ Universidade São Francisco – USF. E-mail: carlos.silveira@usf.edu.br

Discutem-se os caminhos de emergência do sujeito ético na tarefa educativa, considerando contribuições diversas da filosofia. Como pode a ética tornar-se parte da arquitetura do ser humano, perpassando a sua vida tanto nos diferentes elos do instituído bem como nas diversas dimensões do humano? Esta questão ou problema exige uma tarefa de investigação que, para este tema, busca estabelecer as bases bibliográficas numa pesquisa de caráter qualitativo, captando as transversalidades entre educação e ética.

Investir no desenvolvimento da capacidade ética do ser humano representa investir na sua capacidade crítica, reflexiva e de discernimento, sendo este capaz de interpretar, enquanto sujeito ético-crítico, sua própria existência nas circunstâncias históricas em que vive. Disto resulta que o ato de educar necessita ser todo atravessado pela ética, enquanto forma sujeitos éticos, lastreados na liberdade, na autonomia e na responsabilidade.

A ética ocupa um lugar de transversalidade em todo o processo educativo e lança as bases para a emancipação e a autonomia dos sujeitos, alimenta a solidariedade, com a clareza de que a vida necessita ser defendida, especialmente lá onde a dominação e a brutalidade a ceifam e/ou a oprimem. Apontaremos para a construção ética da prática e do discurso, indispensável em todos os processos de ensino/aprendizagem.

Ética e educação agem como polos concêntricos, fazendo com que a ética esteja presente no currículo e em todo o ensino e aprendizagem. Há entre eles uma relação de pertinência inclusiva. Sendo fundamental para a formação do sujeito, a ética é compreendida como presença transversal em todo o processo de uma educação crítico-libertadora. Garante o cultivo integral do humano em suas diversas dimensões, superando movimentos fragmentados ou miniaturizados no processo de personificação e de construção social, apontando igualmente para os deslizes quer da dispersão das ciências quer de uma preparação puramente técnica e funcional.

A ética mantém e garante o respeito da dignidade humana, lastreia a vida com valores e tece laços comunitários e sociais perpassados pela responsabilidade, solidariedade e justiça, sempre na busca da paz. Faz da escuta do pobre, um convite para travar um olhar face a face com os outros na partilha do mundo, numa inserção de ação e reflexão, participantes conscientes das necessárias transformações do mundo. Todo esse processo tem na dinâmica da alteridade o seu húmus, num crescer e viver com o outro, num aprender com ele, num partilhar com o outro o mundo na justiça e na paz.

1 A CONDIÇÃO HUMANA EM SUA INTEGRALIDADE

Ao tangenciar a condição humana, buscando decifrar o fenômeno ético e a emergência do sujeito ético, damos-nos conta de que o conhecimento humano necessita de uma postura humilde e firme para não cair na pretensa “supremacia do conhecimento fragmentado” (MORIN, 2000, p. 14) nem numa manifestação “miniaturizada do processo de personificação” (LIPOVETSKY, 1983, p. 13). Essas cegueiras do conhecimento necessitam ser superadas pela “tomada de conhecimento e consciência” da “condição humana” que, para Morin (2000, p. 14-15), “deveria ser o objeto essencial de todo o ensino”, porque representa “um modo de conhecimento capaz de apreender os objetos em seu contexto, sua complexidade, seu conjunto”, estabelecendo “as relações mútuas e as influências recíprocas entre as partes e o todo em um mundo complexo”.

Na leitura de Morin (2000, p. 15), é fundamental apreender “a unidade complexa da natureza humana e totalmente desintegrada na educação por meio das disciplinas”, superando a dispersão das ciências, para aceder a uma compreensão da “unidade e a diversidade de tudo que é humano”, começando por assumir que “o ser humano é a um só tempo físico, biológico, psíquico, cultural, social, histórico”. Compreendemos que, para Morin (2000, p. 47), quando a educação centra-se na condição humana, ela busca conhecer o humano e seu lugar no universo, nunca fora dele, pois “todo conhecimento deve contextualizar seu objeto”, iniciando por questionar “nossa posição no mundo”. Decorrente disso, apresenta-se um problema epistemológico, assim descrito:

É impossível conceber a unidade complexa do ser humano pelo pensamento disjuntivo, que concebe nossa humanidade de maneira insular, fora do cosmos que a rodeia, da matéria física e do espírito do qual somos constituídos, bem como pelo pensamento redutor, que restringe a unidade humana a um substrato puramente bioanatômico. As ciências humanas são elas próprias fragmentadas e compartimentadas. Assim, a complexidade humana torna-se invisível e o homem desvanece 'como um rastro na areia'. Além disso, o novo saber, por não ter sido religado, não é assimilado nem integrado. Paradoxalmente assiste-se ao agravamento da ignorância do todo, enquanto avança o conhecimento das partes (MORIN, 2000, p.48).

Uma educação ética tem como tarefa buscar romper esta disjunção do pensamento racional técnico, que opera como um elemento de separação, desagregação daquilo que se pode entender como unidade humana. No entanto, a razão técnica pode ser refutada quando se trabalha para reconhecer a complexidade inerente a vida e às ações humanas, como as ações na esfera da educação.

Educação, de que tanto necessita o ser humano, educação requisitada desde os primórdios da mitologia grega com os poetas Hesíodo e Homero. Para o segundo, educação era um exercício cotidiano, ou seja, as coisas e os acontecimentos mais simples da vida demonstravam o comportamento e aquilo de que o sujeito necessita para sua instrução, para o viver em sociedade com outros homens; já Hesíodo, através da imagem de *Diké* (personificação da justiça), símbolo da força religiosa mítica e da seriedade moral, destaca a importância de viver de maneira sábia, honesta, justa e corajosa, viver uma vida ética, portanto.

E na *Paideia* Grega, destaca-se a história da educação mediante a transformação de valores válidos para a formação do homem (JAEGER, 2013, p. 2); oralidade e registros de regras e normas são elementos de orientação na educação proposta e, para além do exercício e aprimoramento dos talentos estéticos como embelezamento e exercício prático racional e criativo, busca-se uma educação integral como formação humana e cultural.

Por isso, há também uma valorização da arte e da poesia porque a educação grega “não contém só o elemento racional em que pensamos em primeiro lugar, mas também, como indica a etimologia da palavra, um elemento intuitivo que apreende o objeto como um todo na sua ‘ideia’, isto é, como uma forma vista” (JAEGER, 2013, p.12). Aponta para uma educação que coloca em pauta o “humanismo” – o ser humano em consonância com o ser político. A nobreza do processo de formação se dá também na concepção da *areté* (virtude), isto é um processo em que não se pode dispensar a cortesia, a relevância dos sentimentos para com os outros seres humanos e os seres vivos da natureza, destacando-se as qualidades morais e espirituais do ser humano.

Para Immanuel Kant (1724-1804), o ser humano é “a única criatura que precisa ser educada” (KANT, 1993, p. 69) desde o seu nascimento, porque a educação é uma atividade complexa no sentido do ato de educar para compreender a integralidade do ser, por um lado, e porque requer o processo de uma práxis, por outro lado. Assim, ao sermos guiados por uma consciência moral que se constrói mediante a liberdade de escolha, funciona como um guia na condução da vida prática em comunidade ou em sociedade, cuja autonomia exige do sujeito o dominar das paixões pela disciplina a fim de atingir uma autodeterminação. Portanto, para o autor, o desenvolvimento da faculdade racional permeado por uma práxis contribui para atingir o lema da educação humana: *Sapere aude!*¹⁴

Também queremos destacar a importância de uma educação ética na obra de autores da teoria crítica da sociedade, como Walter Benjamin, que apesar de não ter escrito propriamente sobre ética, seus escritos estão embasados por uma ética

¹⁴ O *sapere aude* exige coragem por parte do sujeito para usar o próprio entendimento.

de cunho teológico. Nos ensaios como *A vida dos estudantes* e *Programa de um teatro infantil proletário*, entre outros, pode-se compreender perfeitamente a necessidade de uma educação ética, uma educação para o respeito e a valorização das diferenças, seja na universidade, seja na escola ou no teatro popular; educar dentro de uma classe social significa a valorização da cultura, dos saberes e da tradição dentro da própria classe social do sujeito, como a classe popular, a classe dos trabalhadores ou a dos estudantes das classes mais abastadas, cuja convivência pede de todos os envolvidos um olhar que não negligencie os conflitos e nem ignore a superficialidade na formação, a indiferença ante os sofrimentos dos mais necessitados; isto chama a atenção sobre a dor do silêncio dos soldados voltando das guerras, como no ensaio *Experiência e Pobreza* ou a valorização da narrativa como uma lição ética ou tesouro para as futuras gerações.

Rouanet (1990, p. 9) tece o seguinte comentário sobre a obra de Walter Benjamin:

Um pensador cujo materialismo deve mais à teologia que a Marx; que parte de uma epistemologia platonizante; que defende uma estética pós-aurática e se assusta com as consequências de um mundo sem aura; que quer abolir a tradição e salvá-la; que vê na redenção dos mortos a tarefa dos vivos, na salvação dos agora cativos a tarefa do presente, e para quem a revolução é um salto de tigre em direção ao passado; que consegue ser mais ativista que Brecht e mais místico que Scholem; que acredita na utopia e a define como reencontro com a linguagem adamítica, em que as palavras serão totalmente adequadas às coisas – esse pensador contemporâneo de todos os anacronismos e cruzamento de todas as impossibilidades, talvez tenha algo de sugestivo para um país e para um momento em que se trata de explorar as alternativas mais improváveis, e de construir o novo, contra a tradição, e a partir dela. (ROUANET, 1990, p.9)

Vale notar que Benjamin foi um revolucionário, um intelectual inconformado com as cegueiras mundanas, com a forma com que a história oficial trata e negligencia a vida dos vencidos sociais.

Já para Freire (2014a, p.52) uma educação ética pode ser entendida como “reflexão e ação dos homens sobre o mundo para transformá-lo”. Na busca do integral humano, Rodrigues (2001, p. 244), seguindo o pensamento de Montaigne (1987), tece as seguintes observações:

Deve-se educar o espírito, mas também os olhos, isto é, os sentidos, pois o entendimento não cresce apenas com o alimento provido pelos conceitos, mas também com o que absorve ao interiorizar e processar intelectualmente o mundo observado e vivido. A educação deve, pois, formar o corpo e o espírito. Continua Montaigne (1987, p. 229), agora se dirigindo de modo especial ao educador: “quero

que a delicadeza, a civilidade e as boas maneiras se modelem ao mesmo tempo que o espírito, pois não é uma alma somente que se educa, nem um corpo, é um homem: cabe não separar as duas parcelas do todo”.

A formação de sujeitos éticos requer uma compreensão integral do ser humano; esta constitui-se como estratégia fundamental, um núcleo irradiador de uma educação integral. Este parece ser o desafio da atualidade. Tavares (2009, p. 142) aponta este desafio quando descreve as seguintes palavras:

A educação integral tem que ser compreendida como uma estratégia de formação integral do ser humano, que coloca em destaque o papel que tem a educação no seu desenvolvimento integral. Isto é, a educação integral considera o sujeito em sua condição multidimensional e se desenvolve a partir desta compreensão. Seu objetivo, portanto, é o de formar e desenvolver o ser humano de maneira integral e não apenas propiciar-lhe o acúmulo informacional.

Ainda sobre a educação integral e a formação da pessoa humana, Emmanuel Mounier lança duas perguntas básicas e desafiadoras sobre o assunto: Por que se educa a criança? Qual é o fim dessa educação? Para ele, o ser humano, ou melhor a “pessoa humana” é suscitado por apelos de “permanência aberta” e a educação não pode render-se à domesticação, cerceando-a de sua transcendência, de pertença a si própria. A criança não é um *res societatis*, *res familiae* e nem, contudo, um sujeito puro e isolado. A criança está inserida num meio, numa família, numa nação e o sistema escolar é mais um instrumento educador como outros; seu erro é querer fazer-se como instrumento principal da vida educacional, sendo que esta aplica-se às necessidades da nação como formadores de produção e de cidadãos; portanto, pertence a um quadro do direito natural educativo. Ciente de que é parte de um sistema educacional,

a educação não tem por fim moldar a criança ao conformismo de um meio social ou de uma doutrina de Estado. Do mesmo modo, não lhe poderia atribuir como fim último a adaptação do indivíduo, seja à função que ele preencherá no sistema das funções sociais, seja ao papel que se entrevê para ele num sistema qualquer de relações privadas (MOUNIER, 1967, p.133).

A missão da educação é ultrapassar-se, despertar seres para o universo da pessoa, fazê-lo desabrochar numa existência verdadeiramente humana de imanência e transcendência, pois esta não pertence a ninguém a não ser a si mesmo.

Sabemos que a profissão, a preparação técnica e funcional é necessária para um mínimo de liberdade material, na qual a vida pessoal, sem esta, se asfixia, mas deve ser entendida também como complemento, parte da liberdade, pois o homem se constrói através de um processo pedagógico que deve servir-lhe de guia, ter transparência para que ele possa recriá-los, percorrer seus próprios caminhos, sua emancipação pessoal, deve ser ciente dos sistemas que o abarcam pois:

Só um trabalho que vise para além do esforço e da produção, uma ciência que vise para além da utilidade, uma arte que vise para além do deleite e, finalmente, uma vida pessoal em que cada um se dedique a uma realidade espiritual que o transporte para acima de si mesmo são capazes de sacudir o peso de um passado morto e criar uma ordem verdadeiramente nova (MOUNIER, 1967, p.15)

A educação funcional e técnica não pode ser o centro da obra educativa da pessoa humana. Uma educação voltada à pessoa é completamente diferenciada em relação à educação livresca que confunde cultura com acumulação de saber. Para a educação personalista, esta tem que se firmar através da expressão da vida, da aprendizagem da liberdade e a escola não pode ignorá-la. O saber dissociado da realidade transforma-se num saber abstrato, num formalismo que abafa a criatividade e não pode ser mais um dentre tantos outros instrumentos contra a pessoa.

Já a cultura tem a função globalizante na vida pessoal. Enfim, a vida é liberdade e transposição, uma profunda transformação. Aí se encontram as miríades solicitações e pressões de todos os gêneros pelas quais o homem deve compreender e empreender-se em seu próprio projeto. Na visão de Mounier, a cultura é transcendência a ultrapassar, revolver e revolucionar; e a escola é o elo que abarca os tempos e que faz história, é um abrigo de informações vivas. Tal proximidade nos leva também a Freire, quando ele aponta para a “educação bancária”, aquela que se preocupa apenas com créditos e depósitos do conhecimento, de gravações de extratos, de treinamentos e de competições engendradas por uma educação domesticadora. Lima Barreto (1993), em seu tempo, viu a escola como “depósito de alunos”, e “cemitério de vivos”.

Homem desperta! Disse Mounier. Tal despertar no cerne da educação é uma constante atuação pedagógica e ética que deve suscitar no educando não apenas os conhecimentos, implica compromissos e estes também têm de permanecer atuante no educador, sendo este vigilante dos mecanismos geradores e anuladores da liberdade humana; daí sua constância e engajamentos, o não comodismo, conformismos, determinismos que os sistemas propõem; por isso, são grandes os desafios do educador em utilizar sua ferramenta pedagógica para despertar pessoas humanas.

2 A ÉTICA E O VITAL HUMANO: A EDUCAÇÃO COMO PROCESSO ÉTICO

Assim sendo, a ética ocupa ou deveria ocupar um lugar central na arquitetura do ser humano. Por um lado, está presente já no substrato primitivo, qual raiz, fundamento ou modo próprio de ser, chamado de *ethos* pelos gregos, cuja palavra no sentido primitivo remete a caverna, abrigo, lugar de habitação, proteção, segurança. Daí porque se dá a compreender porque uma família, uma escola, um grupo de amigos, uma instituição, uma comunidade ou uma sociedade têm um papel ético no sentido mais primitivo, e este papel não pode ser negligenciado.

Da concepção ética advém uma proposta humano-social e ecológica que permeia todo o nosso viver, nos mais diferentes elos em que a vida se tece. Ela compõe o que Quelquejeu (1983, p. 74) chamou de “arqueologia social”, enquanto “lugar concreto de elaboração dos costumes, da moral e do direito”. Elabora-se a partir da vida, tecendo o que possa sustentá-la, enquanto cuidado de si, respeito dos outros, equilíbrio da natureza e cultivo da transcendência. Deste substrato primeiro, vai se forjando o lugar, a morada, onde se assenta a vida e se constroem as relações com os outros, fazendo da proximidade um de seus elementos constitutivos e da comunhão o seu elo de excelência.

Forma-se um húmus vital, tecido no tempo e no espaço, numa multiplicidade de expressões que testemunha a riqueza do ser humano, sua historicidade, na pluralidade de regulações sociais. No dizer de Agostini (2010, p. 78), “assim, o ser humano constitui-se numa pessoa que tem na relação com os outros, com a natureza, com a transcendência e consigo mesmo os elementos constituintes que o torna capaz de viver em constante comunhão”. A partir deste fundo arqueológico, são geradas evidências primitivas, nem sempre verbalizadas, porque implícitas ao nosso modo de vida, quais disposições adquiridas; estas formam, segundo Agostini (1997, p. 23), “uma matriz de percepção, de avaliação e de ação, a partir da qual realizamos as mais diferentes tarefas, resolvemos problemas, corrigimos incessantemente os resultados obtidos e integramos todas as experiências passadas”.

Este fundo de disposições adquiridas, implícitas, começam a ser explicitadas quando se forjam os sistemas de regulações sociais, tais como as normas sociais, a moral e o direito. Ele assume, então, a função de um instituinte, um *ethos* em ação, gerador de estratégias que asseguram a satisfação das necessidades básicas da vida, tornando possível a vida social. As normas sociais tecem, enquanto um primeiro elo do instituído, uma gama de modelos de comportamento, quer ainda implícitos quer explícitos que, segundo Quelquejeu (1983, p. 82-83),

...representam para o indivíduo a possibilidade de adquirir estruturas pessoais de comportamento susceptíveis, em regra geral, de ter bom êxito; numa situação concreta de ação, elas lhe poupam o esforço de ter que ir em busca cada vez da melhor maneira de agir para atingir seu objetivo, elas o liberam da incerteza ante o comportamento do outro e lhe trazem o incomparável benefício da permanência das relações humanas. Todas as sociedades que nós conhecemos existem e subsistem por sistemas de normas, graças às quais as complexas condutas humanas em seus múltiplos efeitos acham-se institucionalizadas e então harmonizadas umas às outras.

Na ordem de explicitação do instituído, a moral ocupa um lugar próprio, sobretudo quando é necessário dizer o que é preciso viver e saber. Quelquejeu (1983, p. 78) e Agostini (2010, p. 80-82) explicam que isso costuma ocorrer quando a unidade primitiva é rompida e se perde o consenso em termos de comportamentos, ideais, normas e valores, surgindo o contraditório e/ou até os contravalores: “Então, surge a necessidade de instâncias normativas, encarregadas de dizer o que antes ia por si, de decretar positivamente o que é preciso fazer, a fim de salvaguardar o consenso social: tal é a origem da moral explícita, da norma de direito, da lei” (QUELQUEJEU, 1983, p. 78).

O direito, nesta ordem do instituído, segundo Agostini (2010, p. 82),

...tem por função exprimir de maneira mais explícita o que se faz necessário codificar ou instituir em nossa vida e na convivência social. Trata-se, neste caso, de um conjunto de ‘instituições objetivas’. Estruturam e disciplinam a vida de um grupo ou sociedade. Nisto entram as leis, a organização dos poderes, a economia, a política etc.

A ética é no sentido socrático, aquilo que mantém uma estrutura firme, que a edifica, ou aquilo que mantém a dignidade humana (WOLFF, 1985), aquilo que perpassa o ser humano em todos os níveis da construção do instituído. Esta lhe é uma necessidade, ou seja, “os diferentes graus do instituído ou codificado necessitam estar respaldados na ética para que possam responder com adequação à função lhe é própria” (AGOSTINI, 2010, p. 84) e garantir integralmente o cultivo do humano em suas diversas dimensões. Para garantir o cultivo do vital humano, faz-se necessário uma educação ética.

Desdobrar a capacidade ética do ser humano implica em desenvolver a sua capacidade crítica, reflexiva e de discernimento, sendo capaz de interpretar, enquanto sujeito ético-crítico, sua própria existência nas circunstâncias históricas em que vive. O ser humano torna-se, conseqüentemente, um ser da e para uma práxis, enquanto esta se realiza, segundo Freire (2008, p. 30), na “unidade indissolúvel entre minha ação e minha reflexão sobre o mundo”. Nesta dialética, revela-se, ainda segundo Freire (2007, p. 30) “o modo de ser ou de transformar o mundo que

caracteriza os homens”. Este modo próprio de ser e de viver traz em seu bojo exigências éticas na recusa do injustificável das imposições monopolizadoras dos que querem dominar, domesticar, manipular; traz em seu bojo um desejo de justiça, uma aspiração pelo que constrói a vida, na busca do justo, bom e belo; revela que já nasceram os resistentes às ciladas e às armadilhas dos que só pensam em roubar a vida, tornando-a mero objeto. É deste “útero” que soa um grito pela afirmação da vida, na recusa do injustificável. Estes resistentes fazem existir a ética; a eles pertencem o amanhã (MOSSÉ-BASTIDE, 1986, p. 307).

Theodor Adorno (1993, p. 19 e 20) atesta esta injustiça social, que não acontece apenas no Brasil ou na América do Sul, mas no mundo, a injustiça social para com os vencidos sociais acontece também porque “ajustando-nos à fraqueza dos oprimidos, confirmamos nesta fraqueza o pressuposto da dominação e desenvolvemos nós próprios a medida da grosseria, obtusidade e brutalidade que é necessária para o exercício da dominação”. Por isso, para o autor é fundamental que o intelectual possa dar provas de solidariedade aos oprimidos, porque “toda colaboração, todo humanitarismo por trato e envolvimento é mera máscara para a aceitação tácita do que é desumano. É com o sofrimento dos homens que se deve ser solidário: o menor passo no sentido de diverti-los é um passo para enrijecer o sofrimento”.

Entrevemos então que há uma indissociabilidade entre ética e educação; bem como, entre uma educação ética e a formação docente. Ambas convergem de tal maneira, que levou Rodrigues (2001, p. 232) a afirmar que “o objetivo fundamental da Educação” reside na “formação do sujeito ético”, enquanto este “pode construir o seu modo de vida tendo por base a liberdade da vontade, a autonomia para organizar os modos de existência e a responsabilidade pela direção de suas ações”. Trombeta (2010, p. 35), a partir da perspectiva freireana, enfatiza: “A educação é, em sua essência, um processo ético antes de ser consciência crítica, engajamento político e ação transformadora. Ou a educação é ética e respeitosa com a alteridade do outro em sua singularidade, ou não é educação”.

3 A EMERGÊNCIA DO SUJEITO ÉTICO, OBJETIVO PRIMEIRO DA EDUCAÇÃO

Ao olharmos para os gregos da Antiguidade, a educação foi inicialmente pensada e tornada prática como formação ética. Esta incidia sobre o sujeito humano, buscando a qualidade de sua vida respaldada em valores, aliando conhecimento e sensibilidade axiológica. O papel primordial é aferido à educação, esta entendida como um itinerário ético-formativo, no qual se autoconstitui o sujeito enquanto pessoa ética, proposta presente na *Paideia* greco-latina.

Esta proposta dos gregos permeia o Cristianismo, num encontro entre Filosofia antiga e medieval; estas investem na constituição do sujeito ético, formando o lastro da Filosofia da Educação no Ocidente. São exemplos clássicos as obras *A República*, de Platão, a *Política* e a *Ética a Nicômaco*, de Aristóteles, *A Cidade de Deus*, de Santo Agostinho, e a extensa obra de Santo Tomás de Aquino, sobretudo a *Suma Teológica*. Em todas elas, de uma forma ou de outra, a ética torna-se o investimento pedagógico por excelência, quer para indicar as nobres ações, quer para indicar a qualidade ética dos sujeitos, quer ainda para explicitar que o viver na polis requer a justiça ou uma comunidade justa, sendo que a felicidade é oriunda da virtude, enquanto atitude moral e espiritual de quem se decide pelo caminho do bem. O divino e o humano se entrelaçam, garantindo a humanização, baseada numa vontade livre, numa conjugação ente o conhecimento e a vivência prática de pessoas conscientes.

Considerando este cenário, Severino (2006, p. 625) enfatiza, com clareza, que “educar-se é apreender-se cada vez mais como sujeito”, compreensão esta que se aprofundou com a “impregnação profunda da cultura helênica pelo Cristianismo”, o que resultou que a “formação ética ganhou ainda mais força”, conjugando humanização e “construção do sujeito ético”. Disto resulta, ainda segundo Severino (2006, p. 625):

A transformação do mundo, a construção da sociedade, o aprimoramento da existência objetiva, decorrem agora diretamente da transformação, do aprimoramento íntimo do sujeito. A pólis, como cidade justa e democrática, será resultante das ações eticamente respaldadas, postas pelos indivíduos transformados.

No quadro da contemporaneidade, apresenta-se igualmente o desafio da “formação do sujeito Ético”, descrito por Rodrigues (2001, p. 246) como “o aspecto que coroa todo o processo educativo e sua duração se estende por toda a vida dos sujeitos”, para enfatizar que “este só pode ocorrer pela aquisição do mais alto grau de consciência de responsabilidade social de cada ser humano, e se expressa na participação, na cooperação, na solidariedade e no respeito às individualidades e à diversidade”. Ainda para Rodrigues (2001), importa “educar integralmente” (p. 248), “para a emancipação, para a autonomia” (p. 249), concluindo que “essa formação ética é uma necessidade do processo formativo humano, que não pode ser reduzida a uma simples tarefa de produção, organização e distribuição de conhecimentos e habilidades” (p. 252).

Alicerçado num compromisso com a vida e com a humanização, num projeto de libertação, Freire (2014b, p. 17-18) sublinha a transversalidade da ética na tarefa docente:

Gostaria, por outro lado, de sublinhar a nós mesmos, professores e professoras, a nossa responsabilidade ética no exercício de nossa tarefa docente. (...) Educadores e educandos não podemos, na verdade, escapar à rigorosidade ética. Mas, é preciso deixar claro que a ética de que falo não é a ética menor, restrita, do mercado, que se curva obediente aos interesses do lucro. (...) Não falo, obviamente, desta ética. Falo, pelo contrário, da ética universal do ser humano. Da ética que condena (...) a exploração da força de trabalho do ser humano, (...) falsear a verdade, iludir o incauto, golpear o fraco e indefeso, soterrar o sonho e a utopia, prometer sabendo que não cumprirá a promessa, testemunhar mentirosamente. (...) A ética de que falo é a que se sabe afrontada na manifestação discriminatória de raça, de gênero, de classe. É por esta ética inseparável da prática educativa, não importa se trabalhamos com crianças, jovens ou com adultos, que devemos lutar.

Faz-se necessário reverter a tradição, a qual, no dizer de Saul e Silva (2012, p. 12) “os conteúdos escolares são anteriores aos sujeitos, aos contextos e aos processos de ensino/aprendizagem”, num “movimento de reorientação curricular crítico” (...), “resgatando o papel crítico que o conhecimento precisa exercer na pedagogia” (...), baseado “numa prática comprometida com a formação ética dos cidadãos, desde que permitam que os sujeitos históricos possam ler e desvelar as suas realidades concretas”. E continuam Saul e Silva (2012, p. 12):

Exige ressignificar as reflexões sobre a moral liberal individualista vigente, deslocando-a para a consciência ética na política, no campo das relações comunitárias. Torna-se necessário permitir que os sujeitos concretos exercitem o seu direito à escolha, realizando conscientemente suas opções. Isso requer inverter o posicionamento epistemológico e político, colocando o conhecimento a serviço dos cidadãos.

Realiza-se, então, uma construção crítica, quer das práticas quer do discurso, num processo dialógico, numa apreensão crítica da realidade em favor das vítimas, num consenso crítico que, para Dussel (2000, p. 469), coloca-se na perspectiva de: “1) ‘interpretar’, ‘compreender’ ou ‘explicar’ as ‘causas’ materiais, formais ou instrumentais da ‘negatividade’ dessas vítimas, e 2) ‘desenvolver’ criticamente as alternativas materiais, formais e instrumentais ‘positivas’ da utopia e projeto possíveis”.

A partir de uma consciência crítico-ética, para Saul e Silva (2012, p. 12), dá-se “uma ação educativa que desaliena e constrói um saber-fazer humanizador”, num processo praxiológico e coletivo de “interpretar, apreender, denunciar e anunciar práticas críticas alternativas”. Entramos aqui no coração da perspectiva ética da educação crítica freireana que tem na conscientização um itinerário que une consciência e mundo ao “tomar posse da realidade”, ao “desmitologizá-la”, ao “melhor conhecê-la” (FREIRE, 2014a, p. 138-166). Esta, segundo Freire (2008, p.

30), “implica que os homens assumam o papel de sujeitos que fazem e refazem o mundo. Exige que os homens criem sua existência com um material que a vida lhes oferece”. Como a realidade é dinâmica e transforma-se, apresentando novas facetas e novos desafios, nos adverte Freire (2008, p. 31) que “conscientização, como atitude crítica dos homens na história, não terminará jamais”.

CONCLUSÃO

Em síntese, ao discutimos sobre a importância da educação e da ética na formação dos sujeitos, da pessoa, compreendemos o quão relevante é a ética no processo de formação humana, cidadã e educacional. Da filosofia clássica à filosofia contemporânea, a ética não pode ser negligenciada na formação dos sujeitos, bem como na esfera da educação, ela é elemento fundamental do processo formativo.

Perpassa a nossa sociedade um reclamo por mais ética. Segundo Valadier (1997), identifica-se uma renovada disposição social em favor de valores morais. Lipovetsky (1994, p. 234), por sua vez, afirma que “o século XXI será ético ou não existirá”. Para Moraes (1992, p. 5), temos um desafio na atualidade que é o de “repor a ética como referência à capacidade humana de ordenar as relações a favor de uma vida digna”.

A exigência ética encontra um cenário, em nossos dias, que a mantém revitalizada. Agostini (2010, p. 21) a descreve com as seguintes palavras:

Ela está nas primeiras páginas quando a questão é a luta contra a corrupção, nas comissões de bioética, na gerência dos negócios em empresas, na presença da mídia, na gestão da filantropia etc. Verificamos uma real reivindicação social de mais ética, de parâmetros morais, de balizas norteadoras fruto de um consenso comum em termos de valores. Ou seja, é notória a revitalização da ética. Porém, esta revitalização ocorre sob uma nova disposição social, numa nova regulamentação social da ética.

Aponta-se para o “déficit de ética” (SANGALLI, 2005, p. 191). Na educação, não podemos soçobrar na compreensão de que formar bem se reduz à aquisição de habilidades e competências ou na garantia do conhecimento puramente científico, mesmo importante. Importa investir na ética, residindo aí a tarefa fundamental da educação, como visto acima.

Há sempre o perigo de nos acomodar e nos contentar em “formar profissionais para o mercado” e “cidadãos consumidores” (SANGALLI, 2005, p. 194). A educação, fundada na ética, forma pessoas conscientes das implicações ético-morais no seu existir, sendo capazes de “agir conscientemente sobre a realidade

objetivada” (FREIRE, 2008, p. 29), numa ação e reflexão sobre o mundo. Esta educação promove a capacidade crítica dos homens e das mulheres, humanizando-os, como seres que criam, optam e decidem.

REFERÊNCIAS

- ADORNO, Theodor. **Minima Moralia**. Trad. Luiz Eduardo Bicca. São Paulo: Ática, 1993.
- _____. **Educação e Emancipação**. Trad. Wolfgang Leo Maar. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- AGOSTINI, Nilo. **Ética e evangelização**: a dinâmica da alteridade na recriação da moral. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- _____. **Ética**: diálogo e compromisso. São Paulo: FTD, 2010.
- BENJAMIN, Walter. **Reflexões sobre a criança, o brinquedo e a educação**. Trad. Marcus Vinicius Mazzari. São Paulo: editora 34, 2002.
- DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2000.
- FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 30. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.
- _____. **Conscientização**: Teoria e prática da libertação. Uma introdução ao pensamento de Paulo Freire. São Paulo: Centauro, 2008.
- _____. **Pedagogia do oprimido**. 57. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2014a.
- _____. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 45. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014b.
- JAEGER, Werner. **Paideia**: a formação do homem grego. Trad. Artur M. Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- LIMA BARRETO, Afonso Henrique de. **Diário do hospício**: o cemitério dos vivos. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Departamento Geral de Documentação e Informação Cultural, Divisão de Editoração, 1993.
- LIPOVETSKY, Gilles, **A era do vazio**: ensaio sobre o individualismo contemporâneo, Apresentação e tradução de Juremir Machado da Silva. Lisboa: Relógio D'Água Editorial, 1983.
- _____. **O crepúsculo do dever**. A ética indolor dos novos tempos democráticos. Lisboa: Dom Quixote, 1994.
- MONTAIGNE, Michel Eyquem de. **Ensaio**. 3 vols. Trad. Sérgio Millet, 2. ed. São Paulo: Editora da UnB/Hucitec, 1987-1988.
- MORAIS, Regis de. Ética e vida social contemporânea. **Tempo e Presença**. Rio de Janeiro, ano 14, n° 263, p. 5-7, mai./jun. 1992.
- MORIN, Edgard. **Os sete saberes necessários à educação no futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO, 2000.
- MOSSE-BASTIDE, Rose-Marie. **Genèse de l'éthique**. Genebra: Patino, 1986.

MOUNIER, Emmanuel. Manifesto ao serviço do personalismo. Tradução de Antonio Ramos. Lisboa: Morais, 1967.

QUELQUEJEU, Bernard. Ethos historiques et normes éthiques. In: LAURET, Bernard; REFOULÉ, François (dir.). **Initiation à la pratique de la théologie**. Tome IV: Éthique. Paris: Cerf, 1983.

RODRIGUES, Neidson. Educação: Da formação humana à construção do sujeito ético. **Educação & Sociedade**. Campinas, n. 76, v. 22, p. 232-257, 2001.

ROUANET, S. P. **Édipo e o Anjo**. Itinerários Freudianos em Walter Benjamin. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

SANGALLI, Idalgo José. Considerações sobre a ética na educação. In: KUIAVA, Evaldo A.; PAVIANI, Jayme. **Educação, ética e epistemologia**. I Congresso Internacional: Filosofia, Educação e Cultura – 2004. Caxias do Sul: Educs, 2005, p. 191-203.

SAUL, Ana Maria; SILVA, Antônio Fernando Gouvêa da. Uma leitura a partir da epistemologia de Paulo Freire: a transversalidade da ética na educação, currículo e ensino. **Revista Cocar**. Belém, v. 6, n. 11, p. 7-15, jan./jul., 2012.

SEVERINO, Antônio Joaquim. A busca de sentido da formação humana: tarefa da filosofia da Educação. **Educação e Pesquisa**. São Paulo, n. 3, v. 32, p. 619-634, 2006.

TAVARES, Celma. Educação integral, educação contextualizada e educação em direitos humanos: reflexões sobre seus pontos de intersecção e seus desafios. **Acta Scientiarum. Human and Social Sciences**. Maringá, v. 31, n. 2, 2009.

TROMBETTA, Sérgio. Alteridade. In: STRECK, Danilo R.; REDIN, Euclides; ZITKOSKI, Jaime José (orgs.). **Dicionário Paulo Freire**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2010, p. 34-36.

VALADIER, Paul. **L'anarchie des valeurs**. Le relativisme est-il fatal? Paris: Albin Michel, 1997.

WOLFF, Francis. **Sócrates**. O sorriso da razão. São Paulo: Brasiliense, 1985.

O EXERCÍCIO DO PODER SOBRE A IDENTIDADE DE GÊNERO: UMA PERSPECTIVA EMANCIPATÓRIA

Giovane Moraes Porto¹

Maria de Fátima Rodrigues Oliveira²

RESUMO

No intuito de analisar o exercício do poder sobre a identidade de gênero, a presente pesquisa visa fazer uma análise da relação entre os direitos humanos e a (des)construção da normalidade, analisar a questão dos indivíduos que são obrigados a buscar refúgio por questões de gênero e a busca pela emancipação de todo poder exercido sobre o gênero. A presente pesquisa parte da concepção de que a humanidade encontra-se num cenário de crises em relação ao outro, ao diferente, onde a fraternidade é um princípio ético ignorado. A dignidade humana vem sendo escravizada por instituições sociais. Precisamos levar o discurso da diversidade e dos Direitos Humanos para todos os indivíduos, apoiando os projetos internacionais, as ONGs e até iniciativas próprias de pessoas solidárias que apesar do sistema institucionalizado, ainda são solidárias, a fim de construir um direito a partir de uma perspectiva social e livre do princípio da soberania e do poder disciplinar. E juntos caminharemos na luta por um mundo mais fraterno e justo, consequentemente, livre das relações de poder. A metodologia utilizada possui caráter dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica. É esperado chamar atenção dos agentes do direito para a relação poder-saber exercido, por meio de discursos estratégicos, sobre a identidade de gênero, com o escopo de construir uma sociedade normalizadora, dócil e útil.

Palavras-chave: Exercício do Poder; Identidade de Gênero; Emancipação; Direitos Humanos

¹ Giovane Moraes Porto - Mestrando em Teoria do Direito e do Estado e Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP sob orientação do Professor Dr. Oswaldo Giacoia Junior. Ex-bolsista PIBIC/CNPq. Integrante e monitor do grupo de pesquisa Constitucionalização do Direito Processual (CODIP), vinculado ao CNPq-UNIVEM. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos, vinculado ao CNPq – UNIVEM. Advogado. Contato: e-mail: giovanemoraesporto@hotmail.com

² Maria de Fátima Rodrigues de Oliveira – Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Integrante dos grupos de pesquisa Laboratório Interdisciplinar de Estudos de Gênero (LIEG - UNESP), O Estado Democrático de Direito como projeto ético- UNIVEM e DIREITOS HUMANOS CIDADANIA E GÊNERO – UNESP, todos vinculados ao CNPq. Contato: e-mail: m.fatimaro@hotmail.com

INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido porque um dos grandes objetos da academia jurídica é a busca pelo diagnóstico das relações do poder e a ação a fim de tornar este poder impotente. A identidade de gênero é um tema que possui relação direta com o sistema jurídico, sendo dominado, regulamentado e normalizado por este sistema. Busca-se, portanto, demonstrar o exercício do poder sobre a identidade de gênero a fim de viabilizar ações que definham este exercício de controle e dominação.

A discriminação de gênero e a falta de fraternidade se estendem por todas as relações sociais de forma capilar. O exercício do poder e da dominação começa dentro de cada um de nós, da ontologia de nós mesmos.

Todo indivíduo deve ser político no sentido de mudança em prol de uma sociedade emancipada do princípio da soberania e do poder disciplinar, mas não é só pensar nas pessoas, mas agir. A ação muitas vezes é uma tarefa muito árdua, o próprio pensar em prol da coletividade é uma ação árdua uma vez que há todo um egocentrismo construído no ser humano a partir da sociedade civil capitalista.

A partir do presente texto, será possível visualizar como se dá o exercício do poder sobre a identidade de gênero e como a forma jurídica normaliza esta questão viabilizando o exercício da força sobre os indivíduos que não se enquadram nos parâmetros da normalidade estabelecidos por discursos opressores. Verificar-se-á certos pressupostos metodológicos de análise do exercício do poder a fim de viabilizar um conhecimento que traz à luz/desvela o exercício do poder por meio do método genealógico, apresentando desta forma o poder que estava mascarado que deve ser combatido, o poder não é centralizado nem possui uma fonte, ele atua em rede e por isto a atividade do intelectual deve ser desvelar este exercício do poder onde quer que seja – e não apenas na relação Estado-súdito – visando atuação com o escopo de tornar o poder impotente. Portanto, libertar o gênero de todo exercício do poder em todas as camadas sociais.

No mais, esta pesquisa não tem a pretensão de esgotar o tema, nem exaurir todos os argumentos possíveis sobre a temática e sobre o referencial teórico, mas apenas de trazer informações que instiguem o debate, notadamente, sobre a relação de poder sobre as minorias e a relação poder-saber que deriva de discursos estratégicos, desvelar que a racionalidade apenas legitima a dominação, seja em uma monarquia absoluta ou em uma democracia liberal. A metodologia utilizada foi de caráter dedutivo utilizando a pesquisa bibliográfica como fonte de observação teórica.

1 OS DIREITOS HUMANOS E A (DES)CONSTRUÇÃO DA NORMALIDADE.

O discurso sobre os direitos humanos, atualmente, são utilizados tanto para a dominação quanto para a emancipação dos indivíduos, isto quando não são ignorados no discurso das ciências e nas práticas sociais, necessitando de uma perspectiva ética-emancipatória a fim de assegurar a liberdade de cada um na construção de si, sem interferência de qualquer poder.

Uma das dificuldades em respeitar e incluir o outro se dá devido ao fato de ser e pensar diferente, uma vez que os pontos de vista divergem. Não se pode tratar a transformação do todo sem pensarmos em ações que as viabilizam o processo de construção social, que por sua vez é baseado na relação intersubjetiva capilar, formando uma malha social de interação subjetiva.

Acredita-se que ser político no sentido de mudança é pensar no bem da coletividade e não querer levar vantagem em cima do seu próximo. Em se tratando dos refugiados os governantes têm que ser solidários, o discurso de exclusão e até mesmo de extermínio dos refugiados atinge diretamente todas as minorias e todos que estão sujeitos ao poder de outrem. Faz com que essas minorias: imigrantes, pessoas do grupo LGBTIs e todos os indivíduos afetados não sejam tratados como produtos da opressão do sistema, sendo necessário que se tomem protagonistas nesta luta pela conscientização e diversidade; incorporando os direitos humanos e equidade.

Para Pierre Bourdieu (1989), os homens sempre dominaram o mundo, mas isto vem mudando à medida em que as mulheres tomam conhecimento da sua capacidade de pensar e agir. Porém, para que isto aconteça é necessário romper com paradigmas opressores, geralmente ocultos, mascarados, por um discurso machista.

Os seres humanos são iguais em respeito, todos possuem os mesmos direitos e, assim, não se deve valorizar o que se tem, nem o que se é, o valor está em tratar a todos como fins em si mesmos.

Em algum momento depara-se com questões éticas relacionadas com a forma jurídica e para solucionar estes conflitos surge a ciência do Direito com normas, deveres e punições. Neste sentido os direitos humanos vêm como regulamentação destas questões éticas.

No Brasil há uma inflação legislativa, como se todas as questões fossem resolvidas por meio da imposição da lei e da ordem, mas onde está a justiça, que sufocam o indivíduo político aniquilando sua capacidade de pensar e criticar? Assim fica quase que impossível o empoderamento dessas minorias aflitas, cada vez mais a justiça se desassocia do direito.

Como relata Norberto Bobbio, para efetivação dos direitos humanos e desenvolvimento é preciso que haja a possibilidade de conciliar a universalidade dos povos. Fica evidente então a necessidade de cooperação de outros países no que diz respeito ao pouco acesso à informação e ao conhecimento em alguns pontos do planeta. Poderia até ser por conta da tradição, cultura milenar ou pela própria religião que pela força divina acaba por escravizar todo seu povo. É o que se bem diz, Mônica L.de Azevedo (2001, p.145):

Além de utilizar o referencial teórico da Filosofia da Libertação, no âmbito jurídico, a partir de uma prática cotidiana comprometida com o paradigma da vida humana, e consciente da realidade periférica dos excluídos do sistema mundo, deve-se buscar a coerência entre a teoria e prática dos direitos humanos, não apenas na atuação nas lides forenses e nos casos concretos, na sua maioria ainda versando sobre os direitos e garantias individuais, mas também no plano social, exigindo políticas públicas e privadas comprometidas com a construção de uma sociedade melhor, onde todos sejam incluídos e possam viver com dignidade.

O ser humano não foi criado para viver preso, nem em pensamento, entretanto a prisão não se faz somente pelo confinamento físico, mas também moral e ético. Os filósofos já cantaram a liberdade como um bem precioso e necessário; quando os refugiados são privados da sua liberdade de permanecer em seu país de origem por exemplo, é como se estes fossem corpos sem almas, mera vida nua.

Não obstante a guerra ou a crise política é apenas uma das causas de seus refúgios, outro exemplo é a questão de gênero ou orientação sexual, pode-se citar diversos motivos pelos quais as pessoas são perseguidas cruelmente e muitas vezes levando à morte. Países do Oriente Médio, onde existe até a pena de morte, a falta de recursos financeiros e até naturais de sobrevivência, nada muito diferente da realidade da América latina.

Pode-se mencionar que para haver a eficácia dos direitos humanos, bem como sua continuidade deve haver a educação como prática da liberdade. A educação em direitos humanos é um grande e importante capítulo da História da humanidade, principalmente, para nos apresentar a história dos vencidos e não só dos vencedores.

Familiarizar a criança desde bem pequena sobre os direitos humanos de forma concreta e colocá-las na posição de respeitar as pessoas seria o ideal e não colocar uma arma no lugar do lápis em suas mãos, mesmo no ocidente há muitas pessoas preconceituosas, populistas como o atual presidente dos Estados Unidos da América o qual sustenta a exclusão de diversas minorias, no Brasil a situação não é diferente, Jair Bolsonaro é um exemplo nítido de discurso fascista.

Segundo Lafer (2001, p. 118):

O valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiologia encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. E por essa razão que a análise de ruptura- o hiato entre o passado e o futuro, produzido pelo esfacelamento dos padrões da tradição ocidental- passa por uma análise da crise dos direitos humanos, que permitiu o estado totalitário d'e natureza.

A indagação acima reflete bem que o homem como ser social não vive sozinho, ele precisa de apoio principalmente para resolver seus conflitos perante a exploração inerente a sociedade capitalista. Tanto o ocidente como o oriente são fechados na questão de liberdade para a construção do si e do meio em que vive.

Muitos indivíduos sequer têm conhecimento de seus direitos como cidadãos e/ou como direitos fundamentais para uma vida digna. Exemplo disso são as Castas onde pessoas de classe inferior ou melhor de baixa renda financeira e até mesmo as mulheres em geral são impossibilitadas de estudarem, de serem livres para se construir, onde as pessoas de uma casta exploram as de outra, nada diferente da classificação ocidental de classe “a”, classe “b”, etc., a partir da condição financeira, ou da prática de exploração entre os detentores dos meios de produção e os não detentores, os latifundiários e os que não possuem propriedade privada imóvel, entre outros exemplos.

A sociedade contemporânea como um todo – oriente e ocidente - é uma sociedade de vigilância, de regulamentação, de previdência, pois determina a norma, determina o “normal”, estabelece como cada um deve agir e vigia a conduta singular a fim de corrigir as “anormalidades”, ou seja, o “normal” ou o “anormal” não é natural, mas uma invenção social, possuidora de um dever de obediência, legitimada com base em uma racionalidade, em uma justificação intersubjetiva por meio da linguagem. Nesta perspectiva, o sistema penitenciário, a forma jurídica e a cultura nada mais são do que mecanismos de normalização dos indivíduos.

A partir das primeiras décadas do século XIX, o que define a reclusão carcerária não é a privação da liberdade como resultado da aplicação judicial da lei penal, porém, mais precisamente, o modo em que a privação da liberdade se conjuga com essas práticas disciplinares de normalização dos indivíduos que, em si mesmas, como já assinalamos, não são uma consequência imediata e necessária da aplicação da lei. A relevância do cárcere reside em que, de maneira paradigmática, ela nos mostra a superposição entre a lei e a norma que define as sociedades modernas. (CASTRO, 2014, p. 91).

Portanto, o que define as sociedades modernas é a confusão/superposição entre lei e norma, sendo o cárcere, bem como toda a intervenção da forma jurídica e das instituições de sequestro, apenas um instrumento de normalização dos indivíduos com base na lei. O que é permitido ou proibido é estabelecido a partir da análise do que normal e do que é anormal, resultando em uma dependência do ordenamento jurídico em face das construções teóricas das ciências humanas, pois estas que estabelecem o “normal” que posteriormente são incorporadas pela lei, tanto no oriente como no ocidente, estas sociedades só são assim porque há uma racionalidade que legitima a ação desse poder sobre os indivíduos, poder este que visa padronizar os indivíduos e todo exercício do poder é uma violação aos direitos humanos.

A forma jurídica é um instrumento para o exercício dos mecanismos disciplinares para controlar os indivíduos e formar um corpo social dócil. Portanto, o indivíduo é um produto do poder, os mecanismos do poder disciplinar moldam, fabricam, adestram o indivíduo, com o escopo de fazer com que se conduzem de acordo com o regulamentado. O problema da forma jurídica não está no mecanismo de legitimação, mas no exercício do poder de normalização. O problema está na norma, na construção de conhecimento das ciências humanas e não em como se legitima a intervenção desta norma. A questão não consiste em retirar a legitimidade da forma jurídica oriental em face da ocidental, mas mostrar como o exercício dessa forma jurídica só é possível porque há um discurso das ciências humanas que embasa estas condutas.

A burguesia não se interessa pelos loucos, mas pelo poder que incide sobre os loucos; a burguesia não se interessa pela sexualidade da criança, mas pelo sistema de poder que controla a sexualidade da criança. A burguesia não dá a menor importância aos delinquentes, à punição ou à reinserção deles, que não tem economicamente muito interesse. Em compensação, do conjunto dos mecanismos pelos quais o delinquente é controlado, seguido, punido, reformado, resulta, para a burguesia, um interesse que funciona no interior do sistema econômico-político geral. (FOUCAULT, 1999, p. 39)

As ciências humanas possuem uma função primordial para os mecanismos do poder disciplinar, pois elas que vão determinar e regulamentar como um indivíduo deve agir, portanto, a “normalidade” é uma construção das ciências humanas. O poder não pode ser exercido sem um saber, sem uma produção ideológica, já que será com base nestas que o poder irá se basear a fim de exercer uma relação de dominação e de sujeição.

em vez de orientar a pesquisa sobre o poder para o âmbito do edifício jurídico da soberania, para o âmbito dos aparelhos de Estado, para o âmbito das ideologias que o

acompanham, creio que se deve orientar a análise do poder para o âmbito da dominação (e não da soberania), para o âmbito dos operadores materiais, para o âmbito das formas de sujeição, para o âmbito das conexões e utilizações dos sistemas locais dessa sujeição e para o âmbito, enfim, dos dispositivos de saber (FOUCAULT, 1999, p. 40)

A pesquisa sobre o poder deve se pautar, portanto, na análise dos mecanismos de dominação e não na noção jurídica de soberania, pois esta apenas se apropria destes mecanismos para fazer valer seus interesses, para um verdadeiro estudo acerca do poder, devem ser analisados os dispositivos de saber e as técnicas e táticas de dominação, uma vez que estes são quem agem sobre toda a sociedade, moldando cada indivíduo de forma singular, formando, desta forma, uma sociedade disciplinar.

Os mecanismos de dominação são mascarados pelo direito por estarem previstos no ordenamento jurídico, Ao legitimar o direito, considerá-lo como um dogma, uma necessidade para a vida em sociedade, está, na verdade, legitimando as relações de dominação, seja em uma monarquia absolutista ou em uma democracia liberal, seja no ocidente, seja no oriente.

Ciências Humanas aqui são observadas em moldes foucaultianos, ou seja, o corpo já racionalizado, já detentor de significado, algo a mais do que um único objeto. Porém, necessitando da racionalidade para ser definido e argumentado e, ao mesmo tempo, objetivado como sistema de observação. As ciências humanas emancipam e “coisificam” o homem em uma única linha de possibilidades, determinado o “normal”, como cada indivíduo deve se comportar. A mulher oriental é um produto da norma, da normalidade, estabelecida pela ciências humanas do oriente, na qual a forma jurídica legitima a intervenção da violência institucionalizada – como o apedrejamento – a fim de sancionar, corrigir, adestrar as mulheres que não se enquadram na norma.

As ciências humanas não são uma análise do que o homem é por natureza; são antes uma análise que se estende entre o que o homem é em sua positividade (ser que vive, trabalha, fala) e o que permite a esse mesmo saber (ou buscar saber) o que é a vida, em que consistem a essência do trabalho e suas leis, e de que modo ele pode falar (FOUCAULT, 1999, p. 488).

As ciências humanas produzem, impõem, uma verdade, uma normalidade, determina o que é “normal” no indivíduo e o que não é, o que não for deve ser corrigido, sancionado, disciplinado, adestrado, para se enquadrar na condição de “normal”. Nas ciências humanas o homem (pesquisador, sujeito cognoscente) utiliza

outro homem (objeto cognoscível) para determinar como este deve se comportar, o pesquisador faz isto por meio de um discurso estratégico que constrói uma verdade e impõe um padrão a ser seguido, considerando como patológica a conduta diversa.

As técnicas disciplinares nos mostram então como a lei e a norma, para além de sua complementariedade, funcionam de maneira diferente. A lei discrimina entre o permitido e o proibido, remete a conduta dos indivíduos a uma série de códigos nos quais se estabelece essa diferença, e persegue separar aos não adequados ao legalmente estabelecido. A norma, em contrapartida, se move em relação a um campo de comparação no qual há maior ou menos adequação a respeito do que se considera ótimo; para estabelecer esse padrão de referência, não se serve de códigos, mas de saberes e, finalmente, não busca separar uns de outros, mas adequar e homogeneizar, normalizar. Nesse sentido, a instituição carcerária, o hospital ou a escola, ainda que temporalmente encerrem, não são, estritamente falando, formas de exclusão, mas práticas de normalização inclusiva. (CASTRO. 2014, p. 94)

O Estado moderno cada vez mais vem buscando a homogeneização dos indivíduos, a construção de indivíduos evoluídos, técnicas de eugenia foram desenvolvidas para a construção de super-humanos, técnicas estas que são utilizadas como políticas públicas, o nazismo levou isto às últimas consequências, além do que, o teórico do nazismo Carl Schmitt sustentava que a democracia perfeita seria a democracia homogenia, onde todos pensariam nos mesmos moldes e o diferente seria considerado inimigo e poderia até ser exterminado a fim de garantir a democracia.

A norma é o mecanismo de homogeneizar toda a sociedade, mas não excluindo o diferente, mas o corrigindo/adestrando/domesticando, de preferência de forma “humana” (com roupagem dos direitos humanos e fundamentais). Portanto, a sociedade disciplinar e normalizadora não foram superadas, o que há atualmente é o desenvolvimento desta forma de sociedade. Portanto, na mudará emancipar a mulher do exercício do poder da cultura oriental e impor o exercício do poder da cultura ocidental, o poder deve ruir, extinguir, definhar.

As práticas de homogeneizar a sociedade não ficaram na história – como o nazismo -, nem as práticas de extermínio do diferente, essas foram transportadas para o ordenamento jurídico e não é mais necessário suspender o ordenamento como no nazismo, o próprio ordenamento normaliza os indivíduos e confunde lei e norma. O direito entendido como lei e norma segue o paradigma do mito do Leito de Procusto. Muitas vezes o discurso dos direitos humanos é utilizado para legitimar a forma jurídica, ao passo que deveria ser utilizado para emancipar os indivíduos do exercício do poder das formas jurídicas.

Podemos concluir que vivemos em um Estado pior e mais perigoso do que a Alemanha Nazista com seus campos de concentração, pois vivemos igualmente em um Estado normalizador/homogeneizador/padronizador, porém, velado, escondido, mascarado, por um Estado Democrático de Direito com respeito aos direitos humanos e fundamentais. Devemos desvelar o real exercício do poder a fim de conscientizar os indivíduos a fim de tornar possível um direito livre do princípio da soberania e do poder disciplinar.

Independente da concepção utilizada para legitimar a produção do conhecimento, enquanto este for um instrumento para o exercício do poder e atuar mediante a relação poder-saber, o conhecimento será utilizado para legitimar a forma jurídica normalizadora – que necessita de um conhecimento legitimador para exercer o dever de obediência – e estará legitimando os mecanismos disciplinares e a dominação sobre os sujeitos de direito.

2 A QUESTÃO DA DESIGUALDADE DE GÊNERO.

As mulheres e pessoas do grupo LGBTI são extremamente submissas na cultura ocidental e oriental.

Diante dessa injusta luta de gêneros os homens detêm o poder desde o começo dos tempos, a luta pelo poder, cidadania entre outros é liderada por homens que tomam proveito da situação para inferiorizar mais e mais as mulheres e as outras minorias existentes que são abafadas e oprimidas ao máximo a ponto de serem abusadas, em todos os sentidos, sem que haja qualquer consequência, uma vez que oprimem qualquer forma de resistência, até mesmo – ou principalmente – por instituições estatais como a polícia.

Mediante a situação acima, existe a ignorância envelopada pela cultura e propagada pela religião, fazendo com que essas mulheres e pessoas de orientação sexual diferentes do padrão de correto ou normal se calem. O silêncio é sem dúvida o vilão desta história. Entretanto, esta história não tem forças o suficiente para romper com o padrão de cultura machista desses povos até o momento devido ao homossexualismo sempre existir e ser escondido às custas da própria vida. Nesse sentido, Carvalho, Andrade e Junqueira (2009) afirmam que: “O homossexualidade era crime, punido com a pena de morte pela Santa Inquisição e por autoridades governamentais, o que ainda vem ocorrendo, contemporaneamente, em Estados Teocráticos”. Mas, em Estados tidos como laicos esta prática é recorrente ante a omissão e conformação do Estado.

Somente em 1901 o termo homossexual foi definido como uma nova categoria identitária, assim como os termos: “gay”, “lésbica”, “travesti”, “transexual”, “queer” e “intersexual” são denominações histórica e culturalmente situadas. Agora

não são mais simplesmente pessoas que praticam um pecado ou têm um vício sexual doentio com a conotação moral-religiosa da época, pois hoje a OMS (Organização Mundial de Saúde) extinguiu do CID (Código Internacional de Doença) esta denominação. E por fim encontramos o termo psicanalítico: perverso, pelo seu desejo por pessoa do mesmo sexo, marcando o disciplinamento normativo e normalizador da heterossexualidade, definida em relação ao sexo procriativo da dicotomia homem-mulher.

Em geral as lésbicas não sofrem perseguição aberta, elas como as outras mulheres sofrem caladas. Segundo Adrienne Rich (1980): “a experiência lésbica tem uma especificidade: é uma experiência de mulher na ordem androcêntrica. Isso significa que, além de serem consideradas inferiores, como mulheres deve desejar um homem”. Desta forma, a autora contrapõe a mulher-identificada-com-homem, ressaltando que elas não são atraídas por e para os homens como parceiros sexuais de poder e autoridade.

Com o passar dos anos ainda se vê notícias de feminicídio por todas as nações, principalmente nos países do Oriente Médio onde o exercício do poder é mais explícito, as mulheres são excluídas e vulneráveis à força e ao poder dos homens.

A violência sexual impera em nossa sociedade patriarcal, homens mulçumanos têm o direito de abusar de mulheres que não são mulçumanas. Se uma moça for estuprada e contar para seu irmão, por exemplo, este poderá estuprar a irmã deste rapaz também (Lei de Talião). O abuso de mulheres principalmente as da zona rural se tornam cada vez mais constantes.

Pessoas são recrutadas e oferecidas como acesso fácil onde mulheres e crianças são vendidas como escravos sexuais e ao tentarem fugir sofrem as consequências de torturas.

Este tipo de violência é cometido contra populações inteiras de deslocados, os refugiados pela discriminação política ou de gênero, pois se para as mulheres a situação já é difícil, imagina para as pessoas LGBTIs, as quais são obrigadas a se calarem, se fecharem a vida toda sob pena de pagarem com a própria vida sua identidade ou orientação sexual. Como remete Borrillo (2001, p.36):

A homofobia pode ser definida como a hostilidade geral, psicológica e social, a respeito daqueles e daquelas de quem se dispõe que desejam indivíduos de seu próprio sexo ou tenham práticas sexuais com eles. Forma específica de sexismo, a homofobia rechaça também a todos os que não se conformam com o papel pré-determinado por seu sexo biológico. Construção ideológica consistente na promoção de uma forma de sexualidade- hetero, em detrimento de outra (homo), a homofobia organiza uma hierarquização das sexualidades e extrai dela consequências políticas.

Todos são vítimas, inclusive de si próprias. São refugiados atacando refugiados. Eles guardam dinheiro e quando conseguem pagam os contrabandistas de pessoas que os levam em barcos pesqueiros na maioria homens geralmente 80% e mulheres e crianças 20%. Os homens comandam a situação, pois as mulheres têm que vigiar seus filhos o tempo todo.

Os contrabandistas pedem dinheiro ou sexo como pagamento do transporte, este sem segurança alguma, lá eles permanecem à deriva do sol, da chuva, calor e frio, assim como à mercê da sede e da fome. O homem também é vítima sendo traumatizado por toda luta dessa travessia pela esperança de uma vida melhor no país que os recepcionarão.

Ocorre que, como será esta recepção? Se conseguirem chegar aos destinos previstos. As mulheres não têm vozes, só consegue –se ouvir seus gritos de dor pela violência, saudade da sua pátria e dos seus familiares que ficaram para trás. Quanto aos homossexuais e toda minoria abafada pela discriminação é muito mais difícil ultrapassar a barreira da ignorância, do desrespeito do que simplesmente atravessar o mar. Segundo Colling (2011):

[...] vivem numa zona de conforto em relação às suas identidades sexuais e de gênero (aliás, bem diversas entre si). Para boa parte dos heterossexuais, apenas LGBTTs têm uma sexualidade construída e problemática, e o que eles / as dizem não tem nada a ver com as suas vidas. É a inversão dessa lógica que falta fazermos para chamar os heterossexuais para o debate, para que eles percebam que não são tão normais quanto dizem ser. Ou seja: para combater a homofobia, precisamos denunciar o quanto a heterossexualidade não é uma entre as possíveis orientações sexuais que uma pessoa pode ter. Ela é a única orientação que todos devem ter. E nós não temos possibilidade de escolha, pois a heterossexualidade é compulsória.

De acordo com a pesquisa acima qual a decisão a se tomar? Como tornar nosso planeta livre do princípio da soberania, do poder disciplinar, da dominação de uns sobre os outros?

3 EMANCIPAÇÃO: A ESPERANÇA PARA OS POVOS.

Todos os refugiados merecem uma vida digna, fraterna e liberta de toda relação de poder. Como relatam Dobarro e Sanches (2015)

Assim tem-se por objetivo a reflexão e discussão sobre o passado e a contemporaneidade do tema em pauta, bem como a promoção do raciocínio jurídico,

com a ética, a tolerância, o respeito à diversidade cultural e o desenvolvimento do espírito democrático e pluralista

Considerando os muitos e quase infinitas possibilidades de diferenciações no contexto da diversidade dos povos existentes até hoje, apesar da complexidade que envolve o reconhecimento e as efetivações das políticas públicas internacionais no momento, inclusive as de inclusão, especificamente no caso dos refugiados. Para Mônica Louise de Azevedo (2001, p.131):

Conscientes da realidade dos excluídos do sistema mundo, deve-se buscar a coerência entre a teoria e prática dos direitos humanos, não apenas na atuação nas lides forenses e nos casos concretos, na sua maioria ainda versando sobre os direitos e garantias individuais, mas também no plano social, exigindo políticas públicas e privadas comprometidas com a construção de uma sociedade melhor, onde todos sejam incluídos e possam viver com dignidade.

A transferência social si dá pelo direito enquanto razão crítica e capaz de denunciar e identificar as vítimas da inclusão como fonte de justiça. Só assim, receberão os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar, portanto os valores como igualdade, liberdade e fraternidade se difundem mutuamente.

Diante a esta situação caótica, temos que contar com a ajuda de instituições internacionais, ONGs e até voluntários que são solidários a estes povos tão sofridos e discriminados. As Nações Unidas por exemplo, está enfraquecendo dia- após- dia, as funções legais que são discutidas no conselho e são relevantes, como a desigualdade entre os Estados no modo de agirem diante de uma questão, porém a ONU (Organização das Nações Unidas) ainda se mantém unilateral neste sentido.

Não se deve discriminar ou marginalizar essas pessoas e sim procurar integrá-las na sociedade, pois elas têm os mesmos direitos. Conforme relatório do Comitê Nacional dos refugiados (CONARE) do Ministério da Justiça houve um aumento de refugiados e de pedidos de refúgios no Brasil em 2016, como em outros países também. Estudos mostram que uma série de fatores ocorreram para a diminuição da entrada de refugiados no Brasil devido a recessão e mudanças na burocracia brasileira, porém no momento o quadro já se inverteu.

O ambiente acadêmico possui influência direta nas práticas de dominação e sujeição dos indivíduos. Nesta perspectiva que Foucault (2013, p. 362) afirma que:

Sonho com o intelectual destruidor das evidências e das universalidades, que localiza e indica nas inércias e coações do presente os pontos fracos, as brechas, as linhas de força; que sem cessar se desloca, não sabe exatamente onde estará ou o que pensará amanhã, por estar muito atento ao presente; que contribui, no lugar em que está, de passagem, a colocar a questão da revolução, se ela vale a pena e qual (quero dizer qual revolução e qual pena). Que fique claro que os únicos que podem responder são os que aceitam arriscar a vida para fazê-la.

Verificamos que a preocupação intelectual de Foucault não é com a formulação de uma sociedade ideal, de reformas para superar os problemas atuais, mas descobrir, desvelar estes problemas e analisá-los – fazer ver o que não se via – fazendo um diagnóstico da sociedade, uma ontologia do presente, para só depois pensar em formas de luta contra estes problemas, formas de luta contra o poder, a filosofia crítica serve de teoria base para a análise e desvelamento do exercício do poder, esta é a sua finalidade. “De modo geral, acho que os intelectuais – se é que essa categoria existe ou deve continuar a existir, o que não é certo e que talvez não seja desejável – renunciam à sua velha função profética.” (FOUCAULT, 2013, p. 361).

O que o intelectual pode fazer é fornecer os instrumentos de análise [...] localizar onde estão os pontos frágeis, onde estão os pontos fortes, a que estão ligados os poderes [...] onde se implantaram. Em outros termos, fazer um sumário topográfico e geológico da batalha... Eis aí o papel do intelectual. Mas de maneira alguma dizer: eis o que vocês devem fazer! (FOUCAULT, 2013, p. 242)

Após as análises até aqui apresentadas dos direitos humanos e a atuação do poder disciplinar que está mascarado pela forma jurídica, tentar-se-á analisar os pressupostos metodológicos para o desvelamento do exercício do poder que, se transportado para a seara jurídica, resultará em um positivismo crítico capaz de mostrar o exercício do poder e visar transformações a fim de tornar o poder impotente, sendo uma das formas mais eficazes de resistência, para a analítica do poder, Foucault estabelece cinco precauções de método.

Em primeiro lugar: não mais analisar o poder de forma central, de forma binária, por exemplo, relação entre Estado e súdito, entre burguês e proletário, entre classes sociais, entre castas, mas analisar o poder em rede, em todas as camadas da sociedade, nas relações entre os indivíduos, pois a disciplina, a dominação não é exercida exclusivamente pelo Estado, pela classe dominante, mas está em todas as camadas sociais.

Trata-se [...] de captar o poder em suas extremidades, em suas últimas ramificações, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violentos. (FOUCAULT, 2013, p. 282)

Portanto, consiste em captar o poder nas extremidades menos jurídicas, nas relações pessoais, onde o fato é menos jurídico possível. Já nesta primeira precaução metodológica podemos verificar a disparidade com os teóricos marxistas, o que ensejará um grande debate entre Foucault e os marxistas, o que não será objeto do presente texto.

A segunda precaução consiste em verificar quem são os sujeitos dos efeitos do poder, não mais analisar o poder pelo campo de quem possui o poder, mas quem sofre os efeitos deste poder, “não analisar o poder no plano da intenção ou da decisão” (FOUCAULT, 2013, p. 282), mas no plano do objeto, do alvo deste poder, quem está sujeito a este poder.

Portanto, não perguntar por que alguns querem dominar, o que procuram e qual é sua estratégia global, mas como funcionam as coisas no nível do processo de sujeição ou dos processos contínuos e ininterruptos que sujeitam os corpos, dirigem os gestos, regem os comportamentos, etc. (FOUCAULT, 2013, p. 283)

Sendo assim, o indivíduo será visto como um efeito do poder, um efeito da disciplina, da dominação e que se exerce em rede, de forma capilar na sociedade, não somente de forma binária, relação entre Estado e sujeitos de direito.

As cinco precauções de método estão interligadas, se relacionam entre si, a terceira precaução consiste em analisar o poder como algo que só funciona em cadeia, e não apenas de uma classe sobre a outra, mas entre todos os indivíduos, exercendo e sofrendo o poder, sempre como centros de recepção e transmissão do poder.

O poder deve ser analisado como algo que circula, ou melhor, como algo que só funciona em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali, nunca está nas mãos de alguns, nunca é apropriado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona e se exerce em rede. Nas suas malhas, os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posições de exercer esse poder e de sofrer sua ação. (FOUCAULT, 2013, p. 284)

Apesar de termos analisados como a relação de dominação, o poder disciplinar se exerce por meio da forma jurídica, esta não é a única forma de exercício do poder, portanto, não basta lutar apenas contra o exercício do poder derivado da forma jurídica. A luta deve ser sempre em todas as camadas da rede de exercício de poder, contra todas as formas de poder. A preocupação não é, somente, com a revolução, com a revolução proletária, com a passagem da sociedade capitalista para outra forma de sociedade, seja ela comunista, socialista, anarquista, etc. A preocupação é com a luta do poder que se exerce entre os indivíduos, não só com o exercício do poder Estatal.

A quarta preocupação de método pretende inverter a forma de análise que geralmente se faz de forma dedutiva, partindo do centro até onde se prolonga para baixo, para uma forma de análise ascendente do poder, partindo dos fatos menos jurídicos possíveis. Pois, analisando o poder do centro pode ser deduzido todo exercício de poder e atribuir a responsabilidade a um único ente, assim como os teóricos marxistas atribuem ao capital a responsabilidade de toda forma de exercício do poder. "E se o poder se aproxima tanto do modo de produção capitalista, é por ser notável a sua eficácia produtiva, pois ao produzir riquezas ele produz também poder e homens dóceis" (EWALD, 2000, p. 37). Portanto, não é o capital que produz o poder, mas o poder que viu no capital um instrumento extremamente efetivo de produção de mais poder e de homens dóceis.

Creio que é possível deduzir qualquer coisa do fenômeno geral da dominação da classe burguesa. O que faço é o inverso: examinar historicamente, partindo de baixo, a maneira como os mecanismos de controle puderam funcionar; por exemplo, quanto à exclusão da loucura ou à repressão e proibição da sexualidade, ver como, no nível efetivo da família, da vizinhança, das células ou níveis mais elementares da sociedade, esses fenômenos de repressão ou exclusão se dotaram de instrumentos próprios, de uma lógica própria, responderam a determinadas necessidades; mostrar quais foram seus agentes, sem procurá-los na burguesia em geral, e sim nos agentes reais (que podem ser a família, a vizinhança, os pais, os médicos etc.). (FOUCAULT, 2013, p. 286-287)

Esta precaução de método é necessária por entender que os mecanismos de dominação, de disciplina, não são produtos de um sujeito, de uma classe. A burguesia não se preocupa com o louco, o delinquente, mas com os métodos de controle, de dominação que se exercem sobre estes indivíduos.

A quinta precaução de método é analisar a relação do poder com a formação do saber, pois o poder não pode se exercer sem produzir um saber. Portanto consiste em analisar os mecanismos de formação deste saber que permitiram o exercício do poder.

São instrumentos reais de formação e de acumulação do saber: métodos de observação, técnicas de registro, procedimentos de inquérito e de pesquisa, aparelhos de verificação. Tudo isso significa que o poder, para exercer-se nesses mecanismos sutis, é obrigado a formar, organizar e pôr em circulação um saber, ou melhor, aparelhos de saber que não são construções ideológicas. (FOUCAULT, 2013, p. 288-289)

Encerrando-se assim, as cinco precauções de método, estabelecidas por Foucault, para que seja possível uma real análise do poder. A análise do poder por parte do Foucault, sua analítica das relações de poder, abrangem ínfimas relações, completa e supera a análise marxista. O fim da filosofia crítica de Foucault é a análise das relações de poder, mas não configura a crítica pela crítica, sem um aspecto prático, pois toda e qualquer forma de luta, de combate ao poder, necessita de uma teoria base para analisar este poder, diagnosticá-lo e apresentá-lo, pois na maioria das vezes o poder se exerce de forma mascarada, escondido, legitimado por uma suposta racionalidade.

Faz-se necessário um novo direito, uma nova construção do saber, uma nova metodologia de análise do presente a fim de tornar possível a emancipação e libertação de todas as formas de poder, de dominação, de disciplina.

A luta social, a luta contra o poder, diferente do que propõe os teóricos marxistas, para Foucault, não possui sujeitos.

O que vou dizer não passa de uma hipótese: todo mundo a todo mundo. Não há, dados de forma imediata, sujeitos que seriam o proletariado e a burguesia. Quem luta contra quem? Nós lutamos todos contra todos. Existe sempre algo em nós que luta contra outra coisa em nós. (FOUCAULT, 2013. P. 381)

O adestramento dos indivíduos, a disciplina dos corpos, o controle, a vigilância, o exame é exercido de todos sobre todos, não apenas por parte do Estado, porém este também exerce e de forma mais acentuada, imperativa e coercitiva, o uso da violência por parte do Estado é permitido, legitimado. Portanto a teoria do direito não possui apenas a função de resolver os conflitos, impor a segurança, permitir a vida em sociedade com todos os direitos e garantias fundamentais, há outras formas de analisar a teoria do Direito, de análise da relação entre o Direito e a sociedade, relação entre o jurídico e o político. Foucault nos apresenta um homem individualizado, como efeito do poder e objeto cognoscível do saber das ciências humanas.

O adestramento do corpo, o aprendizado do gesto, a regulação do comportamento, a normalização do prazer, a interpretação do discurso, com o objetivo de separar, comparar, distribuir, avaliar, hierarquizar, tudo isso faz com que apareça pela primeira vez na história esta figura singular, individualizada – o homem – como produção do poder. Mas, também, e ao mesmo tempo, como objeto de saber. Das técnicas disciplinares, que são técnicas de individualização, nasce um tipo específico de saber: as ciências do homem. (FOUCAULT, 2013, p. 26)

O poder é produto do homem, que é ao mesmo tempo, receptor deste poder, o adestramento, a disciplina, a docilidade é produzida nas camadas mais capilares, mais microfísicas do poder. Ocorre que o Estado capta estes mecanismos para utilização econômica e política, por meio da forma jurídica exerce estes mecanismos, dispositivos de dominação. Enquanto se legitimar a forma jurídica, independente da reforma, dos institutos incorporados a relação de dominação será mantida, pois há o controle de uns sobre os outros.

Não se trata de libertar a verdade de todo sistema de poder – o que seria quimérico à medida que a própria verdade é poder –, mas de desvincular o poder da verdade das formas de hegemonia (sociais, econômicas, culturais) no interior das quais ela funciona no momento. (FOUCAULT. 2013, p. 54)

Pelo fato da verdade ser um produto social, ser inventada pelo homem, ela regulamenta o poder, é condição de possibilidade para o poder, ou seja, para que o poder se exerça necessita de uma verdade. O discurso científico e as instituições que produzem esta verdade, portanto o combate não é somente ao poder, mas à verdade. O precedente é um transmissor desta verdade, desta verdade criada em uma instituição, na instituição jurídica.

A racionalidade que as teorias pós-hartianas pretendem atribuir ao sistema a partir do giro linguístico são mecanismos de estabelecimento, de produção, de verdade, atribuir valor aos argumentos, formando uma ordem do discurso onde apenas o que é imposto como melhor argumento que deve única e exclusivamente prevalecer, tendo a instituição jurídica, ainda, o poder de mudar qual o melhor argumento. Na instituição jurídica as prescrições das ciências humanas adquirem coercibilidade, ou seja, o uso da violência para se agir conforme, é justamente a regra que permite que seja feita a violência. O poder vislumbrou na interação entre ciências humanas e forma jurídica um excelente instrumento para sua atuação.

Se interpretar era colocar lentamente em foco uma significação oculta na origem, apenas a metafísica poderia interpretar o devir da humanidade. Mas se interpretar é se apoderar por violência ou sub-repção, de um sistema de regras que não tem em si significação essencial, e lhe impor uma direção, dobrá-lo a uma nova vontade, fazê-lo entrar em um outro jogo e submetê-lo a novas regras, então o devir da humanidade é uma série de interpretações. (FOUCAULT, 2013, p. 70)

Portanto, verifica-se a importância da hermenêutica, das teorias da interpretação para estabelecer o devir da humanidade, ao se estabelecer um significado a um objeto, está estabelecendo o devir da humanidade, ou seja, ao produzir a norma, principalmente a norma jurídica – produto da interpretação dos textos normativos – está estabelecendo o devir, o caminhar, da humanidade, esta norma, por meio dos precedentes judiciais, adquirem poder de vinculação, determinando de forma rígida o devir da humanidade, ou seja, o caminho a percorrer pela humanidade está nas mãos dos intérpretes, dos hermeneutas, legitimado pelas ciências humanas a agir desta maneira.

Este poder da racionalidade, da produção da verdade, da utilização da violência pelo poder é que Foucault pretende combater, esta determinação do devir por parte dos interpretes, por parte dos que possuem a decisão final em matéria de decidir um significado de um objeto, de um texto normativo. “Assim apareceu uma ordem ‘judiciária’ que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver ‘justamente’ os litígios e de assegurar ‘autoritariamente’ a ordem pública”. (FOUCAULT, 2013, p. 93)

Esta justiça normalizadora, dominante e não emancipadora deve ser alvo das lutas, do combate à dominação. A forma do tribunal e a burocracia da justiça devem ser combatidas, pois por meio destas que se determina o caminho da humanidade, o caminho da normalização da humanidade, o controle sobre os indivíduos, a disciplina dos corpos para a formação de um corpo social dócil e útil.

Ocorre que, a luta não deve se prender a estas instituições, ela deve ser generalizada, onde houver o exercício do poder deve estar presente a resistência, o combate a este poder. Portanto, verifiquemos onde o poder se exercer em todos os níveis sociais para assim combatê-lo.

Para a superação da relação poder-saber, o conhecimento que serviria para a legitimação do poder, Foucault institui o método genealógico e as precauções de método para a análise do poder a fim de possibilitar a emancipação e tornar o poder impotente, uma atitude filosófica que implica na libertação ao retirar as máscaras do exercício do poder.

Não há para a genealogia outro objeto ou outra finalidade a não ser o poder, seja qual for a forma ou a máscara que ele possa tomar: política, moral, conhecimento, etc. A genealogia desfaz todas as máscaras do poder; mostra que o político não é senão uma das suas máscaras entre outras. Mostra-lhe o rosto onde quer que ele se exerça, mesmo lá onde nos é proibido encontrá-lo. A genealogia é uma arma contra o poder, contra todos os poderes. Uma arma criada e inventada para o combater. É a arma dos deserdados. (EWALD, 2000, p. 26-27).

A genealogia encara o exercício do poder, não busca o que ele é, mas como ele se exerce, só assim é possível retirar todas as máscaras e ter um alvo de luta, portanto, a transformação da sociedade se dá por meio de um “ethos” filosófico de análise crítica por meio da genealogia, que se transportado para a seara jurídica podemos conceber como positivismo crítico. Esta atitude filosófica-crítica de ontologia do presente e de nós mesmos permite a construção de um novo direito, um direito livre do princípio da soberania e do poder disciplinar, uma vez que traz à luz o exercício do poder e permite transformações sociais a fim de tornar o poder impotente.

CONCLUSÃO

É preciso que mais pessoa sejam solidárias e tenham coragem para ajudar seu próximo; levando o discurso da emancipação e o diagnóstico das relações de poder, a fim de que todos os povos possam viver com dignidade, sem qualquer tipo de discriminação, inclusive de gênero, pois somos todos seres humanos em busca da felicidade e da paz.

A produção do conhecimento se dará por meio de uma relação de poder-saber. Por meio de um discurso estratégico exerce uma relação de poder sobre os demais indivíduos, com um caráter pedagógico de discipliná-los e fazê-los com que ajam conforme seus interesses subjetivos. Por exemplo, por meio do discurso as ciências humanas conseguem ditar para toda uma sociedade o comportamento adequado para cada indivíduo, como devem se comportar.

O conhecimento regido pela relação poder-saber sempre será uma violência ao objeto, no presente texto o objeto da relação de poder-saber é a identidade de gênero. A relação poder-saber sempre será implicar em um mecanismo de dominação, pois o conhecimento legitimará a presença da forma jurídica e a utilização de mecanismos disciplinares como forma de produção de um corpo social dócil e útil.

A fim de tornar possível um conhecimento que permita a libertação e não só a sujeição, Foucault estabelece o método genealógico e os pressupostos metodológicos de análise do exercício do poder e o direito. A partir deste método é

possível trazer à luz, retirar as máscaras que escondem o poder e visar transformações sociais com o escopo de tornar o poder impotente e, assim, libertar a sociedade do exercício do poder.

Portanto, a função do intelectual deve ser desvelar o exercício do poder e em um ato constante promover a impotência de todos os poderes desvelados e emancipar/libertar a sociedade do exercício do poder. A genealogia aplicada à ciência jurídica permite a construção de um novo direito, livre do princípio da soberania e do poder disciplinar, emancipando a sociedade do exercício do poder com alicerce na forma jurídica. Assim como somos receptores e propagadores da dominação, podemos ser receptores e propagadores da emancipação.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, M. L. de. Direitos Humanos e Filosofia da Liberdade. In: ver. Argumenta: revista do curso de mestrado em ciência jurídica da FUNDINOPI/ (CPEPG) e (CONPESQ). Vol.1, n.1- Jacarezinho, 2001.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BOAVENTURA, S Santos. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In. SANTOS, B. S. (org). Reconhecer para libertar os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- BOURDIEU, P. A Dominação Masculina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- BORRILLO, D. Homofobia. Barcelona: Bellaterra, 2001.
- CARVALHO, Andrade, F. C. B. de, JUNQUEIRA, R.D. Gênero e Diversidade Sexual. Um Glossário. João Pessoa: Ed. Universitária/EFPB, 2009.
- COLLING, Leandro et al. Um panorama dos estudos sobre mídia, sexualidade e gêneros não normativos no Brasil. Ver. Gênero, Niterói, [2011] No prelo.
- CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**; tradução: Beatriz de Almeida Magalhães. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.
- DOBARRO, S. L. C. e SANCHES, R. C. F. A Educação Jurídica como Ferramenta Didática no combate às violações da dignidade da pessoa humana na obra "A Lista de Schindler". In: Revista EM Tempo/ Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Ver. Da área de Direito, v.14, 2015.
- EWALD, François. **Foucault, a Norma e o Direito**. Tradução: Antônio Fernando Cascais. Lisboa: Vega, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: curso no College de France (1975-1976). Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- _____. **A ordem do discurso**. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Loyola. 1999-b.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais – Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. **Microfísica do poder**. São Paulo: Graal, 2013

_____. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 36ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

LAFER, Celso. A internacionalização dos Direitos Humanos. São Paulo. Manual, 2005.

RICH, Adrienne. Compulsory heterosexuality and lesbian existence. Signs, vol. 5 n.4, 1980. discriminação política ou de gênero.

PLURALIDADE DEMOCRÁTICA: TENSÕES ENTRE A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS INSTITUIÇÕES RELIGIOSAS E A LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO

Wagner Vinicius de Oliveira¹

RESUMO

Na perspectiva de lançar um olhar crítico sobre as respostas oferecidas para as questões de participação na vida política e para a laicidade desenvolve-se o presente escrito. Investiga-se, portanto, a comunicabilidade entre os direitos humanos e os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição brasileira de 1988, à luz da teoria constitucional da democracia participativa. A partir da análise bibliográfica busca-se encontrar o espaço adequado para acomodar as tensões existentes entre o dever de laicidade do Estado brasileiro e a participação plural na deliberação sobre a pauta pública. Pelas pesquisas realizadas, constata-se a prevalência da ideia de que laicidade é sinônimo de exclusão do debate público, assim, busca-se contrapor esse entendimento como forma de ressaltar as características do paradigma democrático. Por fim, sugere-se a participação das mais distintas instituições, religiosas ou não, como forma de aumentar a legitimidade acerca das deliberações sobre a agenda pública, ressaltando a colaboração das instituições religiosas no interesse público.

Palavras-chave: Agendas públicas. Estado Democrático de Direito. Hermenêutica constitucional. Laicidade. Soberania popular.

1 DESTACANDO A SITUAÇÃO-PROBLEMA

Este artigo aborda o eixo temático referente a “Paz, Educação e Liberdade religiosa”, contudo por razões de espaço, os esforços serão concentrados no aspecto político da liberdade religiosa, trabalhando os demais temas de forma subsidiária. Pois, a realização de direitos humanos, em larga medida, perpassa pelos esclarecimentos de questões culturais e educacionais (elementos antecedentes), consequentemente com a criação de um ambiente pacífico capaz de acomodar a liberdade e a diversidade religiosa.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades - NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7878120675568536>

A abordagem inicia-se pela conflituosa relação entre as liberdades democráticas de participação política na condução dos assuntos públicos (*public affairs*), por parte das organizações religiosas, e o dever de laicidade estatal. Dentro de uma perspectiva ampliada o objetivo geral é investigar mecanismos capazes de aumentar a participação da sociedade civil nestes cenários. A par disto, os objetivos específicos constituem-se em (i) analisar a pluralidade na participação política (ii) compreender a laicidade estatal diferente de exclusão política, e por fim, (iii) traçar uma via intermediária para acomodar o dissenso democrático.

Do ponto de vista social, a justificativa para realização desta pesquisa reside no controle democrático da gestão institucionalizada da coisa pública, além de possibilitar a inclusão na vida política e social de atores da sociedade civil. Do ponto de vista acadêmico, apresenta-se como um trabalho introdutório com potencialidades de impacto, a ser desdobrado e aprofundado em pesquisas posteriores nesse campo.

Para tanto, elege-se como método de trabalho a análise bibliográfica aplicada nos materiais, primários e secundários, sobre os dois grandes eixos deste escrito, notadamente a pluralidade democrática e a laicidade. Aliás, já é possível adiantar a resposta provisoriamente apresentada de que laicidade estatal não possui como sinônimo a exclusão antecipada do debate político.

Além desta parte introdutória e das considerações finais, este artigo será metodologicamente estruturado em três momentos. Num primeiro momento (i) versará sobre o conceito de participação política, no plano dos direitos humanos positivado no art. 25, item “a”, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.

Em sequência, (ii) buscará revelar o sentido e alcance do art. 19, I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88. Nesse diapasão, detalha-se no terceiro momento (iii), a necessidade da compreensão da laicidade compatível com o Estado Democrático de Direito. Busca-se ao término desta jornada compreender em profundidade os porquês de, validamente, restringir as participações das entidades religiosas nas deliberações sobre a agenda pública, já que a regra é (ou deveria ser) a participação democrática e plural.

Portanto, a premissa da qual se inicia é da não supressão da religiosidade no fundamental debate público, sob a argumentação simplista de laicidade estatal. Numa leitura açodada pode-se cogitar um aparente paradoxo, haja vista que se sustenta a efetividade da laicidade pela via da participação das entidades religiosas. No entanto, diante de uma investigação radical, isto é, enviar as raízes, percebe-se a necessidade de compreensão dos papéis desempenhados pela pluralidade e pelo dissenso no paradigma democrático.

Isto, contudo, não quer significar o reenvio ao modelo constitucional brasileiro adotado em 1824, sob o qual vigia a instituição de uma religião oficial do Estado², igualmente não representa que argumentos de cunho estritamente religiosos devam orientar a elaboração ou implementação de políticas públicas ou, ainda, devam compor a fundamentação de decisões judiciais, por exemplo. Dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito exige-se mais das participações da sociedade civil.

Ao contrário, a partir do exercício da liberdade religiosa, individual e coletiva, colocar em movimento as participações na condução dos assuntos públicos de interesse coletivo. Em tal medida, pela via da participação política das instituições religiosas efetivar interesses que transcendam a mera defesa de privilégios ou interesses morais de determinados seguimentos religiosos. Via de consequência, exige-se um intenso envolvimento na realidade social a ser analisada.

2 PARTICIPAÇÃO POLÍTICA (*PUBLIC AFFAIRS*): UM DIREITO HUMANO

Falar em pluralidade implica comprometer-se com o conceito moderno de democracia que, conforme se sabe, possui lastro na clássica função desempenhada pelo constitucionalismo. Ou seja, uma construção histórica-filosófica de limitação do exercício do poder estatal ante o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Aliás, historicamente são estes os legados das revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, leia-se uma produção derivada da Revolução Gloriosa (inglesa), da independência norte-americana e da Revolução Francesa.

Assim, é possível pensar na continuidade ou no desdobramento desse processo (que não se encerra nos eventos citados), no plano internacional desempenhado pelos direitos humanos e no plano nacional pelos direitos e garantias fundamentais. Portanto, as ideias articuladas inserem-se, num primeiro momento, no rol dos direitos da primeira geração (ou dimensão).

Conforme se sabe, o constitucionalismo contemporâneo reclama a visão ampliativa dos direitos civis e políticos de participação heterogênea na condução da agenda pública (assuntos cujos interesses ultrapassam as esferas individuais). Dentre os quais, com efeito, se inserem os direitos de quarta geração, segundo classificação de Paulo Bonavides (2001, p. 28), compreendendo o direito à democracia.

² Constituição Política do Império do Brasil de 1824, art. 5º. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo. (sic).

E, dentro da variedade desses temas constitucionais, elege-se analisar a parcela referente a participação política, com vistas a possibilitar a pluralidade democrática através da inclusão de novos sujeitos. Partindo da análise dos direitos humanos trilha-se um percurso para reafirmar a soberania popular, compreendendo de antemão que tal empreitada investigativa é ousada, porém necessária.

Desse modo, a partir dos instrumentos jurídicos transnacionais que compõem o sistema global dos direitos humanos destaca-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Especificamente sobre a participação política na deliberação da agenda pública como forma de conectá-lo a soberania popular. Tem-se como repertório inicial de análise o art. 25, item “a”¹³, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, que toca frontalmente na questão da autonomia política (participação na vida política), cujo enunciado é abaixo transcrito:

Artigo 25. Todos os cidadãos devem ter o direito e a oportunidade, sem qualquer das distinções mencionadas no artigo 2º e, sem restrições infundadas:

a) Tomar parte na condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; (PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, 1966, tradução nossa).⁴

Para o adequado encadeamento das ideias ressalta-se que comumente as traduções em língua portuguesa, do sobredito dispositivo descrevem o termo da língua inglesa *public affairs* como sendo negócios públicos. Do ponto de vista gramatical, não se apresenta como uma tradução arbitrária ou equivocada, porém, a expressão “negócios”, representa menos do que de fato significa, isto porque, a utilização do termo conduz a ideia de um direito de conteúdo meramente econômico. Ou seria dotado de sentido e alcance mais amplos que se coadunam com a vocação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos? Nas linhas que se seguem, busca-se responder afirmativamente esta questão.

Segundo informa o *Macmillan Dictionary* (2017, n.p., tradução nossa),⁵ o verbete *public affairs*, traduz-se como as “[...] questões políticas que afetam muitas pessoas”. Assim, com o fim de afastar ambiguidades, o sentido democraticamente adequado para a interpretação desta regra é assuntos ou causas públicas, agendas

³ Cf. dispõe o art. 25, do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, concluído e assinado em New York (The United States), em 1966, com entrada em vigor em 1976. No Brasil, promulgado pelo Decreto n. 592/1992, (art. 25, “a”, Decreto n. 592/92).

⁴ No original: “Article 25. Every citizen shall have the right and the opportunity, without any of the distinctions mentioned in article 2 and without unreasonable restrictions:

a) To take part in the conduct of public affairs, directly or through freely chosen representatives; (INTERNATIONAL COVENANT ON CIVIL AND POLITICAL RIGHTS, 1966).”

⁵ No original: “[...] political issues that affect most people”.

ou pautas públicas. Vale dizer, liberdade política traduzida em liberdade civil (individual e coletiva). Esta questão se torna aguda ao considerar que participar na condução da agenda ou dos assuntos públicos e, portanto, efetivar este direito humano que não cabe ser negligenciado.

Nessa senda, numa análise propositiva, toma-se os termos participação política dos(as) cidadãos(ãs), sociedade aberta *etc.*, enfim, deliberar sobre a pauta pública como produtos derivados diretamente da soberania popular no âmbito do Direito interno. Corroborando a tese firmada por Miguel Gualano de Godoy (2012, p. 45), de que “[...] todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar dos processos de discussão e decisão em pé de igualdade.”

A vista disso, procurar pelos espaços adequados para as participações nas deliberações sobre a coisa pública (*res publica*), isto é, o modo de relacionamento entre governantes e governados, desenvolve-se a partir das tensões entre a participação política das instituições religiosas e a laicidade do Estado brasileiro. Nesta perspectiva, procura-se desenvolver um ambiente social e político dentro das estruturas institucionalizadas como forma de assegurar a realização do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Permitindo argumentar, por fim, que o direito humano em questão não é outro senão projeções dos valores da liberdade e da igualdade, inseparáveis da espécie humana. O ponto focal está na participação popular para a definição da pauta pública.

Sendo que a dita construção deliberativa democrática perpassa pelo afastamento de uma história única implicada pela negação do outro. Diante disso, sustenta-se que as participações das instituições religiosas nestes procedimentos como condição de possibilidade e, de forma de efetivar o aludido direito humano. Contudo, dentre outras tensões, surge a contraposição com o dever de laicidade do Estado brasileiro.

Nos tópicos que seguem, busca-se ponderar argumentativamente a tensão constatada entre a laicidade e as participações das instituições religiosas compatíveis com o Estado Democrático de Direito. Assim sendo, procura-se fundamentar práticas não ortodoxas de pensamentos capazes de, num só tempo, assegurarem laicidade e pluralidade democrática.

3 PLURALIDADE DEMOCRÁTICA COMO PRESSUPOSTO PARA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

O constitucionalismo contemporâneo chega a um ponto mais específico através da observância dos direitos humanos. Segundo afirmam Carlos Bolonha, Henrique Rangel e Bernardo Zettel (2014, p. 173), “A Constituição é um documento

que além de estabelecer bases fundamentais como pressupostos jurídicos normativos, determina parâmetros a se seguir na deliberação política fundamental à ordem democrática.” Vê-se, portanto, que o conteúdo constitucional deve ultrapassar a mera formação do Estado, divisão de competências, definição de direitos e garantias fundamentais *etc.*, sem embargo, a tônica está na definição de um projeto político coletivo e pluralista.

Galgando a participação popular dentro do sistema democrático não há como discordar de Conrado Hübner Mendes (2011, p. 60), quando afirma que “[...] o desafio é desenhar um diálogo que maximize a capacidade da democracia de produzir respostas melhores em direitos fundamentais [...]”. Mas, para que esta efetivação se compatibilize com o projeto constitucional há de se estabelecer sólidas razões para validamente, restringir a participação das entidades religiosas nas deliberações sobre a agenda pública.

O referencial de análise desse tópico será fornecido pela teoria constitucional da democracia participativa, cujo fundamento “[...] consiste, pois, em reivindicar um direito constitucional da liberdade [...]” (BONAVIDES, 2001, p. 07). Portanto, compreende-se o instrumental teórico como forma de realizar ou, no mínimo, como configuração aproximativa destes direitos e garantias fundamentais.

Conforme demonstra Bonavides (2001, p. 10), a sobredita teoria está ancorada em quatro princípios cardeais, a saber: “[...] o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da soberania popular, o princípio da soberania nacional e o princípio da unidade da Constituição, todos de suma importância para a Nova Hermenêutica constitucional [...]”. Ao propor “um novo conceito de associação política”, permite-se conjugar esforços para uma compreensão democraticamente adequada do fundamento da participação (soberania popular) em torno da definição da agenda pública.

Em termos mais simples, a soberania popular é o alicerce que exige a pluralidade democrática. Tal assertiva, encontra amparo tanto em tratados internacionais, quanto na Constituição da República de 1988⁶, cuja efetivação implica concretizar direitos humanos e garantias fundamentais consubstanciados na atuação política de seus(suas) destinatários(as).

Daí falar-se, que democracia participativa concretiza a legitimidade das funções estatais (Executiva, Legislativa e Judiciária), viabilizando o projeto coletivo e, em um só tempo, reconhecendo a autonomia (individual e coletiva) dos sujeitos que são, em última análise, destinatários(as) e realizadores(as) do projeto constitucional.

⁶ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º, parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Alguns objetivos da democracia participativa transparecem na passagem, cujo teor é reproduzido:

Com o Estado democrático-participativo o povo organizado e soberano é o próprio Estado, é a democracia no poder, é a legitimidade na lei, a cidadania no governo, a Constituição aberta no espaço das instituições concretizando os princípios superiores da ordem normativa e da obediência fundada no contrato social e no legítimo exercício da autoridade. (BONAVIDES, 2001, p. 20).

Assim, a democracia participativa quer significar um método deliberativo, cuja tomada das decisões políticas captam de modo adequado, até o presente momento histórico, a realização de valores constitucionais como a igualdade e a liberdade. De maneira radical, pode-se dizer que “Não há democracia sem participação.” Conforme afirmou Bonavides (2001, p. 51), “De sorte que a participação aponta para as forças sociais que vitalizam a democracia e lhe assinam o grau de eficácia e legitimidade no quadro social das relações de poder [...]”.

Vale frisar que o pluralismo é o vetor da soberania popular, sendo o constitucionalismo um debate que permanecendo atual possui contribuições relevantes para a missão de (re)modelar as práticas deliberativas estatais. A partir dessa perspectiva contemporânea, em sintonia com o pensamento latino-americano, maximizar sua área de atuação, de modo que:

[...] o nexo entre o Estado e os direitos fundamentais é o seguinte: ontem, o Estado concedia ao cidadão direitos fundamentais e se autolimitava; hoje os direitos fundamentais se expandem e, onde há democracia e Estado de Direito, eles tendem a submeter o Estado ao seu império. De tal sorte que não há Estado de Direito sem a observância dos direitos fundamentais. Com esta verdade inconcussa podemos asseverar que só existe sociedade aberta, juridicamente organizada, se prevalecerem aqueles direitos. (BONAVIDES, 2001, p. 79-80).

Incursões teóricas aprofundadas realizadas por Bonavides (2001, p. 92), demonstram que “As inspirações de liberdade, inerentes ao constitucionalismo de nosso tempo, promanam de convicções e crenças sobre valores e princípios. Fazem estes a legitimidade e, em certa maneira, a eficácia normativa de todas as matérias constitucionais.”

Em suma, a participação na vida política perpassa pela comparticipação de novos atores, com vistas a conferir legitimidade democrática ao arranjo institucional existente. Além disso, para Clémerson Merlin Clève (1995, p. 21), “Exige-se, para além da compatibilidade formal a observância do conteúdo material.”

Nesse sentido, a Constituição tomada em seu sentido material ou substantivo, revela-se como repositório dos valores fundamentais, conforme indica Bernardo Gonçalves Fernandes (2014, p. 30, grifo no original): “[...] ou seja, matérias que construiriam sociedades e Estados que se diferenciaram (com seus respectivos **‘modos de ser’**) fazendo que cada um sociologicamente tivesse uma determinada Constituição.” Com efeito, a religiosidade integra o sentido material da Constituição.

Assim, passando em revista o substrato material da Constituição chega-se no pluralismo ou participação plural como forma de majorar a legitimidade nas decisões adotadas sobre as pautas públicas. A dita pluralidade implica ressignificar alguns valores democráticos, dentre os quais cita-se a laicidade. Para tanto, cabe uma análise hermenêutica sobre o sentido e alcance do art. 19, I, do Texto Constitucional vigente, que expressamente prevê:

É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (BRASIL 1988).

No campo da “colaboração do interesse público”, a participação pelos(as) interessados(as) na pauta pública permite o exercício de direitos políticos e civis, que não se esgotam na participação formal dos atos de gestão. Ostentam um potencial emancipatório, político e social, necessário para a realização, em tese, de uma autonomia individual ou coletiva.

Estas participações representam um expressivo ganho democrático, que irradia tanto no espaço social, quanto na rede institucional a mensagem de observância da soberania popular. Isto é visualizado, por exemplo, na necessidade (possibilidade) de realização de audiência pública ou nas intervenções dos *amici curiae*⁷, tais interlocuções institucionais, num primeiro momento, representam *per se* a efetivação dos direitos supramencionados.

Na senda teórica, ao (re)visitar criticamente o conceito de laicidade transita-se por uma abordagem hermenêutica que não cabe ser obliterada. Pois, uma interpretação constitucional reveladora de suas bases, mitiga a utilização do discurso ou argumentos de autoridade. Equivalente a dizer, que dentro paradigma

⁷ “Os *amici* podem ser associações, fundações, sindicatos, profissionais de notório conhecimento técnico ou científico *etc.*, que interferem em procedimentos judiciais devido ao interesses públicos e relevância social aumentando a participação social nas decisões judiciais.” (OLIVEIRA, 2015, p. 214, grifo no original).

democrático participativo não há espaço legítimo (adequado) para a interpretação constitucional realizada exclusivamente por intérpretes oficiais.

Da mesma forma que a participação popular não deve ser reduzida ao mero cumprimento protocolar e acrítico, ambas as situações desvelam os ranços de um autoritarismo. Aliás, Bonavides (2001, p. 26), afirma que na “Democracia onde o baixíssimo grau de legitimidade participativa certifica a farsa do sistema, assinalando o máximo divórcio entre o povo e as suas instituições de Governo.”

Portanto, quando se reduz a Constituição apenas em seu aspecto jurídico-formal, cria-se uma interpretação claudicante, na qual se diz menos do que deveria. Vale mais uma vez, sublinhar que, com o apoio da democracia participativa, deve-se construir uma terceira via, uma espécie de caminho do meio não limitado pela dicotomia formal ou material, mas, uma vereda democrática.

Na busca por respostas adequadas, deve-se reconhecer e transcender valores constitucionais fundantes, resultado das revoluções políticas dos séculos passados, como é o caso do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*, CRFB/88). À luz deste processo hermenêutico, construir respostas que ensejam o reconhecimento de direitos igualmente relevantes, não contemplados no rol acima descrito, como é o exemplo da participação política na deliberação da pauta pública. Nesta ótica, vale a transcrição dos pensamentos de Bonavides (2001, p. 38):

Essa hermenêutica se funda toda em elementos valorativos, cuja supremacia nos faz chegar à democracia participativa; democracia da concretude e da realidade e não do sonho e da utopia; democracia do povo e não da representação; democracia das massas e não das elites; democracia da cidadania e não do súdito branco, o suposto cidadão dos regimes representativos.

Destaque-se que o citado procedimento se distancia de uma hermenêutica clássica (teológica) ou filológica, uma vez que na seara jurídico-constitucional descabe uma compreensão apenas do enunciado normativo, mas interessa sobremaneira a compreensão realizada através das palavras que o compõe. No entanto, para que as respostas oferecidas sejam adequadas, além de ampliarem direitos e garantias fundamentais devem agregar interpretação plural para a legitimidade do processo decisório.

Note-se que, ao interagir dialogicamente as instituições democráticas permitem e ampliam a participação na condução da agenda pública. Mais uma vez, Bonavides (2001, p. 36), alerta que “Nisto consiste a essência e o espírito da nova

legitimidade: o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania não se governa e sem povo não se alcança a soberania legítima.”

Com efeito, o atual modelo democrático, reclama, portanto, outras fontes participativas para comporem o fluxo de interpretação constitucional que desafiam o solipsismo. A partir desta tônica, vale frisar que numa sociedade livre e aberta, todos(as) os(as) destinatários(as) da norma jurídica estão potencialmente capacitados(as) para cooperarem com a interpretação do texto e da história constitucional, em sentido amplo, diante disso, Peter Häberle (1997, p. 13, grifo no original).

Propõe-se a seguinte tese: no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer em elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição.

Revela-se manifesta a necessidade de uma conformação integrativa de uma gestão democrática, assim Alexandre Walmott Borges e Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes (2010, p. 296), sustentam que “A interpretação constitucional é uma função que cabe aos intérpretes formais (Estado - legislativo, executivo e judiciário) e aos intérpretes não formais (toda a sociedade)”, permitindo avaliar consistentemente os mecanismos institucionais de efetivação de direitos e garantias fundamentais.

Numa reflexão final, a sociedade aberta (pluralidade democrática) torna-se o espaço público de participação, influência e tomada de decisões sobre a agenda pública, onde os princípios da liberdade e da igualdade são cristalizados pelos mecanismos supra elencados, como forma de direitos de participação alicerçados pela soberania popular. A proposta desenhada é escapar do cotidiano instrumental sobre o significado de “democracia associativa” entre laicidade e participações das instituições religiosas à luz do Estado Democrático de Direito.

4 CONCRETIZAR VALORES CONSTITUCIONAIS: UM CAMINHO PERCORRIDO COLETIVAMENTE

Para visibilizar as questões levantadas tocante a pluralidade democrática como resultado da atividade hermenêutica sobre o sentido e alcance da laicidade compatível com o paradigma democrático, ilustra-se com o pluralismo institucional democrático. Cujo embasamento teórico é franqueado pela análise multicultural de Veit Bader (2007).

De fato, a instituição que pretende ser democrática deve promover e assegurar conhecimento, participação e influência de seus destinatários. Pois, “[...] um direito que se prese democrático tem no povo o seu titular e sua fonte de soberania, e não em vontades particulares como queriam os juristas de outrora.” (FERNANDES, 2014, p. 174). Caso contrário, afastam tanto de suas missões institucionais quanto dos(as) cidadãos(ãs), culminando em desvios teleológicos, que além de contraproducente, malferem o Estado Democrático de Direito.

Repise-se a tarefa de limitação da função estatal através do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. Isto é, enveredar por um caminho que, em um só tempo, permita a manutenção da característica laica do Estado e a participação dos diversos atores, com efeito, potencialmente, inclui-se aqui as instituições religiosas nas deliberações sobre a agenda pública. Conforme afirmado na parte introdutória deste escrito, a resposta desenhada é no sentido de acrescentar como requisito de legitimidade a pluralidade democrática.

Em última análise, a pluralidade visa mitigar o arbítrio estatal, no qual ocorra a inevitável confusão ou inversão entre a titularidade da soberania e aqueles(as) que a exerce temporariamente as funções públicas (executiva, legislativa, judiciária). Nesse diapasão, o vetusto constitucionalismo necessita de uma abordagem hermenêutica capaz de incrementar seu repertório teórico de análise, permitindo ressaltar a relevância da soberania popular.

Por outras palavras, as tensões do sistema democrático devem ser contornadas por respostas igualmente democráticas as quais a tese da completa separação não é inteiramente defensável. Desse modo, Bader (2007, p. 18), alerta para a invisibilidade do pluralismo religioso, sustentada pelo fato de que as sociedades modernas exigem a estrita separação entre organizações religiosas e ações políticas. Em verdade, a limitação ou exclusão da religiosidade no debate público pressupõe uma neutralidade fictícia, sendo igualmente falaciosa a tese da completa separação entre Estado e religião.

O vasto problema da laicidade é desmembrado em três aspectos distintos, a saber: cultural, social e político. “Culturalmente, designa a secularização [laicidade] dos quadros culturais cognitivos e normativos gerais: visões do mundo, da sociedade e do homem. Socialmente, designa um declínio das crenças e práticas religiosas nas sociedades modernas. Politicamente, refere-se a uma secularização do Estado e da política.” (BADER, 2007, p. 39, tradução nossa).⁸

⁸ No original: “Culturally, it designates the secularisation of general cognitive and normative cultural frames: views of world, society and man. Socially, it designates a decline of religious beliefs and practices in modern societies. Politically, it refers to a secularisation of state and politics.”

Retomando a hipótese inicialmente apresentada, sobretudo no que toca ao aspecto material da constituição vale ressaltar que as “As identidades coletivas religiosas servem como marcadores de diferença cultural e como recursos para organização e mobilização [...]” (BADER, 2007, p. 45, tradução nossa).⁹ Ao lado disso, outra razão contrária a estrita separação conforme apontado por Bader (2007, p. 67) é a equidade e a imparcialidade em termos culturais, justificando assim, retratar o espaço público através da ampla intervenção.

Como dito, a premissa que inicia esta análise é a participação plural, portanto, no Estado democrático não cabe sobrepor os direitos de participação na vida política com generalidades antecipadas; contudo, no balanceamento das razões deve-se desvelar consistentemente os detalhes da não possibilidade de participação de determinados agentes no debate público. Noutros termos, equivale afirmar que a problemática “[...] versão de um consenso sobreposto que ainda exclui as razões e os fundamentos religiosos de um modo ou de outro.” (BADER, 2007, p. 94, tradução nossa).¹⁰

Cabem reservas a tese da completa separação da mesma forma que a adoção de religião oficial pelo Estado. Ressalte-se que excessos poderão ocorrer em ambos os lados, logo, a laicidade não deve significar que “A experiência técnica não ameaça diretamente as duas autonomias e a tolerância individual e coletiva, mas é uma ameaça ‘silenciosa’, a longo prazo, para a democracia, intimamente ligada à ‘modernidade’ e internamente oposta a toda religião.” (BADER, 2007, p. 99, tradução nossa).¹¹

Logo, percebe-se que o autor evidencia uma “característica da laicidade” contrária as ideias até aqui desenvolvias, ao que tudo indica, o que subjaz na clivagem é que “Este secularismo ético vê as religiões como ilusões, requer a mais estrita separação possível do Estado e das religiões, e também a estrita exclusão de razões religiosas do debate público.” (BADER, 2007, p. 103, tradução nossa).¹²

Considerando que a “[...] ‘prioridade da democracia. [exige] Primeiro, uma concepção específica (juntamente com os direitos e instituições de acompanhamento) do debate democrático: arena pública e liberdades de

⁹ No original: “Collective religious identities serve as markers of cultural difference and as resources for organisation and mobilization [...]”

¹⁰ No original: “[...] version of an overlapping consensus that still excludes religious reasons and foundations in one way or another (sect. 3.3).”

¹¹ No original: “Expertocracy does not directly threaten the two autonomies and individual and collective tolerance, but it is a longterm, ‘silent’ threat to democracy, intimately connected with ‘modernity’ and internally opposed to all religion.”

¹² No original: “This ethical secularism sees religions as illusions, requires the strictest possible separation of state and religions, and also the strict exclusion of religious reasons from public debate.”

comunicação política.” (BADER, 2007, p. 110, tradução nossa).¹³ Através das lentes da não discriminação e da igualdade de oportunidades tangenciar decisões políticas de modo a compatibilizar a participação de diversos atores. Mesmo porque:

Em matéria de instituições, cultura política e identidade política, a fronteira entre legitimidade e ilegitimidade, majoritária e particularismo são difíceis de desenhar e não há elementos de prova *prima facie* do que seja justo ou imparcial, em cada caso exige uma acomodação. (BADER, 2007, p. 154, tradução nossa).¹⁴

Destarte, o conteúdo teórico da leitura que se faz aponta para a superação de uma normatividade excludente, portanto, o autor propõe a acomodação através do pluralismo institucional democrático (*Democratic Institutional Pluralism* - DIP), que se manifesta pela democracia associativa (*Associative Democracy* - AD).

Compreendido amplamente, o pluralismo institucional (IP) é definido pela combinação de duas características principais: (i) a pluralidade existente ou diversidade de categorias, grupos, organizações ou unidades políticas, formalmente reconhecida e integrada no processo político de definição do problema, deliberação, decisões alternativas e tomada de decisão, implementação e controle. (ii) uma quantidade razoável de descentralização real. (BADER, 2007, p. 186, tradução nossa).¹⁵

Em alguma medida, esta linhagem de pensamento é tributária as ideias anteriormente expressadas, desta forma a democracia associativa: “AD estimula o pluralismo das minorias, garantido por uma forte interpretação das liberdades associativas e as propostas para representar os interesses de diferentes grupos minoritários no processo político.” (BADER, 2007, p. 190, tradução nossa).¹⁶ Sendo significativa para um projeto democrático que propõe a retomada da soberania popular.

¹³ No original: “[...] ‘priority of democracy’. First, a specific conception (together with the accompanying rights and institutions) of democratic debate: public arena and freedoms of political communication.”

¹⁴ No original: “In matters of institutions, political culture and political identity then, the borderlines between legitimate and illegitimate majority particularism are difficult to draw and there is no *prima facie* evidence of what fair or even-handed accommodation requires in each case.”

¹⁵ No original: “Broadly understood, Institutional Pluralism (IP) is defined by a combination of two core characteristics: (i) the existing plurality or diversity of categories, groups, organisations or political units, formally recognised and integrated into the political process of problem definition, deliberation, decision alternatives and decision-making, implementation and control. (ii) a fair amount of actual decentralisation.”

¹⁶ No original: “AD stimulates minority pluralism, guaranteed by a strong interpretation of associational freedoms and the proposals to represent the interests of different minority groups in the political process.”

Registre-se, por fim, que aceitar estas premissas não é fechar os olhos para suas imperfeições práticas, que igualmente deverão ser corrigidas pela pluralidade democrática, sob pena de malferir a própria pluralidade democrática.

CONCLUSÃO

À guisa de considerações finais, neste artigo buscou-se articular teorias que justifiquem a participação dos variados sujeitos com interesse moral no debate sobre a agenda pública. Esta pesquisa foi realizada em virtude da investigação teórica sobre mecanismos capazes de aumentar a participação direta da sociedade civil nestes cenários.

Retoma-se as ideias centrais como forma de sintetizar e consolidar as reflexões ventiladas no transcurso deste artigo. Assim, coube considerar, com prevalência das questões constitucionais, a análise da pluralidade na participação política dentro do debate sobre a agenda pública como um direito humano, produto das conquistas históricas e filosóficas não negligenciáveis. Conectando-se umbilicalmente com a soberania popular, esta afirmação foi embasada na análise do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (art. 25) e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1^a, parágrafo único).

De tal sorte, a partir dos institutos jurídico-constitucionais positivados, debateu-se com o apoio da teoria constitucional da democracia participativa, a efetivação dos direitos humanos e dos direitos e garantias fundamentais correlatos a soberania popular. Via de consequência, o resultado do processo deliberativo plural sobre as pautas públicas é a majoração da legitimidade nas decisões adotadas.

Refazendo o caminho trilhado, viu-se nas linhas passadas que a laicidade deve passar por um processo de resignificação contando com os aportes da hermenêutica constitucional permitindo relativizar as tensões existentes na participação das instituições religiosas. Procurou-se traçar uma via intermediária para o dissenso democrático sem, contudo, resultar na exclusão política dos diversos agentes interessados, isto é, interpretar o art. 19, I, CRFB/88, à luz da democracia associativa.

Arrematando, apresenta-se como resultado deste esforço comparativo a constatação de que o processo axiológico e teleológico democrático expressa-se pela fundamentação de suas decisões. Deste modo, entende-se que *a priori* não se deve excluir do debate plural e democrático apenas com fundamento na laicidade. Registrou-se, igualmente, que participar não significa retomar uma religião oficial, ou priorizar determinados seguimentos religiosos; ao contrário, quanto mais aberto, plural e fundamentado for o debate público, em igual medida será democrático.

REFERÊNCIAS

BADER, Veit. **Secularism or democracy? Associational governance of religious diversity**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. In: DEL NERO, Patrícia Aurélia; GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da. (Org.). **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 01-27.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique; ZETTEL, Bernardo. O constitucionalismo popular em uma leitura rawlsiana. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 18, n. 2, dez. 2014, p. 171-187.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**. Por um direito constitucional de luta e resistência. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORGES, Alexandre Walmott; FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo: os delineamentos da matriz do pós-positivismo jurídico para a formação do pensamento constitucional moderno. **Revista eletrônica Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 15, n. 2, maio-ago. 2010, p. 288-305. Disponível em: <www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 27 set. 2016.

BRANCO, Gustavo Teixeira Gonet. O resgate da participação na democracia representativa por meio do refinamento da consciência política popular: a proposta do deliberation day. **Jurisdição constitucional, direitos fundamentais e experimentalismo institucional**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt. (Org.). Brasília: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2012. p. 148-170.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 17 mar. 2017.

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

CLÊVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo jurídico no horizonte do pensamento crítico de libertação latino-americana. A reflexão crítica no contexto latino-americano. In: BENENTE, Mauro; RAJLAND, Beatriz. (Coord.). **El Derecho y el Estado**: procesos políticos y constituyentes en nuestra América. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Sociales y Políticas, 2016. p. 63-81.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Os passos da hermenêutica: da hermenêutica à hermenêutica filosófica, da hermenêutica jurídica à hermenêutica constitucional e da hermenêutica constitucional à hermenêutica constitucionalmente adequada ao estado democrático de direito. In: FERNANDES, Bernardo Gonçalves. (Org.). **Interpretação constitucional**: reflexões sobre (a nova) Hermenêutica. Salvador: Jus Podivm, 2010, Vol. 01, p. 07-101.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012. (Direito, Desenvolvimento e Justiça).

HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Tradução de Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

MACMILLAN DICTIONARY. **Public affairs**. Disponível em:
<<http://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/public-affairs>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011. (Direito, Desenvolvimento, Justiça: produção científica).

OFFICE OF THE UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS - OHCHR. **International Covenant on Civil and Political Rights**. Disponível em:
<<http://www.ohchr.org/documents/professionalinterest/ccpr.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2013.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. A participação do *amicus curiae*, enquanto intervenção de terceiros típica, no controle concentrado de constitucionalidade. **Percurso Acadêmico Revista Interdisciplinar da PUC Minas no Barreiro**. Dossiê: *Ratio Juris*: Razão do Direito. Belo Horizonte, Vol. 5, n. 9, jan./jun. 2015, p. 207-229. Disponível em:
<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/view/10046/8182>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

PEREIRA, Bruna Manzato da Silva; REIS, Junio Barreto dos. O diálogo entre as religiões como elemento fundamental para promover a paz mundial. In: CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; COSTA, Ilton Garcia da; LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. (Orgs.). **Paz, Educação e Liberdades religiosas**. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, p. 11-28.

RIBEIRO, Raphaela Rocha. Hermenêutica e mutações constitucionais no Brasil pós 1988. In: STARLING, Dayse. (Coord.). **Direito Público**. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2016. p. 342-351

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

GRUPO DE TRABAJO 5:

**“Paz, Derecho, Dignidad Humana y
Fraternidad”**

ANÁLISE CRÍTICA DA LEI 13.457/2017, A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA FRATENIDADE NO ATENDIMENTO AO SEGURADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Luiz Gustavo Boiam Pancotti¹

Heloísa Helena Silva Pancotti²

RESUMO

Recentes alterações legislativas, modificaram a sistemática concernente aos benefícios por incapacidade, estabelecendo o instituto da alta programada e da revisão periódica das aposentadorias por invalidez, causando insegurança nos segurados da previdência social no Brasil. A ameaça da perda dos rendimentos passou a pairar sobre todos aqueles que gozam desta categoria de benefícios, promovendo a alta médica sem qualquer embasamento científico, sem a realização de perícia para apuração das incapacidades, obrigando o retorno ao trabalho de operários desvalidos e por vezes submetendo-os ao que se convencionou chamar de "limbo jurídico" onde a proteção social não alcança os seus segurados. A obstacularização do acesso, afeta milhares de segurados em gozo de benefício, interrompe por vezes os tratamentos médicos e nega o piso vital mínimo a uma parcela de contribuintes do sistema. Não se pode privilegiar os números ao invés das pessoas. O equilíbrio atuarial do sistema é utilizado hoje como justificativa para tratamento desumano e degradante aos desvalidos, que precisam de atendimento humanizado e fraterno. É flagrante a violação dos Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana, do Acesso à Saúde, da Fraternidade.

Palavras-chave: Alta Programada, Dignidade, Fraternidade, Cobertura Previdenciária, Benefícios por Incapacidade.

¹ Advogado, Consultor jurídico, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Mestre em Direito Difusos e Coletivos pela UNIMES/SANTOS e Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP; Professor de Direito Civil e Prática Processual da UniToledo de Araçatuba e Professor de Direito das Relações Sociais da UNIMEP,

² Advogada, Consultora jurídica, Especialista em Direito Processual pela UNITOLED0, Mestranda em Direito pela Univem.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é desenvolver uma visão crítica, sem pretensão de esgotar o tema, sobre a sistemática da Alta Programada instituída pela MP 767/2017, convertida da lei 13.457/2017, que sob a pretensão da garantia do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário, vem negando proteção social a um grupo de desvalidos da Previdência Social, causando judicialização de pedidos de restabelecimentos de benefícios por incapacidade.

Situação esta que abala o valor jurídico da fraternidade, tendo vista a depreciação da do postulado da solidariedade em face da seletividade dos benefícios da previdência social, gerando desvalia ao sistema de seguridade social brasileira. Para tanto, utilizaremos o método indutivo dedutivo através de pesquisa bibliográfica para analisar como a normativa legal está sendo utilizada para obstacularizar o acesso à proteção social nos benefícios por incapacidade. Ao final demonstraremos a necessidade de um olhar humanista e fraterno sobre a questão, pois todos os cidadãos tem o direito a uma convalescência digna, sem pressões de origem financeira, que comprometem o restabelecimento e relega trabalhadores ao “Limbo Jurídico” dos desvalidos previdenciários que não possuem proteção social, tampouco estão aptos para o retorno ao trabalho.

1 PROTEÇÃO SOCIAL

O mais antigo registro de organização legal com fulcro à proteção social remete ao Código de Hamurabi, entretanto a cobertura dos riscos sociais propriamente ditos, somente se deu na Europa, mais precisamente na Inglaterra de 1.601, com a promulgação da Lei Elisabetana conhecida como Lei dos Pobres. Ela reunia legislações anteriores promulgadas durante o reinado de Elizabeth I que cuidavam da assistência aos pobres ingleses que vinham enfrentando um período de intensa carestia. Esta lei foi considerada precursora do *Welfare State*, ainda que disciplinasse a proteção social por dogmas religiosos através da punição e que não previsse a cobertura dos riscos sociais decorrentes das atividades profissionais.

Mais adiante, no Império Alemão, houve o plano do chanceler Alemão Otto Von Bismarck que criou o primeiro sistema público de Previdência Social, em 1880, com previsão de benefícios de Aposentadoria por Velhice aos 70 anos e Indenização por doença e acidente de trabalho¹³, perdurou até o final da Primeira Guerra Mundial, ocasião em que foi firmado o Tratado de Versalhes que por sua vez abriu um grande leque de novas leis sociais pelo mundo afora.²⁴

¹³ ROUAST, DURAND, DUPEYROUX, André, Paul, Jean-Jacques. *Securité Sociale*. DALLOZ. 1.961. p.2

²⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. *Curso de Previdência Social*. Rio de Janeiro. Forense. 1988. P.12.

Conforme entendimento de Russomano: “No Brasil, a Lei 3.397 de 24 de novembro de 1.888, previa a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores nas estradas de ferro de propriedade do Estado.”³⁵

Trata-se da primeira legislação que se tem notícia no Brasil que preocupou-se a dar proteção para alguma contingência social. Vieram após legislações que cuidaram de estender proteção social aos funcionários dos Correios e da Imprensa Régia.

Com a modernização do meio ambiente do trabalho e a evolução da tecnologia, percebeu-se a necessidade de garantir aos trabalhadores um mínimo de condições para o exercício de suas profissões, assim como proteção frente às contingências sociais ocasionadas pela velhice, pela doença, pela morte do arrimo da família. Desta forma, desde a Constituição de 1.891 cuidou o legislador brasileiro de proteger a um número cada vez maior de categorias profissionais, gestando o que hoje é conhecido como o Sistema Brasileiro de Previdência e Assistência Social.

O risco social surge no momento em que o indivíduo por si, não consegue proteger-se da situação de necessidade, socorrendo-se do Estado, como resposta à morbidez decorrente da violência física. Loureiro ilustra aqui, um paralelo ao Leviatã de Thomas Hobbes.⁴⁶ Um Estado que detém consigo o poder absoluto sobre toda a sociedade para garantir a paz e a integridade de seus indivíduos do qual é representante pleno.

Diante deste contexto social, a Previdência Social constitui uma das principais técnicas de maior destaque para o desenvolvimento seguro de uma nação, uma vez que visam a garantia de um piso vital mínimo para aqueles que se encontram em uma situação de necessidade social decorrente de um evento que o coloque em uma situação de risco.

Segundo Celso Barroso Leite⁵⁷, a proteção social é o “conjunto de medidas através das quais a Sociedade assegura aos seus membros um nível mínimo de condições de vida.” Trata-se do anseio da tutela social que todo ser humano deseja para se ver livre da insegurança e do receio do que vai acontecer no futuro.

Cabe ao Estado arrecadar os recursos e distribuí-los de maneira a garantir a sobrevivência digna aos segurados diante das vicissitudes, seja através da previdência quanto da Assistência Social.

³⁵ RUSSOMANO, _____. P.32

⁴⁶ LOUREIRO, João Carlos. Direito da Segurança Social. Coimbra. Coimbra Editora, 2014. P.45.

⁵⁷ BARROSO LEITE. Celso. A proteção social no Brasil. São Paulo: LTr, 1972, p. 19.

Ocorre que de Bellveridge para os dias atuais, o *wellfarismo* vem sendo apontado pelos governos como um elemento causador de grandes desequilíbrios fiscais, levando à revisão das legislações de proteção social. Especificamente no Brasil, país que enfrenta uma crise econômica e política- talvez o termo crise nem seja apropriado, já que este desequilíbrio não se trata de uma situação aguda tampouco transitória- a legislação passou a sofrer alterações especificamente na seara trabalhista e previdenciária, intimamente interligadas.

Uma das alterações veio com a MP 767/2017 convertida na Lei 13.457/17 que prevê que os benefícios por incapacidade sejam concedidos com data de alta estimada, por um período máximo de cento e vinte dias, encaminhado à reabilitação profissional ou aposentado por invalidez, conforme sua recuperação. Estabelece ainda que os Aposentados por Invalidez podem ser convocados a qualquer tempo para averiguação da permanência da invalidez.

Estabeleceu ainda a remuneração extraordinária dos peritos judiciais que atenderão a estas convocações, recebendo por caso periciado, mediante produtividade.

1.1 UMA ABORDAGEM DA PROTEÇÃO SOCIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

A incapacidade laborativa é uma das contingências protegidas pelo atual Sistema de Seguridade Social em diversas modalidades, havendo previsão de benefícios para incapacidade temporária ou definitiva, parcial ou total, decorrente ou não de acidente de trabalho.

As prestações da previdência social resumem-se em serviços e benefícios, consistindo estes últimos em prestações pecuniárias pagas pela Previdência Social aos segurados ou aos seus dependentes, de forma a atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; maternidade; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A partir das contingências sociais acima mencionadas, reclama a realização de perícia previdenciária os seguintes benefícios:

- a) Aposentadoria por Invalidez: traduz a ideia de proteção contra a incapacidade para o exercício de qualquer atividade profissional, sem a possibilidade de recuperação ou reabilitação profissional para, no futuro, exercer uma atividade remunerada, decorrente de acidente de trabalho ou não.
- b) Auxílio-doença: por incapacidade do segurado, parcial ou temporária, para o exercício do seu trabalho ou de sua atividade profissional habitual, mas não para o

exercício de outras que estejam ao seu alcance, decorrente de acidente de trabalho ou não.

c) Auxílio-acidente: quando não mais existe a incapacidade para o trabalho, mas persistem sequelas decorrentes de acidentes de qualquer natureza ou de doença profissional, reduzindo a capacidade do segurado para o exercício da sua atividade habitual.

Cabe observar que não será devida a concessão de benefícios àqueles portadores de doença preexistente, isto é, ao segurado portador de patologia incapacitante antes do ingresso no RGPS (artigo 42, § 2º, da LBPS).

Porém, é possível que o segurado ingresse no RGPS já portador de doença e que receba benefício em decorrência da mesma, caso em que terá o ônus de comprovar o agravamento desta moléstia após a sua inscrição e a consequente incapacidade laborativa. O que se proíbe é o pagamento de benefício por incapacidade ao segurado que ingressa no sistema em condição de incapacidade para o trabalho.

Desta forma, o Governo Federal tem demonstrado preocupação constante em editar Medidas Provisórias que dificultam o acesso à cobertura previdenciária, sem abrir espaço para o diálogo e a discussão de soluções alternativas para o enfrentamento da crise que se instala. Ao mesmo tempo em altera unilateralmente as regras garantidoras do bem estar social, desonera em impostos setores da indústria, aumentando a carga sobre os contribuintes que deveria proteger.

Em face da Lei 13.457/17 indaga-se: como resta efetivada a proteção social diante de uma norma que vem a restringir o acesso à Previdência Social? Como se garantirá o piso vital mínimo?

A percepção é a de que o desequilíbrio atual em que se encontra o sistema- discutível segundo algumas agências governamentais- é justificativa para que se negue o acesso à rede de proteção previdenciária aos beneficiários e outro muito mais amigável às grandes empresas, que contam com desonerações, tolerância com relação às grandes dívidas, dentre outras benesses.

Esta assimetria de tratamento perpetua a desvantagem histórica da mão de obra face ao capital, violando por vezes a exploração aceitável da força de trabalho e agora, negando proteção social aos desvalidos no exercício de sua profissão.

Legalizou-se assim, a tolerância à miséria e ao sofrimento humano, frontalmente em desacordo com nosso texto constitucional que aponta como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as

desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quais quer outras formas de discriminação.

A Fraternidade e o altruísmo sempre foram compreendidos pela humanidade a partir das relações de parentesco e convivência em comunidade, muito antes que a sociedade pudesse se organizar, como um sentimento inerente à existência humana. Estes sentimentos estão tão intrinsecamente relacionados ao homem que é impossível separar-los de sua própria consciência.

Com a evolução das sociedades e sua organização, foi possível perceber a necessidade de garantir a todos um mínimo de liberdade e dignidade, ideários cristãos, que por vezes só puderam ser efetivados através da ação do poder judiciário.

O Princípio da Fraternidade surgiu na esteira dos ideais motrizes da Revolução Francesa, porém com menor força que os Princípios da Igualdade e da Liberdade e por vezes foi distorcido na história da humanidade, como na Revolução Francesa, que banhou o país em sangue.

A despeito de toda a incongruência, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789, outro derivado da Revolução, sob a égide de um ser Supremo, insculpiu a fraternidade em seu bojo;

Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

...

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

O Princípio da Fraternidade também já surgira em 1.776, na Declaração de Direitos do bom povo de Virgínia, em meio à luta pela independência dos Estados Unidos da América;

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.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela ONU em 1.948, universalizou os direitos humanos e o seu descumprimento passou a assumir ares de atentado contra o próprio Estado Democrático de Direito, conforme BOBBIO (1.992, p.29-30) assim manifestou;

Com a Declaração de 1.948, na Assembléia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujos efeitos irradiam de forma universal em face os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamado ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos dos cidadãos terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade, ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.

O Princípio da Fraternidade, foi previsto em nosso ordenamento Jurídico na Constituição de 1.988 e a partir de sua incorporação ao nosso sistema legal, tornou-se possível, *a priori*, a sua efetivação.

O preâmbulo da carta já explicita no inciso I do artigo 3º como objetivo primordial a construção de uma *“sociedade livre, justa e solidária”*, sendo que este sentimento de fraternidade permeia também todo o título dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegurando a Igualdade e Liberdade e direito à educação, saúde, moradia, trabalho digno, proteção à maternidade e a gestante, proteção aos desamparados previdência social e segurança, dentre outros. Este Princípio pode ser também observado em outras partes do texto constitucional, quando trata da proteção ao meio ambiente e das minorias.

O artigo 193 da Constituição de 1.988 que dispõe sobre a ordem social, destaca como base o *“primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça sociais”*, destacando o acesso ao trabalho como um meio de diminuir desigualdades e promover o bem estar social. Parece importante reconhecer a laborosidade, neste contexto como um direito essencial para uma sociedade igualitária e justa.

Portanto, para além da legitimidade insculpada nos textos legais, o Princípio da Fraternidade está intimamente ligado com a idéia altruísta internalizada no homem de que somos todos iguais e que a dignidade e a liberdade precisa ser garantida a todos, incluindo aí os direitos sociais.

A alteração normativa de que trata este artigo, sob o pretexto discutível do equilíbrio fiscal do Sistema Previdenciário, trata vil e desumanamente seus

segurados, prejudicando sua recuperação física, sob ameaça de lhes retirarem o sustento. Condena trabalhadores a realizarem suas funções além do limite aceitável da exploração de suas forças de trabalho, retrocedendo centenas de anos de conquistas sociais garantidas à duras penas.

1.2 A ALTA PROGRAMADA E A LEI 13.457/17

Em 7 de julho de 2.016, a edição da MP 739, convertida na Lei 13.457/17, alterou as regras para obtenção de benefícios por incapacidade majorando o tempo de carência para o reingresso no Sistema Previdenciário para 12 meses de contribuição. A MP perdeu sua vigência e o governo no ano seguinte, editou outra com teor idêntico, a MP 767/17. A partir desta data, todos os que haviam perdido a qualidade de segurado, ao reingressar no Sistema, ficaram sem cobertura durante o período de 12 meses para os benefícios de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez e salário maternidade prevalecendo, contudo, as regras de exceção previstas na Lei no caso de benefício decorrente de acidente de qualquer natureza, doença profissional ou do trabalho e do rol do artigo 26, II da Lei 8.213/91.

Ademais, sob o argumento da seletividade de benefícios, passou-se a permitir a convocação a qualquer tempo do segurado em gozo de benefício para que compareça à perícia médica do INSS a fim de averiguar a prevalência da incapacidade para o trabalho, ainda que o benefício tenha sido concedido por meio judicial. Estimulou-se também, sempre que possível a concessão de benefício de incapacidade com a previsão da alta programada.

A famigerada medida provisória perdeu a sua vigência encerrada, porém o Governo Federal editou em 2.017 a MP 767 com teor idêntico, hoje convertida na Lei 13.457/17, que alterou a Lei 8.213/91 sobre o qual destacamos:

Art.60:.....

§11. Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§12. Na ausência de fixação do prazo de que trata o §11, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contados da data da concessão ou de reativação, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação junto ao INSS, na forma do regulamento, observando o disposto no artigo 62.

§13. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento para avaliação das condições que ensejaram a concessão ou manutenção, observado o disposto no art. 101.

Cumprir analisar detidamente o teor do § 11 do artigo 60 acima mencionado preceitua quando possível for, tanto nos atos de concessão quanto de reativação de benefícios de auxílio doença, por via judicial ou administrativa, cumprir fixar-se data para a alta programada. Ora, como pode o *expert* por mais experiente que seja, estimar o prazo para a recuperação dos segurados?

Recordando as palavras de Wagner Balera⁸, nos idos de 2006, em artigo jocoso que criticava pungentemente;

Quem terá sido o gênio que bolou a estimativa precisa, para cada doença, dos dias que a mesma irá durar? Quem terá respaldado esse gênio, conferindo chancela oficial a tão precisa quanto cabalística iniciativa? E por que, afinal, o manual secreto no qual os alquimistas cunharam esses dados importantíssimos não poder ser objeto de consulta por parte da comunidade científica e tampouco por parte dos principais interessados nos seus efeitos, os doentes?

A alta programada surgiu no Brasil com a alteração do artigo 78 do Decreto 3.048/99 ocasionada pela promulgação do Decreto 5.844/06 e executada pelo INSS através da Orientação Interna INSS/DIRBEN nº 138 que hoje se encontra revogada, mas que indicava procedimentos a serem adotados pelos médicos peritos, inclusive retirando-lhes a autonomia para concessão de benefício com prazo superior a um ano, por exemplo, submetendo suas decisões a homologação pelo Serviço de Gerenciamento de Benefícios por Incapacidade.⁹

Ora, dificultar ou impossibilitar o acesso aos benefícios por incapacidade, ou ainda limitar o prazo de sua duração por meios “adivinhatórios” está longe de configurar prestação adequada de proteção contra a contingência doença.

Trata-se de flagrante violação de Princípios Constitucionais da Dignidade da Pessoa Humana e do Direito à Saúde, pois sem qualquer exame médico pericial, determina a volta dos segurados ao trabalho, mediante mera estimativa do tempo que levariam para recuperar-se qualquer que seja a moléstia de que padecem.

Tomemos por exemplo um segurado que sofre de Câncer. É impossível prever o tempo que uma pessoa precise para convalescer de uma moléstia desta natureza. Determinar que alguém se recupere em 120 dias é colocar sobre seus ombros um peso desumano e desnecessário, por vezes até prejudicial à seu restabelecimento. Ameaçar um trabalhador de lhe tirar o rendimento que lhe garanta subsistência é atitude desumana que não atende os requisitos da Lei 8.213/91, que é

⁸ http://www.conjur.com.br/2006-abr-08/quem_foi_genio_estimou_tempo_cura_doencas

⁹ b) a sugestão de limite superior a um ano está sujeita a homologação pelo Serviço/Seção de Gerenciamento de Benefícios por Incapacidade-GBENIN.

justamente garantir ao universo de beneficiários da Previdência Social garantia contra as contingências sociais atendidas pela lei, quais sejam a incapacidade temporária e ou definitiva para o labor.

A nova sistemática normativa joga sobre os ombros do trabalhador desvalido, o ônus de solicitar ao Instituto pedido de prorrogação ou reconsideração de decisão ao final do decurso do tempo da alta programada.

Fomentou ainda mais uma discussão antiga no meio previdenciário, que é a existência do chamado “Limbo Jurídico” de proteção previdenciária, que segundo as palavras de Martinez¹⁰, é uma situação sociologicamente absurda existente no âmbito da previdência social no Brasil.

Por falta de disciplina legal, um segurado que teve negado o auxílio-doença ou extinta a manutenção das mensalidades antes deferidas, por decisão da perícia médica da PAS e que, a despeito de se julgar incapaz, tenta voltar ao trabalho, ele esbarra no impedimento do médico do trabalho da empresa.

A estes trabalhadores, resta a postulação judicial, posto que a legislação não os menciona. *Data máxima vênia*, apesar dos esforços sobre-humanos de inúmeros magistrados, a morosidade da Justiça brasileira é um obstáculo intransponível para quem busca uma tutela emergencial como a subsistência.

A medida gerou e gera situações indignas aos trabalhadores, que precisam se apresentar ao trabalho sem terem recuperado sua saúde, deixando de ser um problema da Previdência Social para se tornar um problema para seu empregador, gerando desemprego.

Deixou de racionalizar ou procurar a distribuição justa dos recursos da previdência para tão somente obstacularizar o acesso aos benefícios por incapacidade, descumprindo os compromissos do Estado de construir uma sociedade justa e fraterna, garantindo aos seus cidadãos acesso à saúde, ao tratamento humanizado e digno, deixando de garantir ao trabalhador os meios necessários para sua subsistência durante o lapso temporal necessário para sua ampla e irrestrita recuperação.

Àqueles em que não resta alternativa a não ser trabalhar além de suas forças para evitar o desemprego ocorrerá agravamento no quadro clínico, ocasionando até invalidez permanente, esta que pelo mesmo famigerado diploma legal, ganhou ares inseguros, passível de revogação a qualquer momento, por uma

¹⁰ MARTINEZ, Wladimir Novaes. Tratado prático de auxílio-doença. São Paulo: LTr, 2017, p.74

perícia médica que é remunerada em razão de sua produção à razão de R\$ 60,00 (sessenta reais) por perícia realizada em benefícios já implantados.

A que nível de degradação se atingiu a ponto de negar-se a efetividade de Princípio Fundante do Estado Democrático de Direito que é a Dignidade da Pessoa Humana, forçando incapazes a trabalhar sem que tenham convalidado.

José Manuel Almansa Pastor¹¹, em tradução livre ensina que;

“Entendida a sociedade como âmbito da vida social e de cobertura das necessidades humanas, ela não pode manter a satisfação das necessidades sociais por si mesma, de costas à realidade estatal e sem receber ação dela, porque as necessidades sociais incidem em cheio o plano dos fins estatais. O Estado com efeito, deve atender à provisão destes bens materiais, espirituais e morais. A partir da perspectiva oposta, a falta ou escassez dos bens citados, ou seja, das necessidades sociais, constitui missão da qual se deve ocupar o Estado.”

Não pode o Estado eximir-se da obrigação assumida no artigo 6º da Constituição Federal de garantir o cumprimento dos Direitos Sociais, dentre eles a Previdência Social, sob pena de perder a própria finalidade.

Ademais, a redação prevê a realização de perícia médica para aferição da persistência da incapacidade em benefícios concedidos judicialmente, gerando grave problema a ser solucionado pelo Judiciário nos casos de Antecipação dos Efeitos da Tutela.

A revisão administrativa realizada a qualquer tempo pelo INSS pode revogar ordem judicial de processo em curso? Não deveria o Instituto promover à revisão destes benefícios somente por via judicial? A ordem insculpida no §12 do artigo 60 da Lei 8.213/91 deve vincular as decisões de antecipação de tutela de processos em andamento?

Estes questionamentos demonstram a situação de insegurança jurídica e de eternização de postulações judiciais de benefícios por incapacidade, que uma vez cessados administrativamente, somente poderão ser reativados judicialmente. Caberá ao judiciário periodicamente a análise do mesmo caso, até que o segurado atinja os 60 anos de idade, hipótese em que a Lei passa a dispensar a convocação periódica à realização de nova perícia médica.

Nas palavras de Balera¹²:

¹¹ PASTOR, José Manuel Almansa. Derecho de La Seguridad Social. Volumen I. 2ª Edición. Madrid. 1977. P. 31.

Na data certa, o computador devidamente programado avisa que determinado segurado, até então doente, deve receber alta. A justificativa nada tem que ver com a doença. Trata-se, mais propriamente, de reduzir custos com a manutenção do benefício do auxílio-doença.

Assim, a MP 739/17 irá gerar um impacto na judicializações dos benefícios por incapacidade, pois sob o fundamento da seletividade, restringiram a universalização de cobertura e atendimento.

Ocorre que a tal seletividade é inócua neste procedimento da alta programada: como identificar as pessoas que serão submetidas aos efeitos do mencionado ato normativo? Isto porque não serão só os segurados que estão em gozo de benefício por incapacidade, mas qualquer um que possa usufruir do benefício futuramente. Percebe-se, destarte, que os segurados que se encontram no gozo de benefícios por incapacidade se agregaram, em virtude da contingência social incapacitante, diante desta determinação legal, que de forma ocasional, comungaram pretensões semelhantes. Isto quer dizer que aquele que está acometido da doença incapacitante está diretamente sob o efeito do ato lesivo editado em favor da Previdência Social, enquanto os demais filiados ao Regime de Previdência, ou até aqueles que se filiarão, são potenciais titulares de direitos lesados.

1.3 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Tendo como seu berço em plena crise econômica alemã nos anos 70, o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social surgiu e nas palavras de Ingo W. Sarlet (2009) trata-se de:

toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)

Em Portugal, em 11 de abril de 1.984, o seu Tribunal Constitucional reconheceu o Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Acórdão 39/84, ao declarar a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional que retirava uma série de direitos sociais, ao revogar parte da Lei nº 56/79, que tratava do Serviço Nacional de Saúde. Considerou o Relator Conselheiro Vital Moreira que o direito à proteção à

¹² Idem.

saúde é um direito social que assume configuração própria e autonomia enquanto direito fundamental específico, sujeito à participação positiva do Estado, portanto não poderia ser extinto por norma infraconstitucional.

A Constituição de 1988 tratou dos direitos sociais nos artigos 6º e seguintes. Estas conquistas alcançadas são resultado de anos de lutas que asseguram o piso vital mínimo, quais sejam: educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, infância e assistência aos desamparados. No que se refere à Previdência Social, o sistema de seguridade buscou proteger o trabalhador contra os riscos sociais que poderiam impossibilitar sua dignidade frente às vicissitudes.

Desta forma, qualquer medida tomada no sentido de diminuir norma constitucional, especialmente as que tratam dos direitos sociais esbarram em flagrante inconstitucionalidade por ofensa ao disposto no artigo 60, § 4º, inciso IV da Carta Constitucional. Portanto, uma vez conquistado este direito não mais pode ser revogado sem que a lei que o originou seja substituída por outra Lei que ofereça garantias equivalentes.

Nas palavras de Canotilho (1999:338-9), o Princípio da Vedação ao Retrocesso:

[...] quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A "proibição de retrocesso social" nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Lênio Streck (2004), aduz que;

Neste ponto, adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição ao retrocesso social que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito.

O projeto apresentado no Brasil de reforma previdenciária é um deles, aleijando os segurados da Previdência Social de direitos garantidos ao longo de anos de avanços sociológicos, sem apresentar nenhuma compensação equivalente, retrocedendo décadas no campo das conquistas sociais, deixando os segurados inseguros quanto ao seu futuro, causando insegurança jurídica.

Todas as reformas previdenciárias já realizadas no Brasil tinham o argumento de que se deveria restabelecer o equilíbrio financeiro e atuarial.

Tal estratégia tem se mostrado danosa sob vários aspectos, pois os índices de desemprego crescem assustadoramente apesar de toda a desoneração concedida ao setor produtivo. A adoção desta *política de austeridade*, sob o argumento de equilíbrio de um sistema em crise, exige cortes de direitos sociais da classe trabalhadora e em contrapartida oferece benesses tributárias aos grandes grupos econômicos.

Por esta razão, há que se fortalecer os preceitos humanistas e sociais estabelecidos em nossa Constituição, para que não haja espaço ao legislador de tergiversar sobre o tema, visando à realização da Justiça Social, como no caso da Alta Programada.

CONCLUSÃO

A universalidade é um dos fundamentos da tutela social, pois, por meio dela, legitima-se a intervenção do Poder Público ao combater os fenômenos da exclusão social em razão da incapacidade laborativa, valorizando a preservando a unidade familiar, incentivando medidas de apoio as pessoas que se encontram neste estado de necessidade social. Tratam-se de efetivações de medidas que possuem como meta final o atingimento da solidariedade social.

A Organização Internacional do Trabalho - OIT sempre se preocupou com a extensão da cobertura da seguridade social, sendo o maior desafio enfrentado pelos sistemas de proteção social de cada nação. Para fazer frente a esse desafio e aos problemas antes explicados, a OIT acordou renovar a campanha para melhorar a cobertura e estendê-la aos necessitados, embora cada país deva determinar uma estratégia nacional que alcance a seguridade social para todos. “A função prioritária do Estado é facilitar, promover e estender a cobertura da seguridade social”; “devemos dar prioridade máxima às políticas e iniciativas que contribuam com a seguridade social, àquelas pessoas que não estejam cobertas pelos sistemas vigentes”, por exemplo, empregados de microempresas, trabalhadores por conta própria ou autônomos, trabalhadores em domicílio ou temporários, participantes no setor informal — muitos deles, mulheres. Para isso, devemos levar em conta as diversas necessidades e capacidades contributivas dos grupos. Quando não for

possível cobrir esses grupos de maneira imediata e obrigatória, deveriam ser introduzidos seguros voluntários, microseguros ou outras medidas como a assistência social.

De forma específica, na América Latina, a situação nos é apresentada de maneira bem peculiar. De acordo com que dispõe a Convenção 152 da O.I.T., mencionado alhures, os mínimos de cobertura de benefícios ali fixados são 20% da força de trabalho residente ou 50% de todos os assalariados ou residentes (mais os cônjuges e filhos). As estimativas de cobertura na América Latina permitem aplicar o primeiro parâmetro. Em 1980, a média era de 61,2% da força de trabalho em benefícios, a qual triplicava a cobertura mínima cogitada pela OIT; excluindo o Brasil, que tinha 54% da força de trabalho, a média regional de cobertura diminuía para 42,7%, mas ainda era o dobro do mínimo. Atualizado tal cálculo, tendo por base sobre 1990 (antes das reformas estruturais, exceto no Chile), e o resultado foi 63,4%, um aumento de quase 3 pontos percentuais em relação a 1980. Excluindo o Brasil, que tinha 45% da força de trabalho, a cobertura regional reduzia para 44,4%, um aumento sobre 1980 e o dobro do mínimo da OIT (cobertura de Mesa-Lago e Bertranou, 1998; força de trabalho em 1990 da CEPAL, 2003a). A OIT estimou que os sistemas de seguridade social, na maioria dos países em desenvolvimento, cobrem menos da metade dos empregados assalariados, de maneira que a América Latina estava acima dessa porcentagem. Além disso, havia, no final da década de 80 e começo da década de 90, diferenças importantes entre os Países.

A cobertura de benefícios, no grupo pioneiro-alto, oscilava entre 73% e 87%; no grupo intermediário, entre 13% e 64%; e no grupo tardio-baixo, entre 9% e 27%; a cobertura de benefícios era inferior a 20% da força de trabalho somente em cinco países. Em meados dos anos 90, os beneficiários, enquanto porcentagem da população maior de 64 anos, constituíam 100% na Argentina, no Brasil e no Chile; 72% no Panamá; 47% no México; 30-36% no Equador, em El Salvador e na Nicarágua.

Os fatores que explicam as diferenças na cobertura são a idade do sistema, o grau de industrialização e urbanização e o tamanho do setor formal ou assalariado. Os países do grupo pioneiro-alto têm os sistemas mais antigos e as proporções mais altas de industrialização, urbanização e força de trabalho assalariada, enquanto que os do grupo tardio-alto têm os sistemas mais recentes e as menores proporções de industrialização, urbanização e força de trabalho assalariada, a maioria de sua força de trabalho é informal ou agrícola e está excluída da cobertura.

A cobertura nos países menos desenvolvidos (parte do grupo intermediário e todo o grupo tardio baixo) começou, usualmente, pela capital, logo se estendeu às áreas urbanas, mais tarde cobriu plantações agrícolas para exportação etc.

Ao contrário, no Brasil, são várias as medidas políticas para afastar o alcance daquele se encontra descoberto pelo manto previdenciário refutando a efetivação da inclusão social.

Denota-se, assim, a despreocupação do Poder Público com a questão social, em razão de *políticas de austeridade*, onde se cortam direitos sociais para fornecer apoios financeiros a grandes economias.

A necessidade de uma visão humanitária sobre a questão é urgente. Os analistas e economistas transformaram a força humana de trabalho em números. A busca pelos lucros cada vez maiores fez com que as pessoas perdessem a sua face, suas características, suas necessidades. Nestes turbilhões de números, de ativos e passivos, de liquidez e lucros, as autoridades competentes se olvidam que atrás dos números e dos papéis, estão seres humanos.

Pessoas que possuem direito, porquê contribuem mensalmente, ao piso vital mínimo, ao afastamento para restabelecimento de sua saúde, a não ser tratado como um parasita do dinheiro público, a ser recebido fraternalmente nos estabelecimentos públicos.

REFERÊNCIAS

- BALERA, Wagner. **Sistema da Seguridade Social**. 5ª Edição, Editora LTr. São Paulo: 2009
- _____. Alta programada. Quem foi o gênio que estimou tempo de cura para doenças? Artigo publicado no site Consultor Jurídico, disponível no site: http://www.conjur.com.br/2006-abr08/quem_foi_genio_estimou_tempo_cura_doencas, acessado em 12/02/2017.
- BARROSO LEITE. Celso. **A proteção social no Brasil**. São Paulo: LTr, 1972.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1.992, P.29-30.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. 14 reimp. Coimbra: Editora Almedina, 1.941. p. 338 e 339.
- COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. Edições Trabalhistas: Rio de Janeiro, 2ª Edição.
- LEAL, Edson Pereira Bueno. **Absolutismo da Inglaterra**. 2003. Disponível em <<http://www.usinadeletras.com.br/exibelotexto.php?cod=220-92&cat=Artigos&vinda=S>>
- LOUREIRO, João Carlos. **Direito da Segurança Social**. Coimbra. Coimbra Editora, 2014.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Tratado prático de auxílio-doença**. São Paulo: LTr, 2017, p.74
- PASTOR, José Manuel Almansa. **Derecho de La Seguridad Social**. Volumen I. 2ª Edición. Madrid. 1977.
- ROUAST, DURAND, DUPEYROUX, André, Paul, Jean-Jacques. **Securité Sociale**. DALLOZ. 1.961. p.2

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Previdência Social**. Rio de Janeiro. Forense. 1988.

SERAU JR, Marco Aurélio. **Resolução de Conflito previdenciários e direitos fundamentais**. São Paulo: LTr, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais-RBEC**. Belo Horizonte, ano3, n 11, Jul./set.2009.

STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ATUAÇÃO DA PASTORAL DA CRIANÇA NA CONSTRUÇÃO DA PAZ SOCIAL

Francisca Fabiana da Silva¹

José Carlos Martins da Silva²

Ivanaldo Santos³

RESUMO

O presente trabalho configura-se como um estudo acerca da atuação da Pastoral da Criança no controle social das políticas públicas de saúde. A proposta busca descrever as ações desenvolvidas pela entidade, enquanto uma experiência que favorece a construção da cidadania e, conseqüentemente da paz social. As atividades desenvolvidas pelos voluntários, capacitados pela Pastoral da Criança, nos espaços políticos e sociais, semeiam esperança junto a um povo sofrido, esquecido pela sua condição social, e ao mesmo tempo, fortalecem a comunidade. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa em que analisamos a ação da entidade a luz dos seus materiais educativos e das ações observadas pela pesquisadora na Diocese de Caicó, no Estado do Rio Grande do Norte. Como pressupostos teóricos utilizamos os estudos de Gohn (1997, 2009, 2010, 2011), Nascimento (2006), entre outros. Os resultados revelam que as ações desenvolvidas pela Pastoral da Criança aliadas à participação política dos voluntários nos conselhos municipais de saúde, contribuem para a melhoria das políticas públicas de saúde, e conseqüentemente no estabelecimento de uma paz social, uma vez que, se constituem como práticas sociais efetivas de construção da cidadania.

Palavras-chave: Participação; Políticas Públicas; Saúde; Paz Social.

INTRODUÇÃO

O Brasil está entre os países que apresenta os maiores índices de concentração de renda, e conseqüentemente, de desigualdade social. Embora, a partir de 1988, tenhamos elaborado uma constituição cidadã que preconiza a universalização de direitos humanos e sociais como direitos de todos e dever do estado, e que sua efetivação deve acontecer por meio de políticas públicas que atendam às necessidades da população, na prática, essa é uma realidade, ainda muito distante, de ser alcançada.

¹ Doutoranda PPGE/UERN. E-mail: fabianaccora@hotmail.com

² Especialista/UNIFACEX. E-mail: jcms_23@hotmail.com

³ Professor do PPGE/ UERN. E-mail: ivanaldosantos@yahoo.com.br

A Pastoral da Criança é um organismo de ação social da Igreja Católica, criado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), em 1983, idealizada pela médica pediatra e sanitarista Zilda Arns Neumann. Sua preocupação primeira é com o resgate da dignidade humana numa perspectiva ontológica e espiritual. A pastoral da Criança compreende o ser humano não apenas inserido numa cultura de uma cidade, mas o ser humano numa perspectiva integral, enquanto portador de uma espiritualidade, de uma poesia, de uma dimensão família e fraterna.

Nessa direção, como organização comunitária, seu trabalho é baseado, sobretudo, na partilha do saber. Seu principal objetivo é promover o desenvolvimento integral de crianças pobres, tanto em seu contexto familiar quanto comunitário, a partir de ações preventivas de saúde, educação, nutrição e cidadania.

Ao longo de sua trajetória de ação em promoção dos direitos sociais das pessoas mais carentes, a pastoral da criança entendeu que para atuar no enfrentamento as principais causas da mortalidade infantil das crianças, não era suficiente o desenvolvimento, apenas, de ações socioeducativas e preventivas, mas era preciso investir na formação política dos seus voluntários para atuar na defesa e promoção de direitos, através da atuação no controle social das políticas públicas, especialmente de saúde.

Nessa perspectiva, a Pastoral da Criança passou a investir em formação de lideranças comunitárias para atuar como articuladores junto aos conselhos municipais de saúde, comprometidos com a defesa do Sistema Único de Saúde – SUS, lutando por melhorias na qualidade dos serviços públicos, através da participação qualificada de pessoas nesses espaços.

Assim, esta ação da Pastoral da Criança, presente na maioria dos municípios do Brasil, apresenta-se como uma experiência exitosa de organização da sociedade civil, na construção de práticas e conhecimentos permanentes sobre controle social na saúde, que geram transformações positivas na vida da comunidade, pois promovem o resgate da dignidade humana por meio do acesso aos direitos sociais que são fundamentais para o estabelecimento da paz social, sobretudo das famílias em situação de vulnerabilidade e risco.

Nesta perspectiva, este estudo encontra-se norteado pela seguinte questões de pesquisa: Como a ação da Pastoral da Criança nos conselhos municipais de saúde contribui para a construção da cidadania, na perspectiva do estabelecimento da paz social? No intuito de responder essa questão, estabelecemos como objetivo deste trabalho descrever a experiência de atuação da Pastoral da no Controle Social na Saúde, através da ação dos articuladores nos conselhos de saúde.

Mediante os objetivos e as especificidades do objeto de pesquisa, priorizamos uma metodologia de natureza qualitativa. Assim, o estudo teve como base principal de informação, a análise documental dos materiais educativos produzidos pela entidade e utilizados nas capacitações dos voluntários, seguido de observação, por parte da pesquisadora, das ações realizadas pelos articuladores da Pastoral da Criança da Diocese de Caicó no RN, além do acesso aos relatórios de atividades e de acompanhamento dos mesmos.

Como pressupostos teóricos contamos com as contribuições de diversos autores, entre eles Gonh (2003, 2009, 2010, 2012), que analisa os conselhos como espaços de inovação nas políticas públicas que ao fazerem a mediação entre sociedade civil e o poder público constroem um novo domínio de exercício do controle social. (GONH, 2011) e Nascimento (2006) que discute as estratégias e políticas da Pastoral da Criança em favor da promoção da educação, saúde e desenvolvimento da criança e da família.

Salientamos que neste estudo não pretendemos fazer nenhuma grande abordagem sobre a temática da paz social, mas, trataremos, apenas, da relação da Pastoral da Criança como um importante elemento de integração e reintegração social na região do Seridó, do RN, e por conta disso, é possível estabelecer uma paz social. Nesse sentido, avaliamos que a pesquisa tem uma grande relevância social, pois permite sistematizar informações sobre uma experiência de intervenção efetiva da sociedade civil no espaço sociopolítico que promove ações que favorecerem a construção da cidadania, e consequentemente a paz social.

1 PARTICIPAÇÃO E CONTROLE SOCIAL DA SAÚDE: CAMINHOS PARA A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

O Estado brasileiro se constituiu historicamente a partir de processos fundamentados na exploração, violência e no autoritarismo, marcado fortemente pela desigualdade e exclusão social. Um dos grandes marcos desse processo é a colonização portuguesa, que foi uma das mais opressoras da América Latina, uma vez que desconsiderou as práticas culturais, econômicas e sociais dos povos indígenas que viviam no país, antes da chegada dos portugueses. Assim, a formação social e cultural brasileira é resultante, em grande parte, das tensões, conflitos e encontros travados a partir de 1500.

Dentre outros marcos históricos do país, merece destaque o período da segunda metade da década de 80, quando inicia no Brasil um movimento conhecido como redemocratização do país, resultante por um lado do desgaste e esgotamento das formas de dominação política existentes, o Brasil vivia, desde 1964, numa ditadura militar, aliado à mobilização de setores da sociedade civil, movimentos

sociais e organizações de categorias, em torno do fim do regime ditatorial e pelas diretas já.

Desse momento histórico de mobilização da sociedade resultou a criação da Constituição Federal de 1988, denominada como Constituição Cidadã, um marco na história do país que possibilitou inúmeros avanços, entre eles, a implantação da democracia representativa e participativa, que conferiu ao cidadão o direito de atuar de forma legítima e constitucional da vida política nacional, não apenas elegendo pessoas para representá-los, mas atuando em processos de decisão política e de controle social.

Ao tratar dos avanços trazidos pela constituição, no que diz respeito a participação do cidadão, Raichelis (2008, p. 38), esclarece que “a carta constitucional definiu novos canais que apontam para a ampliação da participação popular nas decisões públicas e propôs a adoção do plebiscito, do referendo e de projetos de iniciativa popular”.

Estas questões são discutidas pela Igreja Católica na Campanha da fraternidade de 1996, que teve como tema Fraternidade e Política e objetivo contribuir com a formação política dos cristãos para que exerçam sua cidadania sendo sujeitos da construção de uma sociedade justa e solidária. Sobre isso, o manual de estudo da CF 1996, destaca que,

a criação da democracia é a criação das condições necessárias para que os homens, como cidadãos, rompam o isolamento e a sua desagregação social e ocupem o espaço público, através da discussão, da negociação, do diálogo e da decisão. Forja-se assim, um novo sentimento do viver em comum, onde ninguém é excluído da efetiva participação dos bens da sua nação. (CONFERENCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL, 1996, p. 54).

Nessa direção, dentre as ações concretas resultantes desse processo de luta em torno da construção da Constituição Federal de 1988, está o direito de participar das decisões sociais e políticas por meio dos conselhos gestores de políticas públicas, espaços constitucionais de participação social construídos a partir da constituição, que possibilita ao cidadão opinar, deliberar e incidir politicamente nas questões relacionadas as políticas públicas. Dessa forma, a constituição dos conselhos inaugura uma nova cultura política na relação entre a sociedade e o Estado, uma vez que, participar da gestão pública passa a ser um direito garantido constitucionalmente e um dever do cidadão.

Nessa perspectiva, a participação popular é uma das diretrizes estabelecidas nos princípios doutrinários do Sistema Único do Saúde - SUS, definida

como a garantia constitucional de que a população, através de suas entidades representativas, poderá participar do processo de formulação das políticas e do controle social em todos os níveis. Nesse sentido, dentre os conselhos gestores de políticas públicas criados, estão os conselhos municipais de saúde, sua constituição se efetivou mediante a Lei Federal 8.142/90, que dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do SUS, e institui as conferências e os conselhos de saúde em cada esfera de governo (BRASIL, 1990). No seu parágrafo 2º, a Lei 8.142/90 define que,

o conselho de saúde, em caráter permanente e deliberativo, órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, atua na formulação de estratégias e no controle da execução da política de saúde na instância correspondente, inclusive nos aspectos econômicos e financeiros, cujas decisões serão homologadas pelo chefe do poder legalmente constituído em cada esfera de governo (BRASIL, 1990).

A participação nos conselhos de saúde se dá por meio de representação paritária. Esta paridade é representada pela seguinte composição: 50% de entidades e movimentos representativos de usuários, 25% de entidades representativas dos trabalhadores da área de saúde e 25% de representantes de governo e prestadores de serviços privados conveniados, ou sem fins lucrativos. Assim, os conselhos de saúde devem se reunir no mínimo uma vez por mês e extraordinariamente quando necessário, tendo como base o regimento interno que estabelece as normas de seu funcionamento, bem como, as atribuições dos conselheiros e membros da mesa diretora, composta geralmente pelo presidente, vice-presidente e secretária, podendo contar com quadro de pessoal para assessoramento técnico.

O Conselho de Saúde é um instrumento plenamente legitimado pelos princípios constitucionais e por leis que o regulamentam para o exercício do controle social das políticas e a gestão de saúde, em cada esfera de governo – nacional estadual e municipal, propondo encaminhamento e diretrizes para as políticas públicas de saúde. No entanto, muitos são os entraves que impedem o funcionamento pleno dos conselhos de saúde na prática como instâncias capazes de fiscalizar, deliberar e propor políticas públicas de saúde. Observamos que, a maioria dos conselhos municipais, não dispõem de uma estrutura mínima para funcionamento, tais como: capacitação específica para os conselheiros, orçamento para realização de ações, equipe técnica, além da falta de reconhecimento por parte da população da sua importância como representação dos interesses da sociedade.

2 PASTORAL DA CRIANÇA: UMA EXPERIENCIA EFETIVA DE CONSTRUÇÃO DA PAZ SOCIAL

A Pastoral da criança surgiu no Brasil no início da década de 80 e tem suas raízes históricas ligadas aos movimentos de renovação da igreja católica que se propunham a atuar de forma mais voltada para o social. Essa nova perspectiva era influenciada pelos princípios do Concílio Vaticano II, quando bispos de várias partes do mundo, se reuniram para discutir novos rumos para a igreja, debatendo, especialmente, a sua opção preferencial pelos pobres, a centralidade de suas ações voltadas para os mais excluídos da sociedade, priorizando em suas ações o enfrentamento da miséria e das injustiças sociais.

Para Nascimento (2006, p. 3) “a configuração das pastorais como organismos promotores de ação socioeducacional e religiosa, surgem neste contexto e se constituem como uma nova dinâmica de intervenção nas comunidades”. Esses novos arranjos marcam a abertura da igreja para as questões sociais, orientadas por um conjunto de textos construídos para subsidiar as questões da vida social da Igreja, sistematizados no Compêndio da Doutrina Social da Igreja, documento que reúne reflexões fundamentais do pensamento Católico sobre essas questões (CNBB, 2008).

E assim, o surgimento da Pastoral da Criança está ligado a fatores sociais, políticos e econômicos do país da década de 80, e ao redimensionamento da Igreja Católica frente às questões sociais da época, que provocavam a instituição a apresentar propostas de enfrentamento às problemáticas sociais direcionadas às comunidades mais pobres.

Portanto, a problemática social, principal, que inspirou a necessidade de criação da Pastoral da Criança foram as altas taxas de mortalidade infantil identificadas, na época, no Brasil, resultantes da miséria que atingia grande parte da população brasileira, ligada à falta de políticas públicas de superação da pobreza e promoção de cidadania. Sobre isso, o Guia do Líder da Pastoral da Criança afirma que, “uma das causas mais importantes das doenças e mortalidade infantil, traduzem-se por carências múltiplas: alimentação incorreta água não potável, insegurança habitacional, degradação do meio ambiente, ausência de educação e não acesso aos cuidados de saúde (PASTORAL DA CRIANÇA, 2000, p.33).

Em face a esse contexto, em 1982, numa reunião sobre a paz mundial da Organização das Nações Unidas (ONU), o então diretor Executivo do UNICEF, James Grant, convenceu Dom Paulo Evaristo Arns, na época Cardeal Arcebispo de São Paulo, de que a igreja poderia ajudar a salvar a vida de muitas crianças que morriam de doenças facilmente preveníveis, como as inúmeras mortes de crianças pela desidratação causada pela diarreia, uma vez que milhões de crianças poderiam

ser salvas se as mães fossem orientadas sobre como combater a desidratação através da preparação do soro caseiro.

Voltando ao Brasil, Dom Paulo confiou à Zilda Arns Neumann, médica sanitária, a tarefa de pensar como tornar essa proposta concreta. Assim, foi apresentada para Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB em 1983, uma proposta de criação da Pastoral da Criança como uma proposta de trabalho da Igreja com a missão de salvar vidas e resgatar a dignidade humana através de ações que reduzissem os altos índices de mortalidade infantil. A nova pastoral apresentava em sua base um trabalho educativo que pretendia orientar as famílias na comunidade. A dinâmica consistia em capacitar voluntários em ações básicas de saúde, educação e cidadania para atuar como multiplicadores junto as famílias mais pobres. Assim, inicialmente o trabalho foi implantado na cidade de Florestópolis no Paraná, que apresentava o maior índice de mortalidade infantil do estado, com 127 óbitos por mil nascidos vivos. (PASTORAL DA CRIANÇA, 2000, p. 7).

Três décadas depois, os líderes não encontram mais as cenas desoladoras de crianças desnutridas quando visitam as famílias nas comunidades de Florestópolis. Vários fatores contribuíram para melhorar a realidade social da pequena cidade e, entre eles, estão as ações preventivas promovidas pela Pastoral da Criança na atenção às crianças e gestantes. Programas tão bem-sucedido que, muitos deles, foram adotados ou adequados como políticas públicas de saúde, a exemplo dos Agentes Comunitários de Saúde, criados pelo Governo Federal a partir da experiência exitosa da Pastoral da Criança no país.

O resultado foi comprovado: entre as crianças pobres acompanhadas pela Pastoral da Criança no ano de 2008, a mortalidade infantil foi de 13 mortes por mil nascidos vivos. Enquanto, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2010), a taxa brasileira da mortalidade infantil no mesmo ano foi de 23,3 por mil nascidos vivos, ou seja, um número bem superior ao alcançado pela Pastoral da Criança em Florestópolis-PR. Sobre os dados levantados, o técnico da Pastoral da Criança Bouffleur declara que, “isso sem contar que atuamos em comunidades essencialmente pobres, nas quais a média de mortalidade costuma ser o dobro da taxa nacional” (INSTITUTO GOVERNAR, 2010, p. 16).

Ao longo desses 35 anos de atuação, a Pastoral da Criança é a maior organização social composta por voluntários do Brasil, voltada para questões sociais, e conta com mais de 190 mil voluntários capacitados, sendo que 88% dos voluntários são mulheres. Esse aspecto destacado, mostra que a experiência da Pastoral da Criança, além de se constituir numa grande ação promotora de dignidade humana, significou para muitas mulheres o rompimento de uma vocação cultural que restringia sua atuação apenas ao ambiente doméstico, possibilitando que as mesmas se envolvessem ativamente em processos educativos emancipatórios. Sua participação,

geralmente superando a dos homens, “não se limita só às organizações especificamente femininas, mas estende-se a praticamente todas as outras e às comunidades eclesiais de base, assumindo, também, posições de liderança” (REIMBERG, 2006).

Os resultados alcançados pela Pastoral da Criança são significativos e mostram a grande capacidade da instituição de mobilizar e sensibilizar pessoas voluntárias para atuarem em defesa da promoção e do desenvolvimento integral das crianças pobres. As práticas sociais desenvolvidas nas comunidades mais vulneráveis despertam a solidariedade, a fraternidade e motivam as pessoas a agirem de maneira coletiva em favor da dignidade humana e da construção da cidadania plena junto às famílias mais carentes.

Dessa forma, motivados pelas conquistas obtidas e pelos desafios que a realidade social, econômica e política do país impõe, a Pastoral da Criança a partir de 2003, incorporou em suas diretrizes uma ação voltada para fortalecimento e ampliação da participação popular no controle social das políticas públicas de saúde. A ação que tem como tema “O articulador junto ao conselho de saúde” utiliza como estratégia de intervenção a capacitação de voluntários para acompanhar as ações do conselho de saúde dos seus municípios, no intuito de contribuir para melhorar as condições de saúde de sua comunidade.

Os voluntários, chamados de articuladores do conselho de saúde, são capacitados para desenvolver a ação a partir da metodologia do ver, julgar, agir, avaliar e celebrar na comunidade, método que nasceu na França e foi adotado posteriormente na América Latina, pela Teologia da Libertação, que tem como foco refletir sobre as principais problemáticas que atingem as famílias, a luz do evangelho, para assim descobrirem coletivamente propostas para serem apresentadas ao conselho de saúde, e, dessa forma, contribuir com a melhoria do serviço de saúde na comunidade.

A ação é orientada por indicadores de saúde elaborados pela equipe técnica da Pastoral da Criança. “Os indicadores são fontes de informações, que apontam tendências e contribuem para uma ação concreta e imediata” (PASTORAL DA CRIANÇA, 2008). Os principais indicadores que orientam a ação são: Mortalidade infantil, o uso do antibiótico em crianças, frequência das reuniões do Conselho e a elaboração de ações preventivas, na família, na comunidade e no serviço de saúde.

Dentre as atribuições e atividades desenvolvidas pelos articuladores de saúde da Pastoral da Criança estão: participar de reuniões mensais da Pastoral da Criança e do Conselho Municipal de Saúde; realizar o estudo da morte de crianças ocorridas no seu município e visitas mensalmente às unidades básicas de saúde da comunidade para verificação da quantidade de antibióticos que é aplicado nas

crianças, e se nessas unidades, oferecem a 1º dose para criança, ainda no Posto de Saúde.

Uma das importantes tarefas do articulador é estudar a história da morte da criança do seu município, a fim de conhecer suas causas e assim poder elaborar propostas para que outras mortes sejam prevenidas, juntamente com a família e a sociedade. A mortalidade infantil, entre crianças menores de 1 ano, é um dos indicadores mais importantes para avaliar a saúde de um país ou município. “A solução para evitar a morte de crianças pode estar na família, comunidade, no serviço de saúde e na formulação de políticas públicas de saúde, que possibilite a melhoria do acesso, qualidade e humanização do serviço de saúde” (PASTORAL DA CRIANÇA, 2008, p. 10).

As informações obtidas pelos articuladores são debatidas, inicialmente junto aos líderes da Pastoral da Criança, as famílias acompanhadas na comunidade e depois levadas para discussão no Conselho Municipal de Saúde. Dessa forma, a ação promovida pela Pastoral da Criança constitui uma experiência concreta de participação da sociedade civil organizada nos espaços de discussão das políticas públicas, mostrando que é possível orientar a comunidade para acompanhar as ações de saúde.

Os voluntários ao se capacitarem passam a entender que saúde é um direito do cidadão e dever do Estado, fundamentado a partir da Constituição Federal de 1988 e do Sistema Único de Saúde -SUS e, assim, constroem práticas efetivas de estabelecimento da paz social, na medida que exigem transparência na aplicação dos recursos públicos da saúde, visando à defesa do SUS, exercendo o seu papel de cidadão no exercício do controle social, por meio de uma participação qualificada nos espaços de poder e decisão. Desse modo, a Pastoral da Criança ajuda a construir um importante espaço crítico de participação popular voltado para as questões de saúde da população.

E, diante do baixo poder de mobilização dos movimentos populares na atual conjuntura política brasileira e da ausência de uma sociedade civil organizada, os sujeitos da sociedade civil, que participam dos conselhos, não possuem informação suficiente, capacitação teórica e política necessárias ao exercício da participação nestes fóruns de negociações coletivas, dificultando a efetivação do controle social. Os articuladores da Pastoral da Criança ao receberem capacitação sobre o conselho de saúde e o Sistema Único de Saúde - SUS ampliam sua visão sobre a realidade e conhecimento de saúde e, assim, procuram contribuir para melhorar as condições de saúde da população.

Observamos que os voluntários que atuam como articuladores de saúde constroem uma identidade social e responsiva a partir dos processos educativos oportunizados pela Pastoral da Criança. A ação multiplicadora visa à mudança de

vida da criança e da família, que terão conhecimentos e informações necessárias para exigirem direitos, denunciar a injustiça e a falta de condições dignas de vida. Por sua vez, esses voluntários adquirem uma consciência crítica, mobilizam-se, agem em prol da mudança social. Desse modo, percebemos que é uma luta organizada, com práticas estabelecidas e discutidas desde a base.

CONCLUSÃO

O trabalho sobre a ação desenvolvida pela Pastoral da Criança no controle social junto aos conselhos de saúde com intuito de verificar como a entidade contribui para a construção da paz social, possibilitou nos debruçarmos, de maneira acadêmica, sobre uma experiência de participação efetiva da sociedade em espaços sociais, que produz mudanças e transformações sociais na vida de famílias e crianças de comunidades mais vulneráveis.

Observamos que a experiência analisada contribui para um efetivo exercício de cidadania por meio do desenvolvimento de processos que possibilitam aos voluntários ultrapassarem as fronteiras da comunidade para atuar em outros espaços sociais, uma vez que, os mesmos passam a participar das reuniões dos conselhos municipais de saúde, discutem e debatem sobre as políticas públicas de saúde, visitam postos de saúde da comunidade e atuam na fiscalização dos serviços públicos disponíveis à população. Dessa forma, ressaltamos que a metodologia utilizada pela entidade permite aos indivíduos se fortalecerem enquanto sujeitos sociais e políticos, e se engajarem em ações coletivas que possibilitam o exercício da cidadania e, conseqüentemente o estabelecimento da paz social.

Para tanto, a Pastoral da Criança, atualmente, é reconhecida como uma organização comunitária, que motivada pelos princípios da fé cristã, da solidariedade e da fraternidade, realiza uma importante ação socioeducativa voltada para famílias e crianças de comunidades carentes. Essas ações contribuem de maneira significativa para a construção da cidadania, na medida em que, pessoas voluntárias são capacitadas para atuarem como multiplicadoras de informações sobre ações básicas de saúde, educação, nutrição e passam, também, a participar de debates, atuando como representantes da Pastoral da Criança nos conselhos de políticas públicas de saúde, levando as problemáticas locais vivenciadas nas áreas de maior vulnerabilidade social para serem ouvidas pelos gestores e discutidas nos conselhos de saúde.

Nesse sentido, destacamos que o trabalho da Pastoral da Criança se constitui numa experiência que contribui para a construção da cidadania e o estabelecimento de uma paz social, uma vez que mobiliza, organiza e capacita

peçoas de comunidades pobres para participar de maneira qualificada da luta pela efetivação dos direitos sociais básicos, especialmente o direito a saúde de qualidade.

REFERÊNCIAS

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

_____. Ministério da Saúde. Secretaria da Atenção à Saúde. Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990.

CONFERENCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL. **Fraternidade e Política**: justiça e paz se abraçaram: Manual/CNBB. São Paulo: Salesiana Dom Bosco, 1996.

_____. **Compêndio da doutrina Social da Igreja** / Pontifício Conselho “justiça e paz”. 4 ed. São Paulo: Paulinas, 2008.

GOHN, Maria da Glória. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. São Paulo: Cortez, 2011.

_____. **Movimentos sociais no início do século XXI**. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. **Movimentos sociais e educação**. São Paulo: Cortez, 2009.

_____. **Teoria dos movimentos sociais**: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 1997.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**: população residente, resultados do universo segundo mesorregiões, microrregiões, municípios, distritos, subdistritos e bairros: Rio Grande do Norte. [online]: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://www.ibge.com.br>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

INSTITUTO GOVERNAR. **Revista Governar Cidades**. Ano 1. n.01, p. 8-16, fev. 2010.

MESQUITA, Maria Tereza da Silveira. **A percepção dos conselheiros do município de Pau dos Ferros/RN sobre a sua atuação no Conselho Municipal de Saúde**. Natal, RN, 2003. 40f. Monografia (Especialização) em Equipes Gestoras dos Sistemas e Serviços de Saúde – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2003.

NASCIMENTO, José Mateus. **Um Evangelho segundo a Pastoral da Criança: por uma pedagogia de sobrevivência**. 2006. 265f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, 2006.

NEUMANN, Zilda Arns. **Zilda Arns Neumann**: ela criou uma rede de solidariedade que salva centenas de milhares de crianças brasileiras. Belo Horizonte: Leitura, 2003.

_____. **Guia do líder da Pastoral da Criança**. 2. ed. Curitiba: Posigraf, 2000.

_____. **Guia do líder da Pastoral da Criança**. 5. ed. Curitiba: Posigraf, 2000.

_____. **Nós Somos a Pastoral da Criança**: nossa história e organização. Brasília: Pastoral da Criança, 1998.

PASTORAL DA CRIANÇA. **Guia do líder da Pastoral da Criança**: Para países de língua portuguesa. 22. ed. Curitiba., 2011.

_____. **O Articulador junto ao conselho de saúde**. Curitiba: [s.n.], 2008. (Série Participação e Controle Social).

RAICHELIS, Raquel. **Esfera pública e conselhos de assistência social**: caminhos de construção democrática. São Paulo: Cortez, 2008.

REIMBERG, Cristiane Oliveira. **Dois olhares sobre a relação entre jornalismo e a Pastoral da Criança**: a comunicação popular do jornal da entidade e a cobertura jornalística da Folha de S.Paulo. São Paulo. 164f. Monografia (Especialização em Jornalismo Social) - Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

A APOSENTADORIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA:

UMA ANÁLISE A PARTIR DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE

Lafayette Pozzoli¹

Larissa Fatima Russo França²

RESUMO

A presente pesquisa analisa o princípio da fraternidade como direito constitucional e conectado ao princípio da dignidade humana. Assim, exercem influência direta na aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência. Para tanto, a pesquisa apresenta a modalidade do benefício previdenciário citado e, porque este deve ser estudado sob a ótica dos princípios constitucionais da dignidade humana e da fraternidade, vez que todos os trabalhadores brasileiros colaboram para a previdência social almejando um dia aposentar-se. A metodologia utilizada será de caráter hipotético-dedutivo a partir de pesquisa bibliográfica. É esperado chamar atenção dos pesquisadores, dentro de um processo interpretativo do direito, para os elementos destes institutos como forma de aprimorar o ordenamento jurídico e a construção do direito.

Palavras-chaves: Previdência. Pessoa com deficiência. Fraternidade. Direito Constitucional. Dignidade da Pessoa Humana.

¹ Advogado. Professor, Coordenador do Mestrado em Direito e Pró-Reitor de Pós-Graduação, Pesquisa e Extensão no UNIVEM/Marília, Professor e foi Chefe de Gabinete na PUC-SP. Possui graduação em direito, Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Pós-Doutorado pela Universidade La Sapienza, Roma (2002). Líder do Grupo de Pesquisa: GEP Grupo de Estudos e Pesquisas - Direito e Fraternidade - Univem. Membro do Conselho Editorial da Revista EM TEMPO e da Revista de Direito Brasileira - RDBras, do CONPEDI. Avaliador para cursos de direito INEP/MEC. Foi membro da Comissão de Ensino Jurídico, do Tribunal de Ética - TED-1 e da Comissão da Pessoa com Deficiência da OAB/SP. Foi sócio efetivo do IASP - Instituto dos Advogados de São Paulo. lafayette@lafayette.pro.br

² Mestranda em Teoria Geral do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista CNPq sob orientação do Prof. Dr. Lafayette Pozzoli. Integrante do grupo de pesquisa GEP - Direito e Fraternidade, certificado pelo CNPq e UNIVEM. Pós-graduanda em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Graduada em direito pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente. Presidente da Comissão das Mulheres Advogadas da subseção de Osvaldo Cruz/Sp. Advogada. Larissa.francozo@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O tema foi escolhido por proporcionar o debate acadêmico. Analisa quais os segurados que terão direito a aposentadoria por tempo de contribuição, em se tratando da pessoa com deficiência, e o que é considerado deficiência para a atual legislação previdenciária.

Ademais, a presente pesquisa também aborda o princípio da fraternidade, presente no preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, e o impacto deste sobre o benefício previdenciário acima citado.

O presente trabalho buscou entender como se relacionam a interpretação das normas jurídicas junto ao princípio fraterno. Estuda-se o direito de toda uma coletividade almejando uma sociedade justa, fraterna e igualitária.

Analisou-se o princípio da fraternidade e suas origens na Revolução Francesa, sendo que os ideais revolucionários, liberdade e igualdade, já são consolidados como importantes valores jurídicos e, a fraternidade deve adentar a este campo também para fins de orbite-se o equilíbrio e amparar as pessoas.

Verificou-se que a fraternidade pode atuar no campo da seguridade social principalmente nos benefícios em que auxiliam as pessoas com deficiência, pois quando o legislador instituiu que tais pessoas teriam o seu tempo de contribuição para a concessão de sua aposentadoria reduzida, pensou no bem-estar comum e, efetivou a máxima aristotélica: “tratar desigual os desiguais na medida de sua desigualdade”.

Destaca-se que os trabalhadores brasileiros todos os meses têm descontos em seus salários para contribuir com a previdência social. Por meio destes descontos, o trabalhador de hoje paga o benefício previdenciário do trabalhador de ontem e assim sucessivamente, em toda a seguridade é perceptível a presença do princípio da fraternidade, pois contempla toda a comunidade, não um trabalhador específico.

Ao abordar a fraternidade como princípio constitucional tem-se uma nova cidadania, vez que a Constituição da República Federativa do Brasil convoca a todos que são submetidos à ordem jurídica, para efetivar a construção de uma sociedade justa e fraterna.

1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA FRATERNIDADE E SEGURIDADE SOCIAL

A fraternidade como princípio jurídico que tem suas origens na Revolução Francesa, pois foi nesta época em que combater as desigualdades sociais tornou-se

uma aspiração. Desta forma, as pessoas perceberam que somente atingiriam o bem estar social se protegessem os direitos fundamentais de todos.

Percebe-se que aglomerar o princípio da fraternidade junto com o direito significa efetivar todos os direitos dos cidadãos, pois, por meio deste princípio busca-se garantir a boa convivência entre as pessoas, bem como, uma relação justa em que todos se sintam protegidos pelo direito.

Facilmente conseguimos vislumbrar a importância deste princípio ao falar da seguridade social, pois a fraternidade conectada ao princípio da solidariedade concretiza os direitos de todas as pessoas que a este sistema se socorrem.

O princípio da solidariedade, na seguridade social, significa que todas as pessoas de uma sociedade contribuem para a manutenção deste sistema, independente se isso lhe causará algum tipo de benefício. Tais contribuições podem ocorrer de duas formas: direta, quando o trabalhador possui descontos de seus salários e a indireta, que é concretizada por meio de consumos de produtos ou utilizações de serviços, pois parte dos valores pagos é revertida ao Fundo da Seguridade Social.

Desta forma, o horizonte do princípio da fraternidade conectado à previdência social nos mostra que ajudar o próximo é algo construtivo, pois ajudamos a nós mesmo, vez que o trabalhador de hoje terá a sua aposentadoria paga pelo trabalhador de amanhã, assim nos aproximamos com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais, vez que a vida é o maior bem humano.

Quando o legislador brasileiro tutelou que as pessoas com deficiência teriam direito a algumas “vantagens” para a concessão de seu benefício da aposentadoria por tempo de contribuição, garante a premissa máxima de Aristóteles: tratar desigual os desiguais na medida de suas desigualdades. É também o que nos ensina Pedro Maria Godinho Vaz Patto:

Não é por causa de uma qualquer incapacidade ou debilidade que a pessoa perde dignidade, valor moral ou direitos. Pelo contrário, é precisamente nos casos de maior debilidade ou incapacidade que mais se justifica eticamente o cuidado dos outros e a tutela da ordem jurídica. Quem mais precisa ser defendido é quem não é capaz de se defender por si próprio. É nesses casos que vale especialmente a advertência evangélica sobre o amor ao “mais pequeno dos meus irmãos. (2013, p. 17).

Nota-se que, o fato de uma pessoa ser deficiente, muitas vezes não a torna incapaz para os atos da vida laborativa ou civil, mas o fato destas relações possuírem maior proteção estatal justifica a efetiva tutela jurídica.

No direito fraternal o ser humano deve ser o centro das decisões advindas do Poder Judiciário e do sistema governamental e toda atividade destes sistemas devem visar garantir a sua dignidade, isso ocorre porque o constituinte prezou por uma democracia livre e justa e deixou claro que a solidariedade é um princípio que deve ser observado por todos, tanto em âmbito constitucional, como nas legislações infralegais.

No Brasil o direito fraternal está positivado na Constituição Federal, em seu preâmbulo¹³, quando cita os direitos humanos de forma fraterna.

O legislador ao positar o princípio da fraternidade, fez com que o Estado e as pessoas passassem a ser responsáveis pela busca de uma sociedade mais justa, fazendo o ser humano mais consciente de seus direitos e deveres. A fraternidade torna-se fundamento para a ordem jurídica brasileira.

Ao positar a fraternidade, assegura-se o mínimo existencial a cada ser humano e afirma-se que a seguridade social contribui para que isto ocorra, porque busca efetivar a justiça, vez que ampara os trabalhadores quando estes precisam, ou seja, em situações de desemprego, doença e velhice, sempre almejando uma sociedade igualitária e justa; e justiça é um dos valores supremos da sociedade fraterna.

Quando tratamos de seguridade social, no Brasil, para uma melhor didática, diremos que ela é composta por três subsistemas: Saúde, assistência social e previdência social. Em todos estes o princípio da fraternidade se faz presente.

No Sistema Único de Saúde (SUS), financiado por todos os cidadãos, é oferecido tratamento médico àquelas pessoas que não podem pagar. A assistência social governamental disponibiliza informações a todos interessados quais são seus direitos e os caminhos para exercê-lo e, por fim, há a previdência social que, apesar de “aposentar” as pessoas com base no sistema contributivo (aposento, porque paguei a carência necessária), todos os que hoje ocupam o mercado de trabalho são quem tem os descontos efetuados de seu salário e arcam com os salários dos aposentados.

Percebe-se então que a Seguridade Social só existe porque o princípio da fraternidade está presente, vez que possui a reciprocidade, cuida-se do outro, zela por todos os cidadãos e desta forma os direitos básicos de cada um encontra-se

¹³ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a segurar 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Grifo Nosso).

efetivado, há uma proteção social. Aqui o princípio fraternal combate o individualismo presente em nossa sociedade. E é exatamente isto o que nos ensinam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, quando dizem:

Em verdade, a marca evolutiva do sistema de proteção, desde a assistência prestada por caridade até o estágio em que se mostra como um direito subjetivo, garantido pelo Estado e pela sociedade a seus membros, é o reflexo de três formas distintas de solução do problema: a da beneficência entre pessoas; a da assistência pública; e a da previdência social, que culminou no ideal de seguridade social. (2016, p.05)

Ainda sobre a Seguridade Social, a solidariedade é a base deste sistema, pois visa o bem-estar coletivo, e a possibilidade da proteção de todos os membros da coletividade. É por meio do esforço individual, que nasce um movimento global de toda uma comunidade em favor de uma minoria, citando novamente Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari nos dizem:

Se a principal finalidade da Previdência Social é a proteção à dignidade da pessoa, não é menos verdadeiro que a solidariedade social é verdadeiro princípio fundamental do Direito Previdenciário, caracterizando-se pela cotização coletiva em prol daqueles que, num futuro incerto, ou mesmo no presente, necessitem de prestações retiradas desse fundo comum (2016, p. 22).

Percebe-se que a Previdência Social busca propiciar os meios indispensáveis à subsistência da pessoa humana e para isso todas os trabalhadores contribuem, aqui a preocupação com o próximo está presente, exatamente como nos ensina a fraternidade.

2 APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O benefício da aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência possui distinções em relação ao benefício da aposentadoria por tempo de contribuição de uma pessoa “comum”, isto por considerar a necessidade de cada um, sendo que esta necessidade é baseada em parâmetros universais e garante que o ser humano possa desenvolver sua vida de forma digna. Assim, quando o legislador reduziu o tempo de contribuição para as pessoas com deficiência, utilizou-se do princípio da fraternidade que é a busca de uma sociedade solidária, fraterna e ética.

Para a concessão deste benefício é necessário que a pessoa comprove a sua deficiência, sendo que a lei determinou o conceito deste.

No Brasil, as disposições protetivas às pessoas com deficiência ocorreram com o advento da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Convenção de Nova York) e, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 186 de 09/07/2008 e, internalizada pelo Presidente da República por intermédio do Decreto 6.949/2009. Assim, hoje, existe um conceito constitucional de deficiência, sendo: *“impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”*.

Ainda no Brasil, atualmente, o benefício da aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência é regido pela Lei Complementar nº 142/2013, que regulamenta a aposentadoria da pessoa com deficiência.²⁴

Porém, nem sempre as deficiências mentais e corporais são suficientes para a identificação de uma deficiência, necessitando verificar os fatores externos que são apresentados pela CIF – Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde – e, sob este aspecto, analisam-se os fatores pessoais, que verifica o estilo de vida de cada pessoa e, os fatores ambientais que é o primeiro ambiente da pessoa (residência, local de trabalho e escola), e o ambiente social que é a conduta da pessoa na sociedade.

Para a correta identificação da deficiência neste tipo de benefício é necessário ir além da correta funcionalidade do corpo ou da mente, é necessário associa-la com a maneira que isto é vivido e visto pela pessoa no ambiente em que ela vive. E é exatamente isto o que nos ensina João Marcelino Soares, quando diz:

A constatação da deficiência precisa de uma verificação multidisciplinar. É precisa uma análise médico-pericial para identificar a existência de “impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial”. Por outro lado, também é necessária uma avaliação social para verificar se estes impedimentos podem obstruir participação plena e efetiva do indivíduo na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas. (2016, p. 145).

Verifica-se então que a Lei nº142/2013 versa que para a concessão deste benefício a pessoa com deficiência deverá se submeter ao exame médico pericial e

²⁴ Lei Complementar Nº 142, de 8 de maio de 2013, “regulamenta o § 1o do art. 201 da Constituição Federal, no tocante à aposentadoria da pessoa com deficiência segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS.”

também ao exame social, pois a verificação da deficiência ocorre de maneira multidisciplinar.

A respectiva Lei também determina que, dependendo do tipo de deficiência, haverá um grau a ser atribuído, ou seja, sendo leve, moderado ou grave e é este grau que determinará a quantidade da redução no requisito contributivo. Se grave, a redução é de dez anos. Se moderada, a redução é de seis anos. E no caso de deficiência leve a redução é de dois anos.

Por esta perspectiva, o ser humano que possui deficiência no grau grave são necessários vinte e cinco anos de tempo de contribuição, no grau moderado, 29 anos de tempo de contribuição e no grau leve, trinta e três anos de tempo de contribuição. Já a mulher, aposenta-se com 20 anos de contribuição no grau grave, vinte e quatro anos de tempo de contribuição em grau moderado e por fim, 28 anos de contribuição em grau leve.

É neste sentido que o princípio da fraternidade se faz presente, pois amparou o legislador a reduzir o tempo de contribuição para as pessoas com deficiência, vez que, respalda na preocupação com o próximo e é este princípio que assegura a efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, buscando uma sociedade mais justa e igualitária.

A fraternidade tem por objetivo concretizar a justiça social e distributiva e, é exatamente isto que o legislador fez ao criar a espécie de aposentadoria aqui estudada. Aos segurados que contribuem para o sistema pode-se perceber a cooperação existente e isto também está ligado a fraternidade, pois a cooperação impõe deveres de conduta para uma sociedade.

O benefício da aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência é um direito fundamental, vez que deve ser entendido como essencial ao ser humano, indispensável à preservação e manutenção de sua dignidade.

A aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência garante aos seus segurados a efetividade de seu bem-estar social e individual.

Pode-se dizer que o benefício em questão foi uma política pública efetivada pelo Estado, até porque, como estudado acima, cabe ao Estado promover a igualdade de uma forma fraterna e justa. E é exatamente isto o que nos ensina Carlos Augusto Alcântara Machado:

Com o mandamento preambular, todos, Estado, governo e sociedade civil, passaram a ser, individual e conjuntamente, responsáveis não somente pela construção de uma sociedade voltada à formação de cidadãos, no sentido aristotélico homem-cidade, mas uma sociedade de irmãos, privilegiando o binômio *homem-todos os homens*. (2013, p. 68),

Tendo como referencial o analisado e considerando o preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil, denota-se que o constituinte não apenas estruturou a sociedade para que ela fosse organizada e juridicamente institucionalizada, mas também se comprometeu com uma sociedade fraterna.

Conclui-se que a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência é um meio de concretizar os direitos daqueles segurados que muitas vezes não possuem os mesmos meios de igualdade com as demais pessoas para as disputas ou a permanência em vagas de trabalhos. Assim, o Estado juntamente com todos os trabalhadores brasileiros são responsáveis pela concretização deste direito para que se possa alcançar a concretização de uma pátria justa e fraterna.

CONCLUSÃO

Da análise empreendida no presente artigo, pode-se afirmar que o princípio constitucional da fraternidade está positivado na legislação constitucional brasileira quando em seu preâmbulo versou que os brasileiros não só estariam regidos por leis, mas que construiriam uma pátria fraternal.

Ademais podemos afirmar que a fraternidade é o princípio que rege a Seguridade Social, vez que este sistema busca amparar os trabalhadores quando estão em situações de desemprego, problemas de saúde ou a velhice e, vale consignar, são os trabalhadores da ativa que arcam com tais benefícios, resultando num reflexo imediata de solidariedade.

Ao tornar a fraternidade uma virtude de cidadania, visar o bem do próximo torna-se um princípio consagrado constitucionalmente, devendo assim o ser humano ser colocado no centro do sistema jurídico, e as atividades do Estado têm sentido quando visam garantir respeito à dignidade da pessoa humana.

Percebe-se também a presença fraternal ao falar do benefício de aposentadoria da pessoa com deficiência, tendo em vista que se trata de uma espécie que reduz o tempo de contribuição para a concessão da aposentação, garantindo à pessoa trabalhadora poder se retirar mais cedo do mercado de trabalho e cuidar de sua saúde, efetivando, com isto, a efetividade dos princípios da fraternidade e da dignidade da pessoa humana.

A presença da fraternidade também ocorre porque os segurados com deficiência nem sempre podem competir e permanecer no mercado de trabalho por muito tempo e, o benefício estudado, considera o reflexo que esta consequência tem no ambiente de trabalho para a sua implantação. Mais uma vez verificamos a presença da solidariedade, porque pensa-se nas condições e dificuldades laborais destes segurados.

Sendo assim, a seguridade social e a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência efetiva a reciprocidade, ou seja, o trabalhador não pensa apenas nele, mas em toda a sociedade.

Os trabalhadores, considerados normais para os parâmetros de saúde, laboram por mais tempo para obter o seu tempo necessário e compreendem a necessidade dos recolhimentos mensais para convertê-los em pecúnia para as pessoas que já se encontram aposentados, para colaborar com as pessoas que estão em gozo de auxílio doença, para os beneficiários e também para arcar com a diminuição do tempo para as pessoas com deficiência.

Por isso, conclui-se que a aposentadoria por tempo de contribuição da pessoa com deficiência é um meio de concretizar os direitos daquelas pessoas que muitas vezes não possuem os mesmos meios de igualdade, buscando concretizar o sentido de pátria justa, fraterna e igualitária positivada na Constituição da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção das pessoas com deficiência na Constituição Federal de 1988: a necessária implementação dos princípios constitucionais**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-v-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-os-cidadaos-na-carta-cidada/idoso-pessoa-com-deficiencia-crianca-e-adolescente-a-protecao-das-pessoas-com-deficiencia-na-cf-de-88-a-necessaria-implementacao-dos-principios-constitucionais>>. Acesso dia: 13/08/2017.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência, direitos e garantias**. 2. ed. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2005.

BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). **Fraternidade e reflexão politológica contemporânea**. In: O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política. Tradução de Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela BaccacciaVersani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.

BUBLITZ, Michele Dias. **Pessoa com deficiência e teletrabalho: reflexões à luz do valor social do trabalho (inclusão social e fraternidade)**. Disponível em: <<http://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/4245>>. Acesso dia: 04/07/2017.

CASTRO. Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI. João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CRUZ, Alvaro Augusto Fernandes da; POZZOLI, Lafayette. **Princípio Constitucional da dignidade humana e o Direito Fraterno**. In: XIX Encontro Nacional do Conpedi, 2010, Fortaleza, CE. Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi - Fortaleza CE. Florianópolis. SC: Conpedi, 2010.

DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade**. Rio de Janeiro: Ed Campus, 2010, p. 67.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. **A fraternidade em debate: reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/18/pdf>>. Acesso dia: 30/06/2017.

_____. **A construção da fraternidade por meio dos saberes propedêuticos dos cursos de Direito no Brasil**. 2015. 135 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Fundação de Ensino "Eurípides Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2015.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 12 ed. Niterói: Editora Impetus, 2008.

LORENZO, Wambert Gomes Di. **Teoria do estado de solidariedade**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A fraternidade e o direito constitucional brasileiro**. PIERRE, Luiz A.A., CERQUEIRA, Maria do Rosário F. FURLAN, Vanessa R. Fraternidade como categoria jurídica. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

MELLO, Marinilzes Moradillo. **Desenvolvimento, trabalhos e solidariedade: novos caminhos para a inclusão social**. Disponível em: <http://www3.sp.senac.br/hotsites/blogs/InterfacEHS/wp-content/uploads/2013/08/1_RESENHAS_vol4n3.pdf> Acesso dia: 29/06/2017.

MONASSA, Clarissa Chagas Sanches. O princípio da fraternidade, pessoas portadoras de necessidades especiais e os direitos humanos. Disponível em: <<http://www.lafayette.pro.br/o-principio-da-fraternidade-pessoas-portadoras-de-necessidades-especiais-e-os-direitos-humanos/>>. Acesso dia: 04/07/2017.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito. PIERRE, Luiz A.A., CERQUEIRA, Maria do Rosário F. FURLAN, Vanessa R. **Fraternidade como categoria jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.

POZZOLI, Lafayette. **Maritain e o Direito**. São Paulo: Edições Loyola, 2001.

SANTOS, Hêlbert Paulo Leme dos. **A pena privativa de liberdade e o princípio da fraternidade**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2011.

SANTOS, Ivanaldo. POZZOLI, Lafayette. **Fraternidade e Misericórdia**. São Paulo: Editora Cultor de Livros, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIMÕES, Alexandre Gazetta. **O caráter fraterno do direito à seguridade social**. Disponível em: <<http://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/937/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Alexandre%20Gazetta%20Sim%C3%B5es.pdf?sequence=1>> acesso dia 27.07.2017.

SOARES, João Marcelino. **Aposentadoria da pessoa com deficiência**. 4 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

O ASPECTO FRATERNAL E MISERICORDIOSO DA SOCIEDADE EM RELAÇÃO À EFETIVIDADE DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Gislaene Martins Fernandes¹

RESUMO

Os direitos fundamentais, historicamente, são alvo de discussões que transcendem o plano interno, haja vista a sua relevância, pois se tratam de direitos que estão intimamente ligados à essência dos seres humanos e, portanto, são de interesse universal. O presente trabalho tem por objetivo central discutir a questão da efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência sob a ótica da fraternidade e da misericórdia. A abordagem acerca do assunto parte da conquista dos direitos humanos, passando pelos direitos das pessoas com deficiência, que ganharam notoriedade a partir da Segunda Guerra Mundial, com o aumento do número de pessoas com deficiência e, por fim, chega ao ponto crucial da discussão, que é a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência, formalmente disciplinados, que culmina na tão necessária inclusão social das pessoas com deficiência. Para a pesquisa, foi utilizada a metodologia dedutiva, por intermédio de levantamento bibliográfico de obras que tratam do tema, com o objetivo de provocar uma reflexão sobre a participação da sociedade no cenário da inclusão social das pessoas com deficiência sob o aspecto fraternal dos seres humanos.

Palavras-chave: Declaração Universal dos Direitos Humanos; Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência; inclusão social; fraternidade; misericórdia.

INTRODUÇÃO

A deficiência é uma condição que alguns seres humanos apresentam e remete à própria existência humana. Embora não houvesse proteção das pessoas com deficiência, ao contrário disso, na antiguidade, pessoas com essas características eram sacrificadas com a anuência do poder público e da sociedade. Após a Segunda Guerra Mundial, passou-se a discutir no plano universal os direitos

¹ Advogada, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp, Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no Centro Universitário Eurípides de Marília, membro da Comissão da Pessoa com Deficiência da 28ª Subseção da OAB/SP; Assessora Jurídica do Conselho Municipal para Assuntos da Pessoa com Deficiência da cidade de Araçatuba-SP/Brasil. gmfadv@hotmail.com

humanos, diga-se “direitos de TODOS os seres humanos” incluindo os das pessoas com deficiência.

Somente no século XXI, com a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2007), que os direitos dessas pessoas ganharam um diploma legal com força universal versando especificamente sobre os direitos desse grupo minoritário.

A Convenção foi ratificada por 157 Estados membros, tamanha sua relevância e importância de conteúdo. A partir de então, passou-se a enxergar os direitos das pessoas com deficiência sob a ótica da igualdade de oportunidades, ou seja, todos devem gozar das mesmas oportunidades de acesso mesmo que seja necessário realizar adaptações e/ou “*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais*”, conforme o pensamento aristotélico.

Entretanto, não basta que os direitos das pessoas com deficiência estejam regulamentados se não atingir o objetivo maior, que é a proteção dos direitos tutelados. Ocorre que, embora se possa afirmar que os direitos foram reconhecidos, no campo da efetividade ainda há muito que ser feito para atingir a efetiva inclusão social das pessoas com deficiência.

Certo é que o exercício dos direitos reconhecidos nos diplomas legais, como direito à educação, à saúde, à moradia, à reabilitação, ao lazer, dentre outros, culmina na inclusão social das pessoas com deficiência e, para que isso ocorra, é necessário que todos estejam comprometidos, pois a efetividade dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência não é uma tarefa destinada somente ao Estado, mas a toda a sociedade, e nesse contexto o presente trabalho propõe uma reflexão sobre o aspecto fraternal e misericordioso dos seres humanos.

A questão que se apresenta é o papel do Estado e principalmente da sociedade na efetivação dos direitos das pessoas com deficiência, por meio de ações que visem à inclusão dessas pessoas no contexto social, através de igualdade de oportunidades de acesso, que somente será proporcionada com a efetiva proteção desses direitos (POZZOLI, 2001; POZZOLI & ASSIS, 2003).

Importante destacar que é necessário que haja compreensão da sociedade sobre tais direitos, pois a deficiência sempre foi tratada como um “problema” tanto pela sociedade como pelo Estado, pois, embora haja dispositivos que regulamentem os direitos das pessoas com deficiência, a norma por si só não produz eficácia, devendo partir do indivíduo a conscientização da necessidade de observar os dispositivos, sendo portanto imprescindíveis os elementos de fraternidade e misericórdia entre as pessoas, que possuem uma dignidade que já fora reconhecida no plano religioso, por exemplo, dentro do cristianismo, e que atualmente também é

reconhecido no plano laico, pelo que os princípios da fraternidade e da misericórdia são igualmente importante para os dois planos.

A pesquisa que norteou o presente trabalho foi realizada por meio de fontes bibliográficas e doutrinárias documentais sobre o tema em questão, levantados em acervos bibliotecários e sites de indexação de periódicos acadêmicos, além de documentos legais, internacionais, a partir de uma metodologia dedutiva. Ressalte-se que a pretensão do presente trabalho é provocar uma reflexão sobre a compreensão e a concretização dos direitos das pessoas com deficiência, através da inclusão social e principalmente os aspectos fraternal e misericordioso da sociedade em relação à efetividade dos direitos das pessoas com deficiência e não apresentar soluções às questões levantadas.

1 A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E O EFETIVO EXERCÍCIO DOS DIREITOS NELA TUTELADOS

As pessoas com deficiência, historicamente, foram deixadas à margem da sociedade e seus direitos somente passaram a ser discutidos após a Segunda Guerra Mundial, que produziu uma magnitude incomensurável de pessoas com deficiência, especialmente com o grande número de pessoas mutiladas pela própria. A partir daí, autoridades de todo o mundo se mobilizaram através de cartas de proteção aos direitos humanos, dentre as quais a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, assinada em Paris em 1948, e a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*, assinada em 2007.

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* passou a nortear os direitos considerados fundamentais para os indivíduos, que até então eram considerados como intrínsecos ou subentendidos e nesse contexto ganhou uma positivação com força internacional.

Dentre as conquistas do cidadão através da *Declaração Universal dos Direitos Humanos* a maior delas foi a normatização de direitos que para muitos juristas e filósofos sempre foram inerentes aos seres humanos. Entretanto, o maior desafio enfrentado até os dias atuais é a efetividade desses direitos.

Nesse sentido, vale mencionar a afirmação do filósofo Norberto Bobbio em sua obra *A era dos direitos*, no sentido de que a efetividade dos direitos do homem é uma meta desejável. Porém, na prática, o que se apresenta é uma legislação simbólica que cumpre seu papel formal diante da sociedade, pois a maioria dos Estados, embora tratem do assunto no plano interno, não protegem os direitos garantidos formalmente.

Certo é que, para que os direitos sejam efetivados, depende de fatores ligados a diversas áreas, que incluem a política, a economia, a sociedade, e assim por diante. Sobre o assunto, Bobbio leciona, no artigo homônimo da obra *A era dos direitos*, que, “finalmente, descendo do plano ideal para o plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes”, enquanto “outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva” (1992, p. 63), ressaltando que o que o filósofo italiano denomina de “direitos do homem”, segundo uma linguagem mais atual, denominamos direitos humanos.

A afirmação de Bobbio nos remete aos dias atuais, ou seja, até o presente momento não há plena efetividade das normas que tutelam a proteção os direitos humanos, principalmente para os grupos minoritários que necessitam de adaptações para se equiparar aos demais, como é o caso das pessoas com deficiência de que trata o presente trabalho. O desafio atual não está na busca do fundamento dos direitos humanos, mas sim em direcionar ao caso concreto os possíveis fundamentos aplicáveis, e, para que tal análise seja efetiva, devem ser levados em consideração principalmente os aspectos político e sociocultural como sendo os mais relevantes, senão os mais, principalmente em relação às políticas públicas (LEÃO JÚNIOR & DANTAS, 2014).

Especificamente no viés dos direitos das pessoas com deficiência, a *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2007) é considerada o primeiro tratado internacional de consenso universal que versa sobre os direitos dessas pessoas sob a perspectiva dos direitos humanos, sendo prova da sua importância a ratificação do documento por 157 Estados.

Já no artigo 1^a da Convenção, é possível vislumbrar a amplitude e relevância do conteúdo, segundo se afirmando: “O propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente” (art. 1^o).

Verifica-se que, ao se mencionar que o “propósito da presente Convenção é o de promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos”, a preocupação do legislador internacional foi com a efetividade dos direitos humanos já normatizados, bem como com o seu pleno exercício pela pessoa com deficiência.

Nesse sentido, importante destacar que cabe ao Estado, através de políticas públicas, concretizar os meios de eliminação de barreiras físicas e sociais, para promover a adequação da sociedade para incluir a pessoa com deficiência, e não transferir a esta tal missão.

Embora haja normas internacionais e em grande parte dos Estados normas internas que disciplinam os direitos das pessoas com deficiência, esse grupo de pessoas experimenta a falta de efetividade dos direitos reconhecidos, como, por exemplo, o direito à educação, ao transporte, à moradia, à saúde, dentre tantos outros.

Certo é que, no plano internacional, há meios para exigir a concretização dos direitos fundamentais através de condições impostas aos Estados, as quais limitam a sua atuação. Já no plano interno, em diversos países, dentre os quais o Brasil, não há “obrigatoriedade” na concretização dos direitos fundamentais, o que leva a uma “legislação simbólica”, ficando a cargo dos governantes a promoção de ações que visem a proteger os direitos tutelados, através de eliminações de barreiras que impedem a plena participação da pessoa com deficiência em todos os setores da sociedade, como nas diversas áreas supra mencionadas.

Em relação aos direitos humanos, verifica-se que, embora não se possa afirmar que são carentes de fundamentação atualmente, muitas vezes se revelam como resposta às exigências sociais e/ou políticas, derivando daí uma das inúmeras dificuldades para sua efetivação.

2 OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A EQUIPARAÇÃO DE OPORTUNIDADES

A *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2007) traz no preâmbulo uma gama de direitos e garantias específicos para as pessoas com deficiência, os quais, quando exercidos de forma efetiva pelos seus destinatários, culminam na desejável inclusão social da pessoa com deficiência.

Na alínea f do preâmbulo da *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2007), verifica-se a importância da equiparação de oportunidades para pessoas com deficiência, para que elas possam ter acesso aos direitos tutelados nos diversos diplomas legais, conforme abaixo:

- f) Reconhecendo a importância dos princípios e das diretrizes de política, contidos no Programa de Ação Mundial para as Pessoas Deficientes e nas Normas sobre a Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, para influenciar a promoção, a formulação e a avaliação de políticas, planos, programas e ações em níveis nacional, regional e internacional para possibilitar maior igualdade de oportunidades para pessoas com deficiência,

O que se extrai desse dispositivo é a intenção de proporcionar a igualdade de acesso de oportunidades entre os cidadãos, mesmo que para tanto seja necessário utilizar a afirmação aristotélica segundo a qual se deve “tratar os igualmente os iguais e desigualmente os desiguais”.

Dessa forma, é possível afirmar que a inclusão social se obtém através de um conjunto de ações que visam a propiciar oportunidades de igualdade de acesso a todos os cidadãos, independentemente de suas limitações, seja no aspecto físico, intelectual ou sensorial, o que deve ser fomentado e instituído pelo Estado, assim como praticado pela sociedade de forma fraternal e misericordiosa.

É importante destacar que a normatização dos direitos e garantias fundamentais das pessoas com deficiência é necessária, mas tão necessária quanto também é a participação do Estado e da sociedade na sua concretização, através da igualdade de oportunidades para todos os indivíduos, independentemente de suas limitações. Nesse sentido, o professor Luiz Alberto David Araújo, em sua obra *A proteção constitucional das pessoas com deficiência*, discorre sobre o direito à igualdade das pessoas com deficiência da seguinte forma:

O direito à igualdade surge como regra de equilíbrio dos direitos das pessoas com deficiência. Toda e qualquer interpretação constitucional que se faça, deve passar, obrigatoriamente, pelo princípio da igualdade. Só é possível entendermos o tema da proteção excepcional das pessoas com deficiência se entendermos corretamente o princípio da igualdade. (2011, p. 49)

De fato, no caso das pessoas com deficiência, se, para incluir determinado indivíduo com uma deficiência física na sociedade for necessário um investimento público para garantir, por exemplo, acessibilidade, o Estado deve realizar todas as adequações e assim concretizar o direito à acessibilidade.

Por outro lado, é de fundamental importância a participação da sociedade no processo inclusivo da pessoa com deficiência, pois o fator cultural é de grande relevância para que se atinjam os fins a que as normas se destinam.

Sendo assim, a inclusão social das pessoas com deficiência, por se tratar de demandas tão amplas e peculiares, no sentido de influenciar em todas as esferas e contextos sociais, haja vista que se trata do pleno exercício da vida de um indivíduo que, por alguma deficiência impossível de ser superada por si só, se diferencia dos demais, a questão é muito complexa para ser solucionada exclusivamente no plano individual.

Certo é que, ao deixar “de lado” os grupos minoritários, como o das pessoas com deficiência, o Estado e a sociedade perpetuam a “exclusão” desses

indivíduos, mantendo assim a ruptura dos vínculos sociais entre grupos heterogêneos que fazem igualmente parte da humanidade, sendo “garantidos” os direitos apenas no aspecto formal.

Nesse contexto, verifica-se que a efetiva inclusão social das pessoas com deficiência esbarra na falta de ações que proporcionem ao indivíduo os meios para a sua plena participação na sociedade, inclusive na compreensão da necessidade dessa forma positiva de desigualdade, que pode ser obtida através da conscientização dos cidadãos.

Sobre a conscientização dos cidadãos, Goffredo Telles menciona o seguinte:

Ora, o conhecimento, antes de tudo, é consciência. E consciência, como adiante mostraremos, é conhecimento do que se passa dentro da nossa mente. Não há conhecimento sem consciência, precisamente porque o conhecimento, como já foi explicado é o reflexo de um objeto dentro da nossa mente. (1988, p. 178)

Dessa forma, uma vez que o indivíduo incorpora a consciência de que há diferenças entre os seres humanos e que estas precisam ser compreendidas, respeitadas e acima de tudo aceitas pela sociedade, reflete-se no sentido da efetiva proteção dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência.

Portanto, o desafio é trazer para a realidade o idêia abstrata dos direitos das pessoas com deficiência, concretizando-os no plano real, o que significa dizer que “sim os seres humanos são diferentes entre si”, porém na essência gozam dos mesmos direitos que devem ser exercidos por todos indistintamente, independentemente de suas limitações. Do que decorre a necessidade de aludir que, quando as diferenças de um grupo social são reconhecidas, os indivíduos que fazem parte desse grupo passam a integrar verdadeiramente a sociedade a que pertencem.

3 A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NA INCLUSÃO SOCIAL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA SOB O ASPECTO FRATERNAL E MISERICORDIOSO

No artigo primeiro da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, verifica-se a preocupação do legislador internacional com o espírito fraterno nas relações entre os seres humanos, na medida em que no artigo 1º a declaração proclama a igualdade, a dignidade e a fraternidade, afirmando o seguinte: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Da mesma forma, a *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988 traz no preâmbulo princípios preliminares, dentre os quais o da igualdade, bem como os invoca como sendo valores supremos de uma sociedade fraterna, conforme abaixo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em assembléia Nacional Constituinte para instituir 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL.

Nesse sentido, resta evidente que a intenção do legislador brasileiro foi promover um Estado fraterno, atribuindo ao Estado, ao governo e à sociedade a responsabilidade de integrar todos os indivíduos no contexto social, pois, conforme Carlos Augusto Alcântara Machado ensina, “muito mais do que iguais, somos irmãos” (2012, p. 23), estando consagrado nessa ideia de irmãos justamente o princípio da fraternidade.

Inegável que o princípio da fraternidade remete ao princípio cristão de que “somos todos irmãos” devendo, portanto compreender as diferenças e lidar com elas de forma a superar as desigualdades. Nesse sentido, Bobbio já tinha afirmado em *A era dos direitos*, que “a grande reviravolta [com relação aos direitos do homem] teve início no Ocidente a partir da concepção cristã da vida, segundo a qual todos os homens são irmãos enquanto filhos de Deus” (1992, p. 58).

A prática do princípio da fraternidade é uma preocupação de todos os setores da sociedade, inclusive da igreja católica, como se pode verificar no primeiro pronunciamento público, no dia 13 de março de 2013, do papa Francisco, que reforçou a caridade e a fraternidade como sendo o caminho da Igreja: “Este é o caminho da Igreja de Roma que é aquela que precede na caridade todas as outras Igrejas. Um caminho de fraternidade [...]”.

Com o mesmo espírito, séculos antes, o filósofo alemão Immanuel Kant também afirmou, em sua obra *A religião nos limites da simples razão* (1793), o seguinte:

A solenidade várias vezes repetida de uma *renovação, continuação e propagação da comunidade eclesial* segundo leis da igualdade (a comunhão), que talvez possa também ter lugar, segundo o exemplo do fundador de semelhante Igreja (ao mesmo

tempo em sua memória), mediante a formalidade de uma fruição comunitária à mesma mesa, contém em si algo de grande, que alarga o modo de pensar estreito, egoísta e intolerante dos homens, sobretudo em matérias de religião, à ideia de uma *comunidade moral* cosmopolita, e é um meio bom para estimular uma congregação em vista da intenção moral – nela representada – do amor fraterno. (1992, p. 201)

Certo é que a fraternidade, embora de fundamental relevância para as relações sociais e o efetivo exercício dos direitos fundamentais, ainda é pouco disseminada e igualmente pouco exercitada entre os seres humanos.

Importante destacar ainda a condição de “filhos de Deus” de todos os seres humanos, indistintamente, e, nesse sentido, o papa Francisco, na Bula *Misericordiae Vultus*, destaca “tal como Ele é misericordioso, assim somos chamados também nós a sermos misericordiosos uns para com os outros”.

A misericórdia para com os irmãos de que trata o papa se justifica, na medida em que os seres humanos tendem a se eximir das responsabilidades em relação ao demais, agindo muitas vezes de forma individualista, principalmente quando o outro apresenta limitações como, por exemplo, as pessoas com deficiência. Nesse sentido, destacam-se as considerações dos professores Wagner Balera e Fernando de Oliveira Marques, na obra *Fraternidade e misericórdia*:

A misericórdia é fonte de paz, muito propriamente no conteúdo essencial do itinerário tracejado pelo Príncipe da Paz para a sua entrada no Reino. Essa entrada concretiza-se com a misericórdia mediante a qual não apenas Deus, que é rico em misericórdia, realiza a reconciliação Dele com seus filhos; mas também exorta, exige e impõe que nós, os homens, nos reconciliemos com os irmãos, especialmente com aqueles com os quais temos mais pontos de divergências. (2016, p. 81)

Ao agir com misericórdia para com o outro, o indivíduo estará promovendo o verdadeiro espírito de fraternidade e consequentemente atuando na efetivação dos direitos fundamentais dos seres humanos.

Certo é que não basta que os direitos das pessoas com deficiência estejam formalmente regulamentados, nem mesmo que os Estados promovam efetivamente esses direitos, mas ainda assim faltará um elemento imprescindível que é a atuação da sociedade. Nesse sentido, ponderam os professores supra mencionados:

Será imprescindível, por conseguinte, que outro componente entre na cena jurídica comum na qual se desenrolam, de ordinário, as ações na seara dos direitos sociais e da justiça social, sua finalidade última. Esse outro componente há de ser a misericórdia. (2016, p. 83)

Conclui-se, portanto, que, principalmente em relação aos direitos sociais, a participação fraterna e misericordiosa da sociedade é de fundamental importância para a proteção desses direitos, que historicamente vêm sendo negligenciados, seja por parte dos Estados, que costumeiramente deixam de promover as políticas públicas necessárias para garantir a efetividade desses direitos, seja por parte da sociedade, que na maioria das vezes se matem inerte diante das desigualdades existentes principalmente em relação aos grupos minoritários, como o das pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

Do ponto de vista do reconhecimento e da normatização dos direitos das pessoas com deficiência, pode-se afirmar que houve uma evolução histórica positiva, porém, o maior desafio atualmente é a efetivação desses direitos, que experimentam grandemente a negligência do Estado e da sociedade.

É inegável que a *Declaração dos Direitos humanos* e a *Convenção sobre os Direitos das pessoas com deficiência* são documentos internacionais que tutelam de forma universal os direitos fundamentais das pessoas com deficiência e disciplinam de forma ampla esses direitos.

Entretanto, para que esses direitos sejam efetivados no plano interno de cada Estado, há necessidade de um envolvimento político, social e cultural, a iniciar com a compreensão acerca das limitações das pessoas com deficiência, que deve ser compreendida a partir dos princípios da fraternidade e da misericórdia.

Nesse sentido, o presente trabalho propõe uma reflexão sobre a importância da sociedade acerca dos princípios da fraternidade e da misericórdia, como sendo a exteriorização de um sentimento do indivíduo em relação ao outro, na proteção dos direitos fundamentais.

O que se verifica, não obstante, é um presente preconceito da sociedade, que trata a questão geral da deficiência com alto grau de negligência, demonstrando que esse assunto, que possui uma inegável importância para toda a humanidade, ainda não conheceu o desejável grau de conscientização por parte de todos.

Nesse sentido, é preciso que o Estado promova a conscientização da sociedade para que esta participe de forma fraterna e misericordiosa na proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Somente assim, poder-se-á obter a plena efetividade dos direitos das pessoas com deficiência e, consequentemente, a tão desejada inclusão social desse grupo minoritário, conforme os diplomas legais apresentados no presente texto disciplinam expressamente.

Da mesma forma, os documentos da Igreja, que expressam o pensamento cristão, estabelecem os mesmos princípios da fraternidade e da misericórdia como diretrizes para a prática diária dos cristãos, que devem tratar-se uns aos outros segundo as pregações de Jesus Cristo.

REFERÊNCIAS

- ARAUJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas com deficiência**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.
- BALERA, Wagner; MARQUES, Fernando de Oliveira. A promoção da misericórdia e os direitos sociais. In: SANTOS, Ivanaldo; POZZOLI, Lafayette (Orgs.). **Fraternidade e misericórdia: Um olhar a partir da justiça e do amor**. São Paulo: Cultor de livros, 2016, p. 81-91.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS E MINORIAS, CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Os direitos humanos nos 60 anos da declaração**. Brasília: Edições Câmara, 2008.
- CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Todos juntos por um Brasil mais acessível: O MP e a pessoa com deficiência**. Brasília: Biblioteca CNMP, 2014.
- CUNHA, Rogério Sanches; FARIAS, Cristiano Chaves de; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- GERALIS, Elaine (org.). **Crianças com paralisia cerebral: Guia para pais educadores**. Porto Alegre: Artmed, 2007.
- GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Espaço reservado: O guia do portador de deficiência**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial.
- GOVERNO FEDERAL. **Viver sem limite: Plano nacional dos direitos da pessoa com deficiência**. Brasília: Governo Federal, 2013.
- KANT, Immanuel. **A religião nos limites da simples razão**. Trad. Artur Morão. Lisboa: Eds. 70, 1992.
- LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo Arêa; DANTAS, Lucas Emmanuel Ricci. "A inclusão da pessoa com deficiência: O nexo entre o direito e as políticas públicas". **Revista de Direito Mackenzie**, v. 8, 2014, pp. 69-84.
- NEVES, Marcelo. "A força simbólica dos direitos humanos". **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 04, out/nov/dez 2005, pp. 01-35. Disponível em: <<http://staticsp.atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2012/04/A-for%C3%A7a-simb%C3%B3lica-dos-DH-M-Neves1.pdf>>. Acesso em: 02/08/2017.
- POZZOLI, Lafayette. "Pessoa portadora de deficiência no âmbito da equiparação de oportunidades". **Revista Faculdade de Direito PUCSP**, v. 01, 2001, pp. 129-144.
- _____. "Reflexos das legislações internacionais nas políticas públicas de inclusão no Brasil". **Revista @ambienteeducação**, v. 01, 2008, pp. 09-20.

_____. ASSIS, Olney Queiroz de. "Pessoa portadora de deficiência e o dilema do Estado moderno: Participação ou exclusão". **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, SP, v. 38, n. 01, 2003, pp. 423-436.

_____. SANTOS, Ivaldo (orgs.). **Direitos humanos e fundamentais e doutrina social**. Birigui, SP: Boreal, 2012.

SILVA, Otto Marques da. **A epopéia ignorada**: A pessoa deficiente na história do mundo de ontem e de hoje. São Paulo: Centro São Camilo de Desenvolvimento em Administração da Saúde, 1987.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Ética do mundo da célula ao mundo da cultura**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

ORIGEM E EFEITOS DOS CONFLITOS DECORRENTES DA CRISE SOCIAL PROVOCADA PELO MULTICULTURALISMO SOB A ÓTICA DA REALIDADE EUROPEIA E ASCENSÃO DE MOVIMENTOS ULTRANACIONALISTAS

Daniel Mayer de Brum¹

RESUMO

A globalização tem incentivado a maior diversidade cultural, principalmente, mas não somente, em países desenvolvidos, que recebem números expressivos de imigrantes. Esta alteração acentuada no modo de vida local desperta nos nacionais sentimentos de insegurança e medo do incerto. Os movimentos ultranacionalistas, diante disto, têm ganhado força nos últimos anos, especialmente na Europa, incentivados pela intensificação da imigração, aliada aos movimentos já existentes de nações que lutam pela independência no Velho Continente. Diante disto, pretende-se o estudo destes movimentos, não só na Europa, mas utilizando-a como referencial, por ser naquele continente onde se manifesta o objeto com maior propriedade. Busca-se a identificação das possíveis causas/origens dos movimentos ultranacionalistas e seus desdobramentos, especialmente como geradores de conflitos, bem como os motivos que lhe dão suporte e os que lhe prejudicam. O estudo é encetado pela análise a respeito das razões pelas quais o sentimento segregacionista difunde-se dentro a sociedade, e especificamente por qual motivo tem particularmente ganhado força dentro a população nativa da Europa, para posteriormente analisar as possibilidades de avanço ou retrocesso dos movimentos, de acordo com os fatos que lhe incentivam ou restringem.

Palavras-chave: Conflito. Movimentos ultranacionalistas. Estado-nação. União Europeia. Globalização. Mixofilia.

INTRODUÇÃO

A prosperidade econômica e abundância de recursos em um país tendem a ocultar o ânimo xenófobo e segregacionista da população. Isto em razão de que estando satisfeitas as condições materiais para a vida plena dos cidadãos natos

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus de Santo Ângelo. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade Brasileira de Tributação – FBT. Advogado. E-mail: danielmbrum@gmail.com. Grupo de pesquisa Tutela dos Direitos e sua Efetividade.

destes lugares, são eles mais propensos a ignorar o compartilhamento da vida cotidiana com pessoas diferentes, imigrantes, forasteiros, *outsiders*, que se instalam em busca da plenitude igual a daqueles que ali já estão estabelecidos. Ora, a mão-de-obra menos qualificada também é necessária para a manutenção de uma economia forte, no atual sistema capitalista.

No entanto, chegadas as dificuldades econômicas, com o necessário enxugamento da abundância de recursos que dantes imperava, a competitividade entre os diferentes se acirra, e o outro, que antes passava despercebido, se transforma então em uma ameaça ao *modus vivendi* dos naturais daquele lugar. O trabalho já não é mais amplamente disponível, e aqueles que antes eram vistos como força bruta para preenchimento de empregos “não dignos” para os nativos, hoje são adversários e potenciais culpados pela situação que se apresenta.

O cenário descrito é regra na maior parte dos Estados nacionais desenvolvidos – mas agora também em países em desenvolvimento, inclusive na América Latina, com a chegada de refugiados de guerra da Síria e imigrantes africanos – que passam por períodos de recessão econômica, e provém, antes do sistema produtivo, da natureza humana de sobrevivência. Não se pode afirmar que todas as situações se desenrolam da mesma forma, mas a propensão, baseada no instinto natural dos seres humanos, indica desta forma.

O maior exemplo é a Europa, onde os movimentos ultranacionalistas tomam força rapidamente, impulsionados por uma população amedrontada pelo desmantelamento da forma de viver característica, antes sustentada ao custo de muito desperdício de bens escassos e exploração de mão-de-obra barata importada. Os nativos, como se disse, momentaneamente irracionais pelo agir do instinto de sobrevivência, veem em extremistas a forma (bruta) de controlar/expulsar aqueles que deixaram de ser a base da pirâmide produtiva, para ser a ameaça à manutenção do confortável viver tradicional daquela sociedade.

Diante disto, pretende-se neste estudo analisar o desenvolvimento deste sentimento em relação aos estrangeiros; d’onde provém; quais os possíveis conflitos que gera nas sociedades; e, por fim, qual a solução imediata e futura para tal fenômeno. Há premente necessidade de análise da questão, diante do incremento de migrações que vem ocorrendo em recente tempo, decorrente da crise econômica, bem como de conflitos civis. A pesquisa realizada foi exploratória, por meio da obtenção de dados oriundos de bibliografia e conteúdo oficial disponível na rede de computadores, que serão aqui utilizados no método indutivo com relação ao caso fático estudado – movimentos ultranacionalistas na União Europeia – e dedutivo no que diz respeito aos demais assuntos.

1 A MIXOFOBIA COMO CAUSA E REMÉDIO DO ULTRANACIONALISMO

A intensidade dos movimentos ultranacionalistas aumenta consideravelmente quando se altera o foco das grandes cidades da Europa e analisam-se as pequenas cidades ou regiões onde há menos concentração de imigrantes. A população nativa destes locais é mais reservada, teme o diferente que para eles é extremamente incomum, e exerce com mais intensidade a xenofobia.

Isto acontece porque as principais cidades, que atraem imigrantes de diversos lugares, são locais propícios para que os indivíduos aprendam, ainda que involuntariamente, conviver e aceitar a diferença. O medo do diferente, da mudança, do trato com pessoas de culturas heterogêneas, que é mais intenso nas cidades, é chamado de “mixofobia” pelo eminente sociólogo, recentemente falecido, Zygmunt Bauman, enquanto que as vantagens desta troca, das quais se aproveitam os indivíduos que aprenderam a cultivar a heterogeneidade, é chamada “mixofilia” pelo mesmo.

A mixofobia é uma reação altamente previsível e difundida entre os diversos tipos humanos e estilos de vida capazes de confundir a mente, provocar calafrios e colapsos nervosos, de que estão repletas as ruas das cidades contemporâneas, assim como seus distritos residenciais mais “comuns” (leia-se: não protegidos por “espaços interditados”). Conforme a polifonia e a diversificação cultural, do ambiente urbano na era da globalização entram em cena – com a probabilidade de se intensificarem no curso do tempo –, as tensões oriundas da exasperante/confusa/irritante estranheza desse cenário provavelmente continuarão a estimular impulsos segregacionistas.

[...] A cidade favorece a mixofobia do mesmo modo e ao mesmo que a *mixofilia*. A vida urbana é intrínseca e irreparavelmente *ambivalente* [...] Quanto maior e mais heterogênea é a cidade, mais atrações ela pode promover e oferecer [...] a variedade promete muitas e diversas oportunidades, que se ajustam a todas as possibilidades e a todos os gostos (BAUMAN, 2004, p. 135/138).

As cidades constituem um espaço de troca de experiências importante para o autor, e juntamente com a mixofilia que proporcionam, podem ser a resposta para o combate aos movimentos ultranacionalistas, uma das expressões mais intensas da mixofobia. O isolamento de grupos só faz acentuar o sentimento de aversão ao diferente e acirrar o *animus* conflitivo.

A paranoia mixofóbica alimenta-se e atua como profecia autorrealizadora. Se a segregação é oferecida e assumida como a cura radical para o perigo representado pelos estranhos, a coabitação com estes torna-se mais difícil a cada dia. Homogeneizar os bairros residenciais e depois reduzir a um mínimo inevitável todo o comércio e a comunicação entre ele é uma receita certa para tornar mais intenso e profundo o estímulo a destruir e segregar. Essa medida pode ajudar a diminuir as dores que

sofrem as pessoas afligidas pela mixofobia, mas a cura é ela própria patogênica e aprofunda a aflição, de modo que novas e maiores doses do remédio tornam-se necessárias para manter a dor num nível toleradamente baixo (BAUMAN, 2004, p. 139).

É esta relação, explicitada acima, que não é compreendida pelos integrantes dos movimentos ultranacionalistas. A pretensa solução imediata de isolamento do diferente, de expulsão dos imigrantes, para criar um país homogêneo, pode apaziguar o sofrimento da população por ora, mas é causa de dor muito maior no futuro, pois o problema não desaparece (nem poderia, pois não se está tratando sua causa), assim como se intensifica com o tempo.

Esta aversão ao diferente, insita à criação de espaços fechados (que podem ser países), prejudica muito a “fusão de horizontes” entre pessoas de múltiplas origens, expressão utilizada por Bauman, e importada da obra de Hans Gadamer:

Conforme a famosa observação de Hans Gadamer em seu livro *Verdade e método*, a compreensão mútua é instigada pela “fusão de horizontes” – quer dizer, horizontes cognitivos, induzidos e ampliados no curso da acumulação da experiência de vida [...] descobriu-se que os espaços reservados para encontros face a face – ou apenas para compartilhar o espaço, “misturar-se com”, curtir juntos, jantar nos mesmos restaurantes ou beber nos mesmos bares – dos homens de negócios e outros membros da elite internacional ou “da classe dominante global” emergente quando estão viajando (...) desempenham papel crucial na integração dessa elite [...] (BAUMAN, 2004, p. 140).

A experiência assim nominada, por mais construtiva que seja, como comprova a prática dela por parte da elite mundial, como se disse acima, é diminuída pela população local, em reação à miscigenação cultural trazida pelos estrangeiros. O medo do diferente impede que os indivíduos arraigados ao modo de vida tradicional disfrutem da evolução que é fomentada pelos “diferentes”. Não é sem motivo que os grandes centros, onde se desenvolve com intensidade esta fusão, tiram dela proveito e tem ritmo de inovação e prosperidade muito maior que aqueles lugares onde se tenta impedir a sua prática.

Ocorre que a galopante crise econômica que assolou o mundo nos últimos anos, decorrente da crise americana, incentivou o despertar e a difusão da mixofobia em diversas partes do mundo, mas especialmente na Europa. Por consequência, fomentou sentimentos xenofóbicos ultranacionalistas até mesmo em populações acostumadas a viverem em sociedades heterogêneas. Isto ocorre justamente em razão do já comentado instinto de sobrevivência humano, pois estes indivíduos, que antes conviviam em paz com os mais diversos tipos de pessoas, começam a

visualizá-los que como causa dos problemas que os acometem, equivocadamente, mas por razões inconscientes.

Nas palavras de Bauman, são os “forasteiros” elegidos como bodes expiatórios dos impasses encontrados na vida dos nativos, que ansiosos e com medo necessitam de algum “para-raios” para descarregar estes sentimentos. A segurança e a confiança são os principais valores ameaçados pelas pessoas diferentes, que se revelam, na ótica do leigo, imprevisíveis, e por isso são rotuladas como ameaça, naturalmente.

O medo do desconhecido, mesmo se subliminar, busca desesperadamente escoadouros confiáveis. As ansiedades acumuladas tendem a ser descarregadas sobre os “forasteiros”, eleitos para exemplificar a “estranheza”, a falta de familiaridade, a opacidade do ambiente de vida, a imprecisão do risco da ameaça em si. Quando se expulsa das casas e das lojas uma categoria selecionada de “forasteiros”, o fantasma atemorizante da incerteza é exorcizado por algum tempo – queima-se simbolicamente o monstro assustador da insegurança (BAUMAN, 2004, p. 131).

Como se vê, a expansão desenfreada de movimentos ultranacionalistas na Europa pode ser explicada, antes por suas razões sociológicas (e até psicológicas/instintivas) do que por razões políticas. Os seres humanos elegem seus líderes de acordo com os sentimentos que possuem em sua (in)consciência, sendo os representantes destes movimentos os que mais se adequam no momento ao desejo de segurança, social e econômica, que naturalmente sentem os nativos.

No Brasil a situação é semelhante. A crise econômica, aliada à crise da segurança pública, com a mídia de massa potencializando o medo dos cidadãos em relação aos criminosos, desperta um sentimento primitivo de aversão aos que não fazem parte de sua classe social, sendo o ambiente propício para dominação de figuras políticas que representam o que de mais instintivo há: a preservação da própria pessoa (e de seus semelhantes, dos quais depende o indivíduo) a qualquer custo, mesmo que seja aniquilando extratos sociais diversos.

É cediço que a vida em sociedade pressupõe um conflito. Há sempre uma classe dominante e uma classe dominada, ainda que tal situação se encontre de forma velada. A escassez de recursos materiais e a ameaça ao modo de vida da classe dominante geralmente provoca a reação da mesma com o posicionamento conflitivo e a eleição de líderes para defesa de sua atual condição. Nisto se arraigam os movimentos ultranacionalistas, aproveitam-se do medo criado nos cidadãos, seja pela natureza, seja pela mídia, para venderem uma ideia de retorno ao *status quo ante*, panorama que é pintado como santuário da segurança para os eleitores.

Por todo o exposto, se pode ver que o estudo dos movimentos ultranacionalistas requer seja encetado pelos motivos que levam os indivíduos a apoiá-los, pois sem que haja o suporte de pelo menos grande extrato da população, não chegam eles a ser uma ameaça para o convívio pacífico e integrado da sociedade. A expansão dos mesmos, alimentada pelo medo da população tradicional em geral é que pode levar, por exemplo, à fragmentação europeia, como se viu começar pelo *Brexit*².

2 A EXTENSÃO DA CAPACIDADE DOS MOVIMENTOS DE INDEPENDÊNCIA NA EUROPA

A Europa reúne uma diversidade expressiva de culturas, que foram integradas no modelo moderno de organização política, os Estados. Ocorre que os países europeus frequentemente integram diversas nações, que buscam a preservação de sua cultura, apesar da participação em um Estado soberano. A divergência é terreno fértil para o surgimento de movimentos de independência, que engrandecem a possibilidade de fragmentação do bloco econômico, bem como dão apoio aos movimentos ultranacionalistas.

Além da motivação cultural, frequentemente os movimentos pela independência de diversas regiões europeias têm motivação econômica, sendo os extratos mais desenvolvidos de seus respectivos países. Tal constatação demonstra que a preservação dos bens escassos também motiva estes grupos, os quais veem nesta conservação o modo de preservar seu *modus vivendi*, bem como revela, como já explicitado no ponto anterior, que o instinto de sobrevivência, com a não divisão de recursos é razão oculta por trás destes grupos.

Sendo parte de um país, as regiões que procuram independência, possuem o dever nacional de contribuir com tributos para desenvolvimento de regiões mais pobres de seu Estado. Por outro lado, tornando-se independentes, adquirirão soberania e poderão participar da União Europeia como Estados, de acordo com o Tratado de Maastricht³. Esta faculdade, que contrariamente ao interesses do grupo

² 'Brexit' é a abreviação das palavras em inglês Britain (Grã-Bretanha) e exit (saída). Designa a saída do Reino Unido da União Europeia. O termo parece remontar à discussão sobre uma possível saída da Grécia do euro, em 2012 - à época, estava em voga a palavra Grexit. No contexto britânico, Brexit pegou e se converteu na palavra mais usada para tratar da discussão. A alternativa Bremain (trocadilho com a palavra remain, permanecer) nunca gozou da mesma popularidade (Disponível em <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-36555376>>, acesso em 19/01/2017).

³ Constitui-se no "Tratado da União Europeia, surgido em Maastricht, em 7 de fevereiro de 1992, criou a tarefa e a competência da EU para tomar medidas com vistas à melhoria da cooperação judiciária em matéria civil, entre outros assuntos" (DEL'OLMO, 2013, p. 228).

econômico, possibilita uma maior fragmentação de seus integrantes, é chamado “paradoxo da unificação europeia”.

A possível opção de se tornar um membro da União Europeia constitui-se em uma cláusula de segurança. Para movimentos que buscam governo próprio e independência, Escócia e Catalunha sendo independentes seriam pequenos estados. Como pequeno estado você não se encontra em uma posição favorável para negociações de comércio e políticas externas com estados maiores. Estar na União Europeia traz garantias e benefícios para estados menores como ser parte do mercado interno. Isto é chamado de “paradoxo da unificação Europeia” [...] O regionalismo subnacional cresceu na Europa como respostas ou consequência da reafirmação de identidades culturais e históricas. Movimentos de independência subnacionais estão confrontando a ideia de estado-nação, e integridade territorial (NAMEN, 2015, p. 25)⁴.

Esta incoerência ocorre porque aos Estados-membros da União Europeia são entregues grandes benefícios em termos econômicos, políticos e jurídicos, especialmente neste último âmbito, em que a legislação nacional é preservada, mas os interesses do país em relação a outros Estados membros e a terceiros são também tutelados pelo grupo econômico. Tal situação é legislada pelo Regulamento Bruxelas I, que se aplica a todos os países participantes da EU, e é assim descrita:

Trata-se de uma norma de origem institucional, uma vez que o seu legislador foi a União Europeia. A competência legislativa do processo de integração que o editou esteve sustentada pela ideia de criar um espaço de liberdade, de segurança e de justiça. A partir daí, o direito processual civil internacional autônomo interno dos Estados-membros passou a possuir apenas uma função complementar. Dentre todos os distintos instrumentos comunitários em direito internacional privado, ele é, sem dúvida, o mais importante (DEL'OLMO, 2013, p. 220).

Na mesma esteira de pensamento, não é interesse do bloco econômico em manter qualquer Estado – mesmo que tenha surgido através de um movimento de independência (que pode ser ultranacional) – excluído do grupo econômico, razão

⁴ Tradução livre do original “The possible ability of becoming a member of the European Union forms a safety clause. For independence movements who seek self-government and independence, Scotland and Catalonia while being independent would be small states. As a small state you are not in a favorable position for negotiations on trade and external policies with larger member states. Being in the European Union brings guarantees and benefits for smaller states such as being a part of the internal market. This is called the ‘paradox of European unification’ [...] Sub-national regionalism has grown in Europe as a response or as a consequence of reassertions of cultural and historical identity.⁶² Sub-national independence movements are posing a challenge to the idea of a nation state, and territorial integrity”.

pela qual acreditam estes pretensos novos Estados que sua condição como membro se encontra garantida.

Assim, unindo o melhor das duas condições, independência política, com prosperidade econômica, aumenta o interesse das nações em tornarem-se independentes dos países dos quais fazem parte. A nova situação permitirá a maior concentração de riquezas, melhor preservação da cultura local (e por consequência a proteção contra estrangeiros), bem como autorizará a negociação em mercados internacionais tanto através do bloco econômico, como diretamente com outros países.

Sobre este assunto, é necessário dizer que a globalização tem feito desaparecer as barreiras que haviam anteriormente ao comércio direto entre pequenos países e outros estados. Antes o tamanho territorial beneficiava diretamente o comércio local em razão do tamanho da população e influência política no cenário internacional para firmamento de tratados bi ou multilaterais. Com a crescente maior abertura dos mercados, impulsionada pela globalização, já não mais se aplica esta afirmação, e os grupos que pretendem tornar-se independentes veem a autonomia como possibilidade de comércio com novos mercados consumidores.

Em um contexto de restrições internacionais ao comércio, grandes países gozam de benefícios econômicos porque fronteiras políticas determinam o tamanho do mercado. Neste contexto, pequenas nações como a Catalunha entendem que pertencer ao um estado maior como a Espanha é do seu interesse econômico porque isto lhes dá acesso a maiores mercados. Assim, de um ponto de vista puramente econômico, ser parte da Espanha beneficiou a Catalunha. Num mundo de crescentes liberdade de comércio e mercados globais, o raciocínio não é mais válido. Grupos culturais, linguísticos ou étnicos relativamente pequenos tem a possibilidade de se beneficiar da criação de novos entes políticos que comerciam em maiores áreas economicamente integradas (NAMEN, 2015, p. 26-27)⁵.

Desta forma, existe a possibilidade de movimentos de independência, apoiados por movimentos ultranacionalistas, criarem novos Estados, competitivos no mercado mundial, mais protecionistas em relação à sua cultura e ainda integrados politicamente na EU. Todas estas vantagens, aliados à ansiedade e o medo da

⁵Tradução livre do original: "In a context of international trade restrictions, large countries enjoy economic benefits because political borders determine the size of the market. In this context, small nations such as Catalonia find belonging to a larger state such as Spain to be in their economic interest because it gives them access to a larger market. Thus, from a purely economic point of view, being part of Spain has benefited Catalonia. In a world of increasingly free trade and global markets, this rationale is no longer valid. Relatively small cultural, linguistic or ethnic groups have the possibility to benefit from creating new political entities that trade in economically integrated wider areas".

população em relação ao “estranho”, impulsionam o avanço de partidos políticos extremistas, que além de conquistar maior proporção dos parlamentos internos, também estão ganhando frente no próprio parlamento europeu.

Do ponto de vista puramente racionalista, é uma grande vantagem a segregação e o fracionamento dos Estados-membros do grupo econômico europeu. No entanto, nesta linha de raciocínio não se leva em consideração a solidariedade e moral universal que se deve ter em relação a qualquer ser humano. Tanto a criação de novos Estados com nações homogêneas, quanto as ideias defendidas pelos movimentos ultranacionalistas, não consideram o sofrimento daqueles apátridas, ou daqueles que pedem asilo ou amparo, em razão de que seus Estados de origem não mais lhe concedem a proteção que deveria fornecer.

3 OS FREIOS E CONTRAPESOS DOS MOVIMENTOS

Ainda que os movimentos ultranacionalistas tenham tomado maior proporção no recente passado, a sua manifestação tem gerado expressivo protesto, principalmente oriundo dos grandes centros europeus, onde se concentra a maior parte da população mixofilica, conceito este trazido no ponto 2 do presente. O *Brexit* é maior exemplo de que a população europeia, assim como a população mundial, ainda repudiam atos de isolamento como aquele iniciado pelo Reino Unido, que através de referendo popular, decidiu dar início à sua retirada gradual da UE.

A globalização é um processo muito intenso, ancorada no modo de produção capitalista, que se estendeu para maior parte dos países na era pós-moderna, e que tende a sufocar outros movimentos contrários aos seus anseios, como por exemplo os movimentos ultranacionalistas. Estes têm avançado na Europa por uma questão pontual, de suposta “ameaça” estrangeira ao modo de vida tradicional europeu, uma fantasia vendida por extremistas para arrecadarem a simpatia da população, mas que é insignificante diante das ramificações comerciais, sociais e políticas que a globalização já demonstra.

A globalização envolve diversos processos. Operações comerciais e mercadológicas ocorrem de maneira rotineira em escala global. A crescente cooperação política internacional, como na ideia de uma “comunidade internacional” ativa ou o uso de forças de paz multinacionais, é um exemplo da coordenação política e militar além das fronteiras nacionais. Avanços recentes na tecnologia da informação e transporte mais sistemático (e mais barato) também significam que a atividade social e cultural ocorre em nível global. Além disso, a globalização da atividade humana está se *intensificando* (GIDDENS, 2016, p. 18-19).

Pode-se ver das afirmações acima que a globalização e a integração das diferentes nações já está arraigada no modo de viver da maior parte da população mundial, que não está disposta a voltar atrás, e abrir mão de certos avanços proporcionados por este fenômeno, em prol da conservação de alguns aspectos culturais e sociais locais, defendidos em grande parte somente pela população tradicional não integrada.

[...] são intensificadas as relações multilaterais e as estruturas decisórias não estatais. Estas passam a envolver uma grande gama de novos atores políticos internacionais (organizações internacionais, Organizações Não Governamentais internacionais, grupos de pressão transnacional) e adquirem uma importância que, muitas vezes, deixa em segundo plano os Estados Soberanos. O poder do Estado vai se diluindo, desta forma, num conjunto de redes de comunicação, de intercâmbio de experiências e de influências mútuas que produz um novo padrão de ação (BEDIN, 2008, p.132).

Não significa, porém, que os Estados atuais tenham perdido tanta força em relação à globalização a ponto de não serem capazes de conter o avanço de movimentos rumo à fragmentação de seus territórios, nem a UE seja incapaz de conter o avanço dos grupos ultranacionalistas, como o que culminou com a saída da Grã-Bretanha de seu aglomerado de países. A globalização tem a capacidade de conciliar o Estado moderno, soberano, com a integração em nível mundial, sem que nem um nem outro seja necessariamente excluído do cenário.

O Estado-nação não foi arruinado pela globalização, mas continua sendo peça primordial no processo, regulando os acordos comerciais, a política econômica e sua liberalização. A formação de blocos econômicos não pressupõe o desfacelamento de seus Estados integrantes, mas concede aos governos certa dose de independência diante dos grupos que se formam. A globalização, portanto, não é um processo de mão única de integração cada vez mais próxima, mas um fluxo de mão dupla e imagens, informações e influencia produzindo diversos resultados (GIDDENS, 2016, p. 19-20).

Ainda que a globalização seja um processo de fluxos em diversas direções, o que significa que não é permanente, nem tem um fim bem definido, como comentado por Giddens e Sutton, é uma transformação poderosa, que provavelmente não se deixará influenciar ou enfraquecer por rebeldias pontuais dos que, motivados pelo medo, tentam aumentar ou reestabelecer fronteiras que já foram transpassadas pelo novo momento que vive a humanidade.

4 O SENTIMENTO PRIMITIVO DE PRESERVAÇÃO

Os movimentos ultranacionalistas, juntamente com suas repercussões, dentre as quais podemos citar a mixofobia e os movimentos pela independência de nações europeias, são um grito desesperado de uma população que vê a iminência do desfalecimento da promessa imaginária de abundância (e desperdício) de recursos de forma eterna. Não possuem consciência de que o modo como a modernidade estruturou sua ideia de sociedade seria insustentável sem que houvessem reflexos maléficos a outras populações menos favorecidas, processo acentuado com o fim do colonialismo.

A característica predominante no mundo de hoje é a tristeza: dos que estão ao sul do Mediterrâneo, assolados pela escassez decorrente da pobreza; dos que estão ao norte, abatidos pela vergonha ao perceberem que era falsa a promessa de abundância para todos, ao sentirem a necessidade de expulsar os intrusos que chegam fugindo da escassez, ao saberem dos limites ecológicos do processo, do fracasso existencial de suas sociedades e ao se recusarem à austeridade como forma de abrigar a todos em um novo modelo de prosperidade no qual deixaria de haver excesso de consumo e as pessoas conviveriam até mesmo com a possibilidade de descrescimento econômico (BUARQUE, 2016, p. 153).

O que aterroriza os mediterrâneos do norte, utilizando da nomenclatura do autor acima, é a expectativa de colapso do seu *modus vivendi*, que traduz para eles a segurança e a ausência de risco, condição que o ser humano busca naturalmente. No entanto, estamos na iminência de uma catástrofe social e ambiental se eles não enfrentarem este medo criado a respeito da nova condição em que – obrigatoriamente – terão de viver. Não há espaço para manutenção das fronteiras nacionais, que separam ricos de pobres, e para a ignorância do que está do lado de lá da fronteira.

Esta ameaça da mudança, que pode ser para melhor, dependendo do ponto de vista, é que desperta nos indivíduos um sentimento de angústia, e que também pode ser traduzida por medo, no caso como gatilho para um posicionamento conflitivo e de preservação do próprio ser. No entanto, é necessário que através da mixofilia, e da conscientização educacional em prol da solidariedade e da fraternidade, possam estes indivíduos perceber que estão travando uma luta em vão. Cedo ou tarde o confronto exsurgirá, e de nada adianta fecharem-se em “condomínios” dos privilegiados, placebo para tratamento de uma doença social que possui remédio conhecido (mas ignorado).

Movimentos ultranacionalistas são a *ultima ratio* de alguns grupos de indivíduos assustados, que apesar de abalar o grupo econômico da Europa, não têm pilares fortes o suficiente para sustentá-los diante da força da globalização. A

fragmentação da Europa é uma hipótese improvável, e a sua divisão em partes menores somente ocorrerá se forem estas integradas com as demais, como demanda a nova ordem mundial. Não há espaço para Estados soberanos fechados como dantes, pois a interdependência estatal é o marco da sociedade pós-moderna.

5 A AVERSÃO À ESSENCIAL DIVERSIDADE

Todo o movimento aqui apresentado decorre da incapacidade dos indivíduos pertencentes a uma coletividade definida, e que se identificam, em aceitarem e integrarem-se a seus semelhantes da raça humana, mas que pertencem a outro grupo. Decorre da falta de reconhecimento destes “forasteiros” como pessoas de direitos do mesmo *status* daqueles que já compõem o grupo onde se pretendem integrar pessoas de culturas diferentes, pois a cultura é ela mesmo uma forma de identificação. A cultura forma nosso caráter, como letras impressas em nosso espírito (DUNKER, 2015, p. 202).

Assim, a ideia da mixofilia de Bauman parece ser o caminho para deslinde deste percalço no desenvolvimento civilizatório, ideia que estimula a integração e aproveitamento das trocas. O primeiro conceito que se necessita incutir nos apoiadores da segregação e dos movimentos ultranacionalistas é que o progresso não pode provir somente da estabilidade, eis que todo progresso em si é uma crise, a continuidade de um *status quo* planejado somente perpetuará esta situação *ad infinitum*, e sem que haja uma ruptura do processo, não há possibilidade de evolução. A crise de civilização, cultura, valores, família, Estado, vida urbana, vida rural são tão sentidas e vividas que se sentem ameaçadas por esta crise, mas igualmente vivem dela (MORIN, 2012, p. 24).

O diferente, embora abale a segurança do que já estabelecido – como são os estrangeiros que chegam a um determinado país – traz consigo a capacidade de alterar o que está posto naquele local com sua própria contribuição. Pode-se dizer, portanto, que a crise, desencadeada pela mudança do padrão da sociedade, especialmente pela integração de povos, não é o contrário do desenvolvimento, mas sua forma mesma (MORIN, 2012, p. 23).

Grande parte desta ideia de identidade desenvolvida entre os membros de uma nação, que rejeitam os “de fora”, deriva da forma de constituição do Estado, que segregou populações, criando entidades políticas cujo povo se considera parte integrante, e exclui os demais. Tanto é assim que a ideia de uma pessoa sem nacionalidade é difícil de ser internalizada na sociedade atual, embora existam assim muitos casos, de apátridas. Trata-se de Estado, e não de povo, que vive de apreensão violenta de um território, que tranforma qualquer ideia de *com-fim* em

fronteira, que inclui algo porque exclui, que reproduz internamente e exporta ao exterior a forma da oposição entre amigos e inimigos (RESTA, 2004, p. 54).

Os conflitos decorrentes da diversidade social e cultural nascem primeiramente no psíquico dos integrantes da sociedade, que educados de forma a pensar mecanicamente e de forma bipolar (dentro e fora de fronteiras ou limites), classificam os seres humanos de acordo com o grupo ao qual pertencem. Os modelos culturais são respirados no ar, mas podem também ser apreendidos e, se não existir uma continuidade entre os comportamentos privados e aqueles dos governantes, dificilmente os modelos de solidariedade e amor tornar-se-ão práticas comuns (RESTA, 2004, p. 70).

Percebe-se que a ideia de segurança própria da natureza humana, de revisitar lugares conhecidos, repetir situações já vivenciadas, conviver com semelhantes, é catalisada pela forma de organização política que se massificou, seja representada através de grupos sociais, cidades, Estados ou blocos econômicos. A globalização vem na contracorrente, amenizando a evolução destes processos, que com ela perdem força, mas ainda possui alguns movimentos de incentivo à retomada da segregação, como os ultranacionalistas, que culminaram com o *Brexit*. A mudança a fim de que se aproveite da diversidade cultural necessita ser profunda, encetando no interior dos indivíduos, a fim de que seja transportada para os modelos políticos que eles próprios mantêm, com o objetivo de que a bipolaridade de pensamento, de dentro e fora, integrante e excluído, seja cada vez menos comum, propiciando a resolução dos conflitos dele decorrentes.

CONCLUSÃO

A forma de constituição dos Estados, assim como dos blocos econômicos, e a influência que tem este modelo sobre a educação dos seus integrantes, ainda é empecilho para a maior integração social dos seres humanos, numa forma em que não se conheça fronteiras políticas ou segregações sociais. A necessidade é de que seja aos poucos incutida na consciência coletiva a ideia de que mecanismos isolados (como são os Estados e por vezes os blocos econômicos), ao contrário da natureza humana, trazem apenas conforto momentâneo, enquanto que sistemas integrados, trabalhando em conjunto e sem barreiras ou fronteiras, são benéficos para todas as partes. O conceito pode ser aplicado em todas as áreas, seja na educação, política ou economia.

A globalização, portanto, significa relevante progresso, que propicia a maior integração de povos, bem como a já explicitada mixofilia, que se aproveita da infinita diversidade de seres humanos em prol deles mesmos, fomentando pequenas crises que deságuam em evolução social, e aprendizagem de convivência. O isolamento de

peçoas ou grupos só vem a prejudicar a capacidade humana de desenvolvimento, bem como de cultivo da paz, solidariedade e fraternidade. Daí exsurgem os conflitos, da incapacidade de certas coletividades conviverem com o diferente, vez que sempre fizeram questão de manter a distância e o isolamento em relação às culturas diversas.

Ainda que existam formas de resistência à globalização, como são os movimentos ultranacionalistas, a maior parte da humanidade já percebeu que o trabalho integrado das nações propicia melhores resultados em termos de desenvolvimento humano e cultura da paz, do que o isolamento de seus grupos. Esta segregação desenvolve sentimento de pertença, de semelhante e diferente, e acarreta no engrandecimento do sentimento competitivo, principalmente por bens escassos, seja dentro da própria sociedade ou em relação a estrangeiros, o que se torna fonte geradora de conflitos.

O que falta ainda é a coordenação entre o atual modelo político e a globalização, bem como a decorrente alteração de cultura dos seres humanos que dele participam. Não se pode esperar que desapareça o Estado em curto prazo, nem que as fronteiras sejam totalmente apagadas, mas é possível que se administre a convivência pacífica entre os dois modelos, a fim de que não sejam produtores de conflitos, mas instrumentos de aproximação entre as nações, de forma a ampliar a já referida “fusão de horizontes” e aproveitar-se da mixofilia que é proporcionada pela diversidade cultural, especialmente em grandes cidades.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2004.
- BEDIN, Gilmar Antonio. **A Idade Média e o Nascimento do Estado Moderno**. 2ed. Ijuí: Unijuí, 2008.
- BUARQUE, Cristovam. **Mediterrâneos Invisíveis: os Muros que Excluem Pobres e Aprisionam Ricos**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2016.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza; GIMENEZ, Charlise Paulo Colet; CERVI, Taciana Marconatto Damo. **Direitos Fundamentais e Cidadania: a busca pela efetividade**. Campinas: Editora Millenium, 2013, p. 228.
- GIDDENS, Anthony; SUTTON, Philip W. Sutton. **Conceitos Essenciais da Sociologia**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.
- MORIN, Edgar. **Para Onde Vai o Mundo?** Rio de Janeiro: Vozes, 2012.
- NAMEN, Irina Van. **Independence movements in the European Union and the quest for European Union membership**. Leida, Holanda: 2015.
- RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

O EMPODERAMENTO DA MULHER PELA CULTURA DE PAZ DA JUSTIÇA RESTAURATIVA:

O CONFLITO ENTRE RELIGIÃO E CULTURA NO CASO DO ESTUPRO CONTRA MULHERES NO BRASIL

Charlise Paula Colet Gimenez¹

Rosângela Angelin²

RESUMO

As práticas cotidianas e o Direito, a partir de suas manifestações, denunciam o tratamento discriminatório dispensado à mulher, reproduzindo-se discursos de violência enquanto exercício regular do direito como observado no tratamento da mulher vítima de estupro. Desse modo, o presente artigo tem como escopo apresentar a Justiça Restaurativa como instrumento de empoderamento feminino a partir do estudo da violência sobre os corpos das mulheres; a influência destes nas relações humanas e nas normas jurídicas atuais; e como romper com esse paradigma e garantir o gozo dos Direitos Humanos pelas mulheres. Para tanto, realiza-se um estudo hipotético-dedutivo com revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Mulher. Estupro. Autonomia dos Corpos. Direitos Humanos. Justiça Restaurativa.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus Santo Ângelo/RS. Advogada. E-mail: charlise@quantoangelosuri.br

² Pós-Doutora pela Faculdades EST, São Leopoldo-RS (Brasil). Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrueck (Alemanha). Docente do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* – Doutorado e Mestrado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Campus Santo Ângelo/RS e da Graduação de Direito dessa Instituição. Coordenadora do Projeto de Pesquisa *Direitos Humanos e Movimentos Sociais na Sociedade Multicultural* e do Projeto de Extensão *O lugar dos corpos das Mulheres na Sociedade: uma abordagem do corpo e da defesa pessoal*. Integrante do Núcleo de Pesquisa de Gênero da Faculdades EST. Integra a Marcha Mundial de Mulheres. E-mail: rosangelaangelin@yahoo.com.br

INTRODUÇÃO

As relações sociais são impreteríveis para a humanização das pessoas, sua sobrevivência e seu desenvolvimento. Normalmente a família é a primeira experiência dessas relações, perpassando para outras áreas da sociedade, espaços esses responsáveis por forjar e transformar identidades. Muitos conflitos são resultantes dessas convivências envolvendo, em especial, aspectos da própria diversidade humana, mas também relações de poder que, muitas vezes são geradoras de desigualdades estruturais. Neste contexto, destaca-se o caso das mulheres que, até recentemente não eram vistas como sujeitas de direitos de cidadania ou portadoras de dignidade. Basta retomar os processos históricos da situação das mulheres nos Estados Gregos e Romano do período clássico e, mais adiante, na Idade Média, onde em nome de “Deus”, milhares de mulheres foram torturadas, violentadas e queimadas em fogueiras como forma de determinar o local reservado à elas na sociedade. Atualmente, as mulheres alcançaram um reconhecimento menos rude de suas identidades, mas a violência sobre seus corpos segue sendo alarmante.

A história das mulheres, veiculada ao conhecimento da maioria da sociedade, encontra-se alicerçada em muita violência contra seus corpos, juntamente com a naturalização de um papel social voltado à subserviência. Estudos mais recentes envolvendo a antropologia e a arqueologia têm chamado a atenção pelo fato de desvelarem outras histórias das mulheres, que não a costumeiramente escutada, por exemplo, de que desde o início da humanidade as mulheres eram agarradas pelos cabelos e conduzidas para dentro de cavernas onde eram estupradas, violentadas e permaneciam submissas aos homens. O corpo da mulher, a partir de vários fatores, foi sendo “encarcerado” e, ao mesmo tempo, submetido a relações patriarcais, naturalizando inúmeras formas de violência contra elas. Os meios de comunicação social vinculam reportagens ou notícias acerca de mulheres vítimas dos mais variados tipos de violências, nos mais diferentes países, porém, todas apresentam uma característica em comum: a força de relações patriarcais, sustentadas por aspectos culturais, de poder e jurídicos, que geram a objetificação dos corpos das mulheres e seu consequente menosprezo social.

Apesar dos avanços emancipatórios das mulheres, pesquisa conduzida em 2013 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), vinculado à Presidência da República do Brasil, acerca da *Tolerância Social à Violência contra as Mulheres*, revela que a população mantém uma forte cultura de violência contra as mulheres, quando condena as mulheres por seu comportamento fora dos padrões patriarcais ou quando usam roupas curtas. Frente às violências sofridas pelas mulheres, em especial nos espaços públicos, é comum os posicionamentos de que as mulheres foram as culpadas, elas provocaram, deveriam ter ficado no seu lugar, ter se dado ao

respeito, não ter provocado, enfim, de vítimas elas passam a ser acusadas como as geradoras de violências.

Lançar um novo olhar para a perspectiva de desmistificação da naturalização da violência contra as mulheres pode se configurar como um fator de relevância para se construir novas formas de relações humanas mais equitativas, e influenciar, inclusive na elaboração de um ordenamento jurídico mais efetivo, neste sentido, razão pela qual se insere a Justiça Restaurativa, por estar fundamentada na cultura de paz e na comunicação não-violenta. A partir de um estudo hipotético-dedutivo, de revisão bibliográfica que perpassa várias áreas do conhecimento e a análise de textos legais, o artigo tem como objetivo central apresentar a Justiça Restaurativa como instrumento de empoderamento da mulher diante da violência sobre os corpos das mulheres, como estes têm influenciado nas relações humanas e nas normas jurídicas atuais, quais as fissuras encontradas para rompê-lo e como o direito brasileiro tem tratado o caso dos estupros de mulheres sob o enfoque dos Direitos Humanos.

1 IDEOLOGIAS RELIGIOSAS CRISTÃS E SEU PODER FRENTE À VIOLÊNCIA CONTRA OS CORPOS DAS MULHERES

O controle dos corpos das mulheres e de sua sexualidade tem sido uma dinâmica eficaz construída no decorrer da história, apresentando seus reflexos estruturantes na organização das sociedades e no acesso a direitos humanos para as mulheres. Aos corpos têm sido reservados para alguns espaços sociais, a partir da ação ideológica patriarcal e, não tem sido uma tarefa fácil de desmistificar tais imposições que, como será trabalhado nesta seção, tem uma influência determinante de aspectos religiosos cristãos. A história das mulheres é a história de seus *corpos*. Uma história que, segundo Lagarde y de Los Ríos, elas não têm sido donas, numa lamentável história de expropriação de seus próprios corpos e de suas sexualidades (LAGARDE DE LOS RÍOS, 2011, p. 55).

“O corpo é a superfície de inscrições dos acontecimentos”. Quando Michel Foucault faz esta afirmação em sua obra *Microfísica do Poder*, traz ao debate elementos da constituição das identidades humanas que ocorrem por processos de domesticação dos corpos, corpos estes que possuem uma geografia, um espaço, um território e que se relacionam com a sociedade através de suas vivências (FOUCAULT, 2012, p. 22). Foucault (2011) segue afirmando que o poder sobre a atuação espacial e as ações dos corpos é exercido através de práticas disciplinares cotidianas, as quais resultam em corpos moldados, domesticados, ensinados racionalmente, os quais passam a se comportar de maneiras diferenciadas na sociedade.

A partir do exposto, se faz importante lançar um olhar mais detalhado sobre a relação de apropriação dos corpos das mulheres e a violência contra eles, a partir de um enfoque mais voltado para aspectos da ideologia cristã, propagada no período medieval.³ A religiosidade sempre esteve presente nas relações humanas e foi determinante nas formas de organização social e jurídica das sociedades, sendo sua principal função, de acordo com Bourdieu, legitimar a ordem social hegemônica, estando ligadas aos interesses políticos, os quais se encontram mesclados com as crenças religiosas e suas ideologias (BOURDIEU, 2007b). A Idade Média pode ser considerada como um momento crucial para explicar as mudanças culturais desencadeadoras de violações físicas dos corpos das mulheres, bem como da construção de identidades de uma *nova mulher*.

Nas teorias cristãs, é possível encontrar uma constante dicotomia entre o dualismo corpo e alma, buscando-se ressaltar o espírito acima do corpo. E, “nesse combate em que os corpos perderam a batalha, o grande excluído, o ‘condenado à morte’, foi o corpo da mulher”, que foi renegado ao pecado e a submissão diante dos homens (GEBARA, 2014, p. 65). Ao analisar-se o Antigo Testamento da Bíblia encontram-se sociedades organizadas a partir de castas masculinas, onde as mulheres são descritas como sendo propriedade privada de todos os homens (primeiros os pais, em segundas os maridos e também os senhores). Porém, entremeio a isso tudo, se detecta a atuação de mulheres fortes, destemidas e que assumiram tarefas importantes, como a juíza Débora, a rainha Ester, a lutadora Judite ou a profetiza Mirian, entre tantas outras (GRUN; JAROSCH, 2013; GALLAZZI; RIZZANTE, 2012).⁴ A maioria dos símbolos adotados pelo cristianismo é

³ Para que não se incorra em uma interpretação equivocada de que o trabalho trate de uma visão determinista quanto às religiões cristãs, é importante destacar que existem dentro das próprias igrejas cristãs movimentos de resistência contra a opressão feminina, como é o caso da Teologia Feminista que, aliada a movimentos feministas, tem realizado um importante trabalho numa releitura da Bíblia, bem como questionado e rompido com parte do padrão opressor dentro de igrejas cristãs, a fim de forjar um novo sentido para as experiências das mulheres frente ao sagrado. Para este segmento, todas as formas de violência contra as mulheres são reconhecidas como uma violação aos direitos humanos (OROZCO in OROZCO [Org.], 2009, p. 132). Por consequente, traz-se presente o trabalho conjunto realizado entre Movimentos Feministas e Movimentos de Mulheres, ligados a igrejas cristãs, que conquistaram direitos de cidadania para as mulheres. Um exemplo de grande envergadura, a partir da ação destes movimentos foi a positivação do reconhecimento das mulheres camponesas brasileiras na Constituição Federal de 1988, seguido de todos os demais direitos pertinentes a esta profissão. Ainda vale mencionar a passagem de Sandro Gallazzi e Anna Maria Rizzante, ao se reportarem aos tipos de teologias existentes: “Fazer teologia é falar de Deus. Muitas pessoas e de muitas maneiras falaram e continuam falando de Deus. Às vezes as teologias tornaram-se ideologias a serviço dos poderosos, transformaram-se em religiões justificando ritos, estruturas, doutrinas, leis de moral. Vezes demais as teologias viraram dogmas sisudos, eternos e imutáveis, incapazes de dialogar com teologias diferentes. Muita vida foi tirada, muita violência justificada, em nome do/s deus/es das teologias” (GALLAZZI; RIZZANTE, 2012, p. 9).

⁴ A obra *Mulheres da Bíblia: força e ousadia para viver o que você é*, escrita por Anselm Grun e Linda Jarosch, apresenta análises de quatorze imagens de mulheres que aparecem nas histórias bíblicas e

patriarcal, o que contribuiu para a cultura de obediência incontestável à figura masculina que se tornou o centro da religião patriarcal, assumida a partir da figura de Jesus e seguindo para outros homens, como padres, pais, irmãos, etc., e que tem gerado opressão e autoritarismo nas relações sociais (GEBARA, 2000, p. 157-157).

Narrativas Bíblicas possuem funções bastante ambíguas: por um lado, podem ser vistas sob seu aspecto histórico e jurídico, evidenciando como as sociedades viviam naquela época, ou, senão, podem servir de argumento para a naturalização do poder exercido pelos homens. Uma passagem emblemática reveladora da cultura hebraica e, contestada pelo próprio Cristo, se encontra nos registros do Evangelho de João 8,1-8 (BÍBLIA, 2000), que relata o histórico encontro de Jesus com uma mulher que supostamente havia cometido adultério. Neste momento, Jesus é alertado sobre a Lei de Moisés, em vigor, a qual era bem explícita quanto ao castigo de apedrejamento. Esta passagem demonstra a cultura opressora contra as mulheres nas comunidades joaninas, bem como a naturalização da prática de violência física contra elas. Ao que pese Jesus Cristo ter se oposto a esta prática cultural e jurídica, não se pode pressupor que todas as religiões cristãs assumiram estes ensinamentos como prática de vivência. Muito pelo contrário. Não se pode olvidar a “Santa Inquisição”, ocorrida na Idade Média, onde a Igreja católica e o Estado perseguiram mulheres que não se adequavam aos padrões sociais patriarcais, baseados em interpretações bíblicas.

Nas leituras religiosas cristãs conservadoras, as mulheres podem se enquadrar em duas figuras bem distintas: Eva, a pecadora, ou Maria, a mulher submissa, pura e obediente. Richter Reimer traz ao debate elementos do documento produzido entre 1962 e 1965, por ocasião do Concílio do Vaticano II, onde é feita uma comparação entre Eva e Maria, ressaltando que a figura de Maria é muito importante, pois ela superou toda a desobediência cometida por Eva, sendo, portanto, o exemplo *ideal* de mulher. Curioso é que o documento ainda relaciona a morte como um símbolo delegado à Eva, enquanto a vida está ligada a figura de Maria (REIMER *apud* SANTOS *in* REIMER [Org.], 2011, p. 100). Fica evidente, portanto, que posicionamentos ideológicos condicionam comportamentos, sendo um meio de transmissão de cultura, criando-se simbologias representativas de comportamentos sociais esperados, baseados em relações de poder que denotam normas e hierarquias.

que, apesar do poder exercido sobre elas e das dificuldades de seu tema. Já a obra *Teologia das Mulheres: a quem Deus revelou seus mistérios*, os italianos Sandro Gallazzi e Anna Maria Rizzante, procuram trabalhar com uma teologia mais emancipadora, buscando encontrar o que Deus quis revelar as mulheres em períodos remotos. Eles afirmam que “A elas devemos todas as maiores e mais lindas revelações sobre o ‘nosso’ Deus. Os homens, depois, organizaram e sistematizaram estas revelações e, quando no poder, muitas vezes, as desfiguraram, as deturparam, testaram esquecê-las” (GALLAZZI; RIZZANTE, 2012, contracapa).

O documento acima mencionado, mesmo que de maneira indireta, contribui e legitima violências e abusos cometidos contra mulheres que não estariam se comportando como Maria, e sim como Eva, a pecadora e merecedora de castigo. A ideia da culpa por suposta ausência de um comportamento *adequado* por parte mulheres, se materializa na atualidade brasileira diante da pesquisa do IPEA anteriormente mencionada sobre a *Tolerância social contra a violência contra mulheres*, mencionada na abertura deste artigo, quando 60% das pessoas entrevistadas afirmam serem as mulheres as culpadas pelos índices elevados de violência sexual, devido a seu comportamento *inadequado*. Ainda, outra constatação alarmante da pesquisa é que 26% fazem um juízo moral, apontando que as mulheres que expõem seus corpos com roupas curtas merecem ser estupradas (IPEA Brasil, 2014).

No contexto religioso, as narrativas fazem parte da educação dogmática e, no caso específico da religião católica, exercem uma influência significativa quando apresentam *modelos* de mulheres, através da história de mulheres que foram canonizadas Santas e que são um modelo a ser seguido. Uma destas histórias é da Santa Maria Goretti, que lutou bravamente contra um homem que queria possuí-la e acabou entregando sua vida para não perder a virgindade. Em realidade, preservar a virgindade é o ponto central desta narrativa, ficando em segundo plano, ou até mesmo invisibilizado o fato de ela estivesse diante de um estuprador. Mari E. Hunt realiza uma análise mais aprofundada sobre este ocorrido e chama a atenção que Maria Goretti teve que lutar sozinha contra o estuprador, desvelando o pano de fundo desta narrativa, onde se espera que cada mulher seja responsável individualmente por sua *honra*. Mais alarmante é que o agressor não é responsabilizado, nem sequer repreendido por este ato bárbaro de violência (HUNT in OROZCO [Org.], 2009). Não é raro, na atualidade, ouvir posicionamentos do senso comum de que a mulher que sofreu estupro deveria ter se *cuidado* mais, ou até mesmo ela mesma foi a agente provocadora.

No debate acerca da influência da religião cristã nos aspectos de violência contra as mulheres, não se pode olvidar o fato de que o cristianismo, ao longo da história, tenha se constituído como uma religião baseada na violência, “[...] seja pela discriminação biológica, pela caça às bruxas ou pelo abandono daquelas mulheres que se encontravam em situação de violência em seus lares” (BERGESCH in NEUENFELDT; BERGESCH; PARLOW [Orgs.], 2008, p. 119).⁵ Vale destacar o

⁵ No que se refere ao abandono das mulheres em situação de violência doméstica, em muitos momentos, a própria igreja justifica o silêncio frente a violências cometidas contra as mulheres. Neste sentido, Bohn apresenta a orientação concedida a uma mulher vítima de violência que busca *conselhos* em instituição religiosa: “O casamento é sagrado e você precisa fazer tudo que pode para mantê-lo. Seu marido é a cabeça de sua casa; faça o que ele mandar. Se você fizer, ele não precisará usar de violência. Você deve ter feito alguma coisa para tê-lo provocado. Vá para casa e corrija seu jeito, assim ele não precisará mais agir dessa forma. Todos nós precisamos sofrer; isto nos aproxima de Cristo. Ofereça seu

período histórico da Idade Média, quando o exercício do poder da Igreja Católica e também, mais tarde da protestante, juntamente com o Estado se manifestaram diretamente sobre os corpos e as vidas, em especial das mulheres, produzindo corpos moldados e domesticados pela violência, dor, medo e crenças ideológicas.

A partir de algumas exposições de ideologias religiosas cristãs, expostas neste trabalho, percebe-se que estas possuem um poder elevado de forjar identidades, assim como de impor e justificar relações de poder e violências contra as mulheres.

A religião e seus textos sagrados são, em muitos casos, determinantes no processo de produção de violência simbólica, de manutenção e de legitimação de relações de subordinação. A religião e seus textos sagrados tocam os símbolos, as convicções e a produção de sentidos da vida. [...] A religião produz e reproduz violência, e, mais que isso, a sacraliza. Funciona, desta forma, como cúmplice de processo de socialização de homens e mulheres e veículo legitimador de relações assimétricas e naturalização da violência de gênero (STROHER in OROZCO, 2009, p. 102).

No contexto histórico, social e religioso, os corpos das mulheres tem se tornado o que Lagarde y de los Ríos denomina *Cativeiro das Mulheres*, existindo várias formas de aprisionar os corpos e a sexualidade, convencionadas ideológica e culturalmente, assim como através de legislações.

[...] las madres-esposas sintetizan el cautiverio del cuerpo en la maternidad (cuerpo procreador para los Otros) y en la subsunción del erotismo (cuerpo para el placer de los Otros). Las prostitutas tienen su cautiverio corporal en especialización erótica para los otros y la negación de la maternidad. Las monjas reúnen ambos tabúes, el de la madre y el de la prostituta: el cautiverio corporal las monjas está en su ser todo tatuado para el erotismo tanto como para la maternidad (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2011, p. 197).

Vale destacar, ainda, como elemento para o debate, que no contexto da Idade Média as mulheres somente tinham reconhecimento jurídico e social com o casamento, seguido do nascimento de um membro da prole. Fora disso, estavam em perigo. Porém, ao se analisar o âmbito do casamento, elas nem aí estavam protegidas, uma vez que a Lei Civil, juntamente com as leis da Igreja, também era muito pontual quando aos castigos que estavam expostas:

sofrimento para Jesus e ele lhe dará forças para aguentar" (BOHN *apud* BERGESCH in NEUENFELDT; BERGESCH; PARLOW [Orgs.], 2008, p. 124-125).

Dentro do casamento sua situação também não era fácil, já que a lei civil era ainda mais hostil à mulher do que a lei canônica, e ambos os códigos permitiam que fosse castigada pelo marido. Houve um grande progresso quando no século XIII as “Leis e Costumes de Beauvais” ordenavam que o homem castigasse a esposa com “certa moderação” (ALMEIDA, 2011, p. 83).

Estas formas de *aprendizagem* do que é ser mulher, através da educação do corpo por métodos subjetivos e/ou bastante objetivos, como foi a caça às bruxas, têm sido eficaz na transmissão de uma moral feminina, transmutando-se no que Boudieu denomina de naturalização de uma ética (BOURDIEU, 2007a, p. 38). Nos dias atuais este signo ético se manifesta por meios coativos que indicam como as mulheres devem vestir-se e comportar-se para serem reconhecidas positivamente na sociedade como mulheres *honestas* e, portanto, merecedoras de respeito. Na sequência da pesquisa serão abordados os Direitos Humanos das Mulheres frente à perspectiva social-ideológica e jurídica da proteção das mulheres brasileiras contra o estupro.

2 DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES E A PROTEÇÃO JURÍDICA CONTRA ESTUPROS NO BRASIL: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A ideia de direitos humanos sempre se encontra no mesmo território que a dignidade da pessoa humana que foi, está ou corre o risco de ser violado. Garantir um espaço onde todas as pessoas possam usufruir de uma vida boa, tranquila e digna tem sido o mote central dos direitos humanos que são denunciadore de atrocidades e necessidades, ao mesmo tempo em que buscam promover a proteção de grupos específicos contra o Estado e/ou terceiros e garantir o acesso para uma vida boa.

No caso da categoria das mulheres, estas ainda encontram-se num processo histórico e jurídico de exigir e ter que comprovar que também são *gente* e, por conseguinte, portadoras de direitos de cidadania e igualdade isonômica dentro do Estado. A afirmação feita pode soar um tanto rude, mas basta analisar a luta desencadeada nos últimos séculos pelos Movimentos Feministas que foram verdadeiros agentes de mobilização frente ao reconhecimento das mulheres nas sociedades ditas democráticas.

Por que as mulheres são estupradas? Como a legislação, os poderes constituídos e instituições brasileiras tem se portado frente aos estupros? Antes de adentrar mais especificamente a estes temas, é preciso retornar a um fato histórico importante que pode embasar alguns entendimentos acerca do tema. Nos finais do século XV, diante da instabilidade política, as autoridades buscaram cooptar os trabalhadores que eram mais jovens e um tanto rebeldes, adotando uma política

sexual maliciosa que hostilizava as mulheres proletárias e, praticamente liberava o estupro:

[...] en Francia las autoridades municipales prácticamente dejaron de considerar la violación como delito en los casos en que las víctimas fueran mujeres de clase baja. En la Venecia del siglo XIV, la violación de mujeres proletarias solteras rara vez tenía como consecuencia algo más que un tirón de orejas, incluso en el caso frecuente de un ataque de grupo. [...] Lo mismo ocurría en la mayoría de las ciudades francesas. Allí, la violación en padilla de mujeres proletarias se convirtió en una práctica común, que los autores realizaban abierta y ruidosamente por la noche, en grupos de dos a quince, metiéndose en las casas o arrastando a las víctimas por las calles sin el más mínimo intento de ocultarse o dissimular. Quiene participaban den estos “deportes” eran aprendices o empleados domésticos, jóvenes e hijos de las familias acomodadas sin un centavo en el bolsillo, mientras que las mujeres eran chicas pobres que trabajaban como criadas o lavanderas, de quienes se rumoreaba que eran “poseídas” por sus amos (FEDERICI, 2010, p. 79).

Federici avalia esta política de Estado relatando que o estupro sofrido por estas mulheres proletárias, quer seja por seus amos ou servos, teve um preço muito alto. Normalmente elas não conseguiam se recuperar seu lugar na sociedade. A legalização do estupro, segundo a autora, criou um clima misógino e degradante para as mulheres, independente da classe social a qual pertencessem. Pior que isso, o ato foi sendo naturalizado, retirando a sensibilidade da maioria da população frente ao estupro e a todo o tipo de violência cometida pelas mulheres. Isso também contribuiu para a aceitação da caça às bruxas, que teve início neste mesmo período histórico (FEDERICI, 2010, p. 79-80).⁶

Também não se pode olvidar, quando se trata de estupros, que a própria Bíblia apresenta casos, como no livro dos Juízes, 19 (BÍBLIA, 2000), que relata um fato onde uma mulher foi oferecida no lugar de seu dono para ser estuprada e, após o estupro, foi esquartejada pelo seu marido. Nesta mesma história, um pai ofereceu sua filha para ser estuprada por bandidos. Outra parábola é a de Ló e suas duas filhas virgens, encontrada no livro do Gênesis 19, 8, quando um pai oferece suas filhas para serem estupradas por a fim de proteger seus visitantes de outros homens

⁶ “Otro aspecto de la política sexual fragmentadora que príncipes y autoridades municipales llevaron a cabo con el fin de disolver la protesta de los trabajadores fue la institucionalización de la prostitución, implementada a partir del establecimiento de burdeles municipales que pronto proliferaron por toda Europa. Hecha posible gracias al régimen de salarios elevados, la prostitución gestionada por el Estado fue vista como un remedio útil contra la turbulencia de la juventud proletaria, que podía disfrutar [...] de un privilegio previamente reservado a los hombres mayores. El burdel municipal también era considerado como un remedio contra la homosexualidad, que en algunas ciudades europeas (por ejemplo, Padua y Florencia) se practicaba amplia y públicamente, pero que después de la Peste Negra comenzó a ser temida como causa de despoblación” (FEDERICI, 2010, p. 80-81).

que queriam ter relações com eles. O pai diz: “por favor, meus amigos, não cometam esse crime! Tenho duas filhas que ainda são virgens. Vou trazê-las aqui fora para vocês. Façam com elas o que quiserem. Porém não façam nada com esses homens, pois são meus hóspedes, e eu tenho o dever de protege-los” (BÍBLIA, 2000). Em nenhum momento se pode detectar algum tipo de compaixão por estas duas mulheres, revolta ou até mesmo indignação moral, evidenciando que ambos não estavam violando nenhuma lei de seu tempo. Essas narrativas são constantemente recitadas em espaços religiosos e, nem sempre interpretadas no contexto histórico a que pertencem. Isso contribui para a criação de um imaginário de desprezo às mulheres, seus corpos e sua existência.

De acordo com Lagarde y de los Ríos (2011), esta não é uma tarefa fácil, pois tanto homens, quanto mulheres são seres que carregam consigo uma herança cultural patriarcal que se encontra ligada a crenças, vivências e de pessoas antepassadas, assim como por coisas que a humanidade tem se esforçado para mudar ou construir. Para a autora, é fundamental fazer o exercício de separar a herança cultural para analisá-la criticamente. Este foi o esforço realizado, até então nesta pesquisa que buscou apresentar um cenário mais aprofundado sobre o lugar destinado às mulheres na sociedade a fim de se compreender melhor as ações cometidas contra as mulheres que as tem afastado do que é considerado digno para um ser humano, entre esses fatores, as constantes situações de estupro. Por outro lado, é preciso fazer jus a muitos avanços que as mulheres conseguiram nos últimos períodos concernente à proteção jurídica contra o estupro no Brasil, assim como analisar a efetivação de tais direitos protetivos.

Observa-se que até o ano de 1500, as sociedades existentes vivenciavam a fase da vingança privada, na qual o rapto e o adultério da mulher eram punidos de forma severa, porém tais registros históricos não influenciaram a legislação brasileira de proteção à mulher vítima de violência sexual. Nesse contexto, o Brasil tem sua história de legislação penal referente aos crimes sexuais marcado por três fases: período colonial, imperial e republicano. Desse modo, registra-se que nas Ordenações Filipinas punia-se com pena de morte “todo homem, de qualquer estado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja, escrava, morra por ello” (FAYET, 2011, p. 25). Na sequência, tem-se o Código Criminal do Império, com influências romanas, que elencava como bem jurídico a honra, razão pela qual o delito de estupro caracteriza-se por “ter copula por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta”, aplicando-se pela de prisão de três a doze anos, e de dotar a mulher ofendida. No entanto, em sendo prostituta, a pena restringia-se a prisão de um mês a dois anos. A seu turno, trouxe o Código Criminal da República a tipificação do estupro para segurança da honra e da honestidade das famílias. Assim, aquele que “estuprar mulher virgem ou não, mas honesta”, tinha pena prevista de um a seis anos,

enquanto que à mulher fazia-se o juízo público de valor de sua honestidade, a qual cabia prová-la (FAYET, 2011, p. 26-32).

O Código Penal de 1940, vigente até o presente momento, trouxe o delito de estupro previsto em seu artigo 213, o qual consistia em constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. A nova legislação apresentou o delito de estupro inserido no Título “Dos Crimes contra os Costumes”, cujo significado remete a uma concepção patriarcal, revelando a presença de relações de dominação e sujeição da mulher, protegendo tão-somente a mulher honesta. Nessa ótica, os atributos pessoais, morais e o comportamento na esfera privada determinavam o enquadramento legal, razão pela qual se afirma que o Código Penal “sujeitava as mulheres à esfera privada de comportamento, excluindo a possibilidade de garantias públicas de direito individual que não dependessem de avaliações morais do comportamento privado” (MARQUES JUNIOR, 2009, p. 57). Compreende-se, desse modo, que a tipificação do delito de estupro dependia da conduta moral, do estado civil, da condição social e da condição corporal da mulher, exigindo, necessariamente, a verificação de requisitos subjetivos da vida da mulher, ou seja, era relevante aferir se a mulher era prostituta, casada, solteira ou viúva; se eram virgem e, ainda, se seu comportamento se enquadrava em uma vida licenciosa.

Com a evolução da sociedade, passou-se a exigir, em especial, diante da Constituição Federal de 1988, a qual se compromete em garantir o respeito inarredável da dignidade humana, a formulação de uma nova concepção de objeto jurídico do crime, atendendo a dignidade da pessoa, à liberdade de autodeterminação sexual da vítima, e à sua preservação no aspecto psicológico, moral e físico, constituindo-se, assim, em uma proteção à pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Com isso, a Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009 alterou o Título VI do Código Penal, modificando o bem jurídico para dignidade sexual, passou a tutelar a dignidade da pessoa humana, sob o enfoque sexual, e os direitos a ela inerentes, quais sejam, sua liberdade, sua integridade física, sua vida e sua honra (CAPEZ, 2016).

Nesse sentido, compreende-se que a violência sexual abrange uma série de atos: coação, com a prática de diversos atos pelo uso da força física, agressão aos órgãos sexuais e mutilação feminina, assédio sexual, matrimônio forçado, inspeções para comprovação de virgindade, prostituição forçada e todos ato que afete a integridade sexual da mulher (BAKER, 2015). Assim, o delito de estupro passou a ter a seguinte redação: “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena: reclusão de 06(seis) a 10(dez) anos”, fundindo as figuras de estupro e do atentado violento ao pudor. Passa-se, então, a estabelecer um novo paradigma na condução dos delitos sexuais, trazendo à legislação vigente modernidade e adequação social, e determinando a proteção da liberdade sexual de

toda e qualquer pessoa, adequando-se, portanto, à Constituição Federal, em seu artigo 5º, *caput*⁷, e ao artigo VII⁸ da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Tem-se, dessa forma, como sujeito passivo qualquer pessoa, seja homem, mulher, portador de anomalia sexual anatômica ou constitucional, pessoa que se submeteu a cirurgia plástica, portador de prótese, prostitutas, devassos, etc. Afirma-se, por conseguinte, que o sujeito passivo do delito de estupro é a pessoa humana, qualquer que seja a sua condição ou opção sexual, desmerecendo qualquer debate acerca do coito vaginal – antes exigido – e, portanto, da diversidade de gêneros (FAYET, 2011).

O tipo em tela possui duas ações nucleares: “constranger alguém a ter conjunção carnal” e “constranger a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”. No primeiro verbo, enquadra-se a cópula vaginal sem o consentimento da vítima, sendo indiferente se a penetração for completa ou haja ejaculação. O segundo configura-se em satisfazer o apetite carnal por meio de conjunção carnal anormal como, por exemplo, o coito *per anum*, *inter femora*, a *fellatio*, etc. Para a realização de tal prática, é pressuposto do crime a utilização de violência física ou/psíquica, ou o emprego de grave ameaça. Assim, resta tipificada a ação quando a violência é percebida pela vítima, ainda que sua resistência não seja fisicamente explícita e, também, mesmo que não apresente vestígios e marcas corporais. Destarte, a não manifesta resistência da vítima não deve ser interpretada como anuência ao ato, mas reconhecida como limitação do lugar social que ocupa nas relações de gênero quando, muitas vezes, encontra-se a vítima impedida de expressar o seu dissenso. Garante-se, nesse sentido, a aplicação do princípio da proteção da autodeterminação pessoal e da liberdade sexual, compreendendo-se a sexualidade como ato voluntário e não atividade de iniciativa e prosseguimento de incumbência do homem (MARQUES JUNIOR, 2009).

O crime de estupro qualifica-se pelo resultado lesão corporal de natureza grave ou morte (figura preterdolosa) e prevê causa de aumento de pena se da conduta resultar gravidez; e se ocorrer contágio de doença sexualmente transmissível. No caso de gravidez, tem-se o artigo 128 do Código Penal⁹, o qual

⁷ 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 [...].

⁸ Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

⁹ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

prevê a possibilidade de interrupção da gestante decorrente da prática de estupro, desde que com consentimento da vítima ou, diante da sua incapacidade, da anuência do seu representante legal. Nesse caso, não se exige autorização judicial para a realização do aborto diante do permissivo legal, bastando, para tanto, a comprovação material da prática ilícita e da interrupção perpetrada por um médico (GRECO, 2016). Destaca-se, nesse contexto, o Projeto de Lei n. 236 de 2012 proposto pelo Senador José Sarney, o qual contempla a reforma do Código Penal e, em seu artigo 128, inciso II, define que a gravidez pode ser interrompida se resultar de violação da dignidade sexual.

No entanto, embora registrado o avanço na proteção da mulher vítima de violência sexual pela legislação penal, e, em especial, a superação de um modelo de patriarcado e defesa da moral para garantia da liberdade sexual e autonomia dos corpos, observa-se a cultura patriarcal e religiosa opressora ainda enraizada no processo de elaboração de leis, tornando-se obstáculo para a efetivação de direitos de cidadania das mulheres. Retrata-se essa realidade no Projeto de Lei que cria o Estatuto do Nascituro, o qual reforça a ideia para as mulheres de que seus corpos não lhes pertencem, portanto, não têm liberdade de decisão sobre os mesmos, além de criminalizar, considerando crime hediondo, qualquer tipo de interrupção voluntária da gravidez, vedando-se, inclusive, os casos permitidos pela lei penal brasileira, ou seja, diante de perigo de morte da mãe, gravidez resultante de estupro e, no caso de anencefalia.

Igualmente, o projeto prevê um auxílio financeiro para as mulheres vítimas de estupro, denominada de *Bolsa Estupro*, determinando a manutenção da gestação e o contato com o seu agressor, eis que, sendo identificado, além do exercício do poder familiar, fica obrigado a pagar pensão alimentícia (ANGELIN, 2015). A proposta, por si só, representa um retrocesso político, social e cultural ao país, negando à mulher direitos e garantias fundamentais previstas na Constituição Federal. Nessa ótica, a antropóloga mexicana, Marcela Lagarde y de Los Ríos reflete acerca da relação fática entre as mulheres e a democracia:

Las mujeres há dicho “no hay democracia sin nosotras”, pero el hecho es que ha habido democracia sin las mujeres. Porque la democracia tradicional ha sido un espacio patriarcal de los hombres construido para establecer relaciones entre ellos y, desde luego, excluir a las mujeres. La democracia es su territorio y su confraria. Por eso, en las relaciones intragenéricas de los hombres la exclusión de ese espacio de poder y de ese espacio de identidad es conseguida muchas veces con violencia (LAGARDE Y DE LOS RÍOS, 2001, p. 205).

A ideologia cristã registrou sua marca em diplomas legais vigentes até recentemente como, por exemplo, o Código Civil brasileiro que vigorou até 2003, o

qual definia o conceito de *mulher honesta*, bem como previa a possibilidade de *devolução* da mulher à sua família, quando o marido, após o casamento, constatasse que sua noiva não era mais virgem, o que revela a equiparação da mulher a bem material móvel, passível de devolução mediante a constatação de que se encontra *avariado*¹⁰(BRASIL, 1916). Igualmente, registra-se a previsão no artigo 107 do Código Penal brasileiro, revogado pela Lei n. 11.106/05, da absolvição do estuprador caso contraísse matrimônio com a vítima ou diante do casamento dela com um terceiro¹¹.

Como se percebe, o direito de exercício de violência contra as mulheres é uma herança de leis antigas e de práticas sociais amplamente aprovadas no passado. Tais resquícios ainda se perpetuam na legislação pátria e na sociedade contemporânea, autorizando *condições* que permitam a existência generalizada desse tipo de violência. A violação sexual perpetrada por homem com vítima mulher é determinada social e culturalmente, apoiando-se em condições de vantagens que o sistema patriarcal oferece, subjugando a mulher pela utilização do seu corpo e de sua sexualidade (BAKER, 2015). Ademais, no crime de estupro, por vezes a única testemunha do fato é a própria vítima, percebendo-se um descrédito quando ouvida, pois “afinal, a culpa sempre pode ser delas” (ELUF *apud* BAKER, 2015, p. 88).

Para ilustrar o argumento exposto acima, apresenta-se o caso do estupro de uma adolescente de 16 anos, ocorrido no dia 21 de maio de 2016, no Morro da Barão, na Zona Oeste do Rio de Janeiro. Relata-se que a jovem saiu às 7h de um baile funk, acompanhada por outra adolescente, e dois jovens, os quais fizeram uso de bebida alcoólica e drogas ilícitas. Às 10h do mesmo dia, a adolescente foi deixada sozinha em uma casa abandonada da comunidade do Morro do Barão, ainda sob o efeito de drogas, sendo encontrada uma hora mais tarde, por um traficante de drogas do Morro, o qual a levou para outra casa e a violentou sexualmente. Confirmou-se que a adolescente foi estuprada, no mínimo, duas vezes, embora o exame de corpo de delito tenha resultado negativo, em razão da demora de cinco dias para coleta do

¹⁰ Art. 1.548. A mulher agravada em sua honra tem direito a exigir do ofensor, se este não puder ou não quiser reparar o mal pelo casamento, um dote correspondente à sua própria condição e estado:

I - se, virgem e menor, for deflorada.

II - se, mulher honesta, for violentada, ou aterrada por ameaças.

III - se for seduzida com promessas de casamento.

IV - se for raptada.

¹¹ Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:

VII - pelo casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes, definidos nos Capítulos I, II e III do Título VI da Parte Especial deste Código;

VIII - pelo casamento da vítima com terceiro, nos crimes referidos no inciso anterior, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeira o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contra da celebração.

material. No registro dos fatos, a jovem, interpelada pelo delegado de polícia, posteriormente afastado do caso, assim relatou:

O próprio delegado me culpou. Quando eu fui na delegacia, eu não me senti à vontade em nenhum momento. E eu acho que é por isso que muitas mulheres não fazem denúncia [...]. “Tentaram me incriminar, como se eu tivesse culpa por ser estuprada [...] Ele [...] botou na mesa as fotos e o vídeo e me falou ‘me conta aí ’ [...]”. “Ele perguntou se eu tinha o costume de fazer isso, se eu gostava disso. Aí eu falei que não ia mais responder (EL PAÍS, 2016).

Ao ser ouvida, a adolescente, inicialmente, mencionou que haviam 33 homens envolvidos. Posteriormente, em outra entrevista, registrou que ao acordar, havia um homem em baixo dela, outro em cima e dois segurando o seu corpo (EL PAÍS, 2016). Na conclusão do inquérito policial, foram indicadas sete pessoas. Dos atos praticados, foram registradas fotos, inclusive por *selfie*, e vídeos, divulgados na internet. Em um vídeo publicado, um jovem narra que mais de trinta homens “passaram por ali, apontando para as genitálias da adolescente desacordada”. Em outro registro recuperado pela Polícia Civil, observa-se a adolescente tentando resistir às agressões (GLOBO, 2016).

O caso ganhou espaço não somente na mídia nacional, alcançando os demais continentes e chocando a sociedade pela barbárie dos atos praticados, ao mesmo tempo em que surpreendeu pelos depoimentos de apoio aos acusados da prática delituosa, bem como pelos ataques ofensivos à honra, à moral e à integridade da vítima, a qual entrou no programa de proteção federal e mudou-se para outro estado do Brasil para proteger-se não somente da exposição midiática, mas para segurança pessoal diante das inúmeras ameaças de morte que sofreu. Uma semana após o caso da jovem vítima de estupro coletivo, o Senado Federal aprovou o Projeto de Lei n. 618/2015, o qual propõe a criação do artigo 225-A do Código Penal, prevendo causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas, inexistente atualmente na legislação vigente.

‘A cada 11 minutos uma mulher é estuprada no Brasil e a culpa nunca é da vítima’. A voz, saída de um megafone no entardecer na avenida Paulista na última quarta-feira, deu início a uma marcha - de mulheres em sua maioria - contra o machismo e em protesto ao estupro coletivo de uma jovem de 16 anos ocorrido no Rio de Janeiro na semana passada. A segunda informação da frase que abriu a marcha - “a culpa nunca é da vítima” - deveria ser óbvia. Mas não é (ROSSI, 2016).

Assim iniciou a reportagem de Mariana Rossi, a qual questiona por que mulheres ficaram contra a vítima do estupro coletivo do Rio. Muitas pessoas, inclusive mulheres, apoiaram-se no argumento de que a jovem era usuária de drogas, frequentava o Morro e usava roupas curtas, razão pela qual era culpada dos atos sofridos. Em outras palavras, se fosse mulher honesta, não estaria em um baile funk. A adoção do conceito de mulher honesta foi superada em 2009, com a alteração dos crimes contra os costumes para a proteção da dignidade sexual, entretanto não houve uma mudança cultural e social, continuando-se a reproduzir um discurso machista e velado por uma falsa moral. Ademais, “não há que se falar em provocação nos crimes sexuais, isto seria estabelecer uma ‘culpabilização’ da vítima, o que é, de todo, inaceitável” (GRECO, 2006). Verifica-se a existência de preconceito com relação a determinadas vítimas em casos de violência sexual, eis que enquanto aqueles que são mais recatadas, virgens, moram com os pais, trabalham ou estudam, convencem mais no julgamento, enquanto que aquelas que apresentam o comportamento mais liberal, não eram virgens, moravam sozinhas e eram maiores de idade, tem sua conduta questionada. “Alguns acreditam que o estupro seria uma consequência inevitável do risco assumido pelas mulheres e responsabilizam mulheres e meninas pelos danos que decorrem do seu comportamento (BAKER, 2015, p. 122). Exemplo disso são as declarações do promotor de justiça do Rio Grande do Sul diante de uma vítima de estupro, em uma audiência:

Pra abrir as pernas e dá o rabo pra um cara tu tem maturidade, tu é autossuficiente, e pra assumir uma criança tu não tem? Tu é uma pessoa de sorte, porque tu é menor de 18, se tu fosse maior de 18 eu ia pedir a tua preventiva agora, pra tu ir lá na Fase, pra te estuprarem lá e fazer tudo o que fazem com um menor de idade lá (ZERO HORA, 2016).

Tem-se, na verdade, uma visão distorcida da condição do homem na sociedade, pois a vítima é vista como a mulher promíscua de moral duvidosa, enquanto o estuprador é um homem “anormal”, com perturbações mentais e moral distorcida, não conseguindo conter os seus instintos naturais. Assim, “esse mecanismo de proteção impede que as pessoas aceitem que não há um perfil específico de vítima e que o agressor pode ser o homem honesto, trabalhador, pai de família” (CABETTE; PAULA, 2013).

A vitimologia é parte da ciência penal e contribuiu para a visibilidade da mulher como vítima sujeito de direito e de proteções. No entanto, não se trata, unicamente, de assegurar amparo legal, mas de visibilidade à violência praticada contra mulher pelo simples fato dela “ser mulher”. Trata-se de uma violação perversa e intolerável, a qual representa um obstáculo para a satisfação das interesses da

mulher e, por conseguinte, para concretização e gozo dos direitos humanos e de cidadania a ela inerentes.

3 O EMPODERAMENTO DA MULHER A PARTIR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça penal mostra-se ineficiente, seletiva, custosa e agrava os problemas que deveria resolver. No entanto, ainda é resistente a ideia de movimentos de reforma mais profundas, absorvendo até o presente momento pequenas modificações. A preocupação reside na necessidade de construção de um discurso que constate as mazelas do atual sistema punitivo-retributivo, o qual se direciona exclusivamente ao acusado, e coloca à margem a vítima e sua comunidade, e que proponha práticas comunitárias de tratamento de conflitos em que há a redescoberta da vítima e o restabelecimento do equilíbrio rompido entre as partes (SICA, 2007a).

Nesta senda, a Justiça Restaurativa encoraja a vítima e seu ofensor a assumir papéis mais ativos ao tratar o conflito mediante discussão e negociação, reservando-se aos agentes públicos o papel de facilitadores, os quais utilizam a linguagem que os coloca no mesmo nível de poder das partes. Ademais, intensifica a participação da comunidade, cujo papel é ser destinatária de políticas de reparação e reforço do sentimento de segurança coletivo, bem como ser ator social de uma cultura de paz baseada em ações reparadoras concretas das consequências de um crime. Por isso, afirma-se que o modelo em estudo destaca a necessidade de um *empowerment*¹² como base fundamental da nova subjetividade atribuída “aos indivíduos um papel ativo, um papel de redefinição dos problemas, de reafirmação da própria esfera de autonomia e poder, seja em termos culturais, políticos, psicológicos” (SICA, 2007a, p. 19).

Todo ser humano requer um grau de autodeterminação e autonomia em suas vidas. O crime rouba este poder das vítimas, já que outra pessoa exerceu controle sobre elas sem seu consentimento. A Justiça Restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas. Isso também dá poder aos infratores de responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram e iniciar um processo de reabilitação e reintegração (MARSHAL; BOYACK; BOWEN, 2005 In SICA, 2007a. p. 273).

As práticas restaurativas representam uma mudança de linguagem e orientação ao passo em que criam a oportunidade de revigorar o debate sobre as

¹² O termo refere-se ao empoderamento.

causas do crime e não responder às demandas por severidade e punição. Por isso, oportuniza a inclusão das vítimas e uma abordagem determinada sob um novo olhar dos fatos sociais, um olhar mais concentrado nos sujeitos da relação em conflito e na satisfação de suas necessidades e sentimentos. Verifica-se que os mecanismos restaurativos caracterizam-se como um processo colaborativo que envolve as pessoas diretamente afetadas mais diretamente por um crime, as quais são chamadas de “partes interessadas principais”, e auxiliam na melhor forma de reparação do dano causado pela transgressão. No entanto, questionam-se quem são as principais partes interessadas na Justiça Restaurativa e de que forma devem se comprometer na realização da justiça. Por isso, importa elucidar a teoria proposta por McCold e Watchel, cuja composição se dá por três estruturas, as quais embora sejam relacionadas, são distintas conceitualmente (MCCOLD; WACHTEL, 2003).

A Janela de Disciplina Social contrapõe-se à prática retributiva, eis que esta tenciona a rotular as pessoas de forma negativa ou, ainda, a proteger as pessoas das consequências de suas ações erradas, revelando o escopo da Justiça Restaurativa no tocante à resolução de problemas a partir da desaprovação das transgressões ao mesmo tempo em que valoriza o interior do indivíduo transgressor. Assim, permite que aquele que fora prejudicado tenha a oportunidade de expressar seus sentimentos, de forma a descrever como fora afetado e a desenvolver uma forma de reparação do dano que venha a evitar a sua reincidência. Em complemento, devido ao perfil de reintegração, supre as necessidades emocionais e materiais das vítimas, enquanto faz com que o ofensor assuma as consequências de seus atos para que, com a reparação dos danos, não seja mais visto como tal.

Afirmam os autores em estudo que a estrutura em comento determina quatro abordagens à regulamentação do comportamento: *punitiva*, *permissiva*, *negligente* e *restaurativa*, elucidando quatro palavras que as resumem: NADA, PELO, AO e COM.

Se negligente, NADA faz em resposta a uma transgressão. Se permissiva, tudo faz PELO (por o) transgressor, pedindo pouco em troca e criando desculpas para as transgressões. Se punitiva, as respostas são reações AO transgressor, punindo e reprovando, mas permitindo pouco envolvimento ponderado e ativo do mesmo. Se restaurativa, o transgressor encontra-se envolvido COM o transgressor e outras pessoas prejudicadas, encorajando um envolvimento consciente e ativo do transgressor, convidando outros lesados pela transgressão a participarem diretamente do processo de reparação e prestação de contas. O engajamento cooperativo é elemento essencial da justiça restaurativa (MCCOLD; WACHTEL, 2003).

A seu turno, a segunda estrutura, denominada de Papel das Partes Interessadas, enfatiza a relação entre o dano causado pela prática transgressora às

necessidades específicas de cada parte interessada na solução da mesma, e às respostas restaurativas necessárias ao atendimento destas necessidades, possibilitando, desta forma, a distinção entre partes interessadas principais – maiores afetados – dos indiretamente interessados. Verifica-se, neste contexto, as principais partes como sendo vítima e transgressor, bem como aqueles que têm relação significativa com os mesmos são considerados diretamente afetados, ao passo que constituem a comunidade de apoio e assistência à vítima e ao transgressor. Por outro lado, as demais pessoas integrantes da sociedade, representantes do Estado e organizações religiosas, educacionais, sociais, sofrem um dano indireto e impessoal, esperando-se que os mesmos venham a apoiar os processos restaurativos, razões pelas quais se enquadram como indiretamente afetados.

Ademais, constata-se que as vítimas são prejudicadas diante da falta de controle que evidenciam com a transgressão, razão pela qual precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal, o que se dá a partir da transformação de vítima em sobrevivente. Já o ofensor prejudica seu relacionamento com suas comunidades de assistência no momento em que trai a confiança das mesmas, somente vislumbrando o restabelecimento da confiança perdida ao assumir a responsabilidade por suas más ações.

As comunidades de assistência têm suas necessidades preenchidas com a garantia da responsabilização do ofensor e da sua reintegração e da vítima às suas comunidades. As partes secundárias não são diretamente ligadas à vítima e ao ofensor, motivo pelo qual não devem tomar para si o conflito e interferir na oportunidade de reconciliação e reparação. A sua resposta deve residir no apoio e facilitação dos processos de restauração, os quais reintegrarão vítima e ofensor, fortalecendo a comunidade, aumentando a coesão e ampliando a capacidade dos cidadãos de tratar seus próprios conflitos como forma de garantia de seus direitos fundamentais (MCCOLD; WACHTEL, 2003).

Como último elemento estrutural, encontra-se a Tipologia das Práticas Restaurativas, a qual consiste em chamar todas as partes interessadas, sejam diretas ou indiretas para, a partir de um processo de conciliação, vislumbrar uma solução efetiva ao conflito, de modo a suprir as necessidades emocionais de cada um. Desta forma, a plena realização do conceito de Justiça Restaurativa somente será verificada com a participação ativa de todos os grupos envolvidos, como em “conferências ou círculos”, consoante demonstra a ilustração abaixo.

Tipos e Graus de Práticas de Justiça Restaurativa



Para compreender-se a forma como atua a Justiça Restaurativa e como visualiza a conduta do ofensor, o papel da vítima, bem como das partes de apoio, importa refletir acerca da prática de um crime e suas consequências às partes envolvidas no conflito, relacionando tais dados à teoria supracitada. Consoante manifesta Zehr, a prática de um crime e a sua experiência não são tarefas fáceis de serem compreendidas, bem como enfrentar o significado de ser uma vítima ou fazer alguém de vítima desencadeia emoções intensas, as quais assustam e fazem recuar (ZEHR, 2008). O modelo restaurativo integra o mediador, a vítima, o agressor, a família destes (amigos, vizinhos, colegas de escola ou de trabalho, membros de agremiações desportivas e de congregações religiosas), bem como profissionais de área, representantes de comunidade, ou seja, pessoas ou entidades que tenham sido afetadas pela prática do crime e que tenham como desejo a restauração dos valores de segurança, justiça, solidarismo, responsabilidade, comunitarismo e civismo (FERREIRA, 2006).

Importa salientar que as câmaras restaurativas se caracterizam por reunir pessoas afetadas por uma conduta que causou um grave dano (físico, psicológico, moral), objetivando encontrar meios de reparar os prejuízos e evitar a repetição da conduta negativa. Nesta oportunidade, além da vítima e do infrator, participam seus respectivos apoios e as autoridades que investigam o fato, sendo os trabalhos conduzidos por um mediador devidamente treinado (BRANCHER, 2006). A importância do procedimento adotado não reside no escopo de negação da natureza trágica do ocorrido, mas em desmistificá-lo a partir do desembaraçamento dos

meandros dessa vivência, “enxergando-a como uma tragédia humana que envolve duas pessoas – pessoas que, em muitos aspectos, se assemelham bastante a nós mesmos” (ZEHR, 2008, p. 18).

Ao oportunizar a participação da vítima no processo, mostrando-lhe um rosto, e não apenas uma figura abstrata que deu ensejo ao procedimento criminal, dá-se a oportunidade de diálogo em um foro seguro para dizer como foram afetadas, pois somente elas podem dizer sobre a melhor maneira de reparar o dano sofrido e minimizar consequências futuras (BRANCHER, 2006). A vítima, ao ser atacada, inicialmente vive um processo de choque e negação, ao não compreender a razão daquele fato danoso estar acontecendo consigo. Algumas vítimas ficam paralisadas, incapazes de agir, enquanto outras reagem, gritam na esperança de serem socorridas e acordadas do pesadelo em que se encontram. Por isso, são tomadas por sentimentos de confusão, impotência, pavor e vulnerabilidade. Tais emoções e sentimentos acompanham a vítima por algumas semanas posteriores, porém surgem a raiva, a culpa, a suspeita, a depressão, a ausência de sentido, as dúvidas e o arrependimento.

Ela sempre lutará com o medo e com a sensação de vulnerabilidade e impotência. Alguém assumiu o controle deixando-a impotente e vulnerável e será difícil reconquistar a confiança de sentir-se segura e no controle da situação. Juto com essa luta interior ela estará tentando recobrar a confiança nos outros, no mundo. Ela e seu mundo foram violados por alguém, e a sensação de estar à vontade com as pessoas, com sua casa, sua vizinhança e com seu mundo será difícil de resgatar (ZEHR, 2008, p. 21).

A experiência de ser vítima de um crime pode ser muito forte e refletir em todas as áreas da vida. “Para as vítimas de crimes, os efeitos colaterais são muitas vezes bastante traumáticos e de longo alcance” (ZEHR, 2008, p. 23). Nesta ótica, a ideia do procedimento restaurativo realiza a restauração da paz pública e da normalização das relações sociais e recuperação do *status quo* econômico da vítima (quando possível), passando para a sua reabilitação psico-afetiva. Salienta-se, igualmente, que a reparação em tela não somente refere-se à indenização por danos físicos, materiais, psicológicos e sociais da vítima, como também possui uma dimensão emocional e simbólica, plena de significado e esperança, podendo caracterizar-se por um pedido de desculpas até por gestos simbólicos de aperto de mão ou abraço entre ofensor e vítima (FERREIRA, 2006).

O crime torna-se traumático por consistir em uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que é o indivíduo, daquilo que acredita e do seu espaço privado. Assim, o crime revela-se como aniquilador porque destrói ou fragiliza dois pressupostos fundamentais sobre os quais a vida é calcada: “a crença de que o

mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal. Esses dois pressupostos são essenciais para a inteireza do nosso ser” (ZEHR, 2008, p. 24). Por isso, compreende-se que se o indivíduo conseguir responder aos questionamentos do porquê e como o fato ocorreu, o mundo pode voltar a ser seguro novamente. Então, as vítimas precisam deixar de ser vítimas e considerarem-se sobreviventes, progredindo até o ponto onde a agressão e aquele que a fez não mais tenham domínio sobre ela.

Entretanto, além de indenização e respostas, as vítimas requerem a oportunidade de expressar e validar suas emoções, sua raiva, seu medo e sua dor. O sofrimento e a dor referem-se à violação, razão pela qual precisam ser ventilados e ouvidos. Ademais, elas necessitam de um espaço que seja capaz de ouvi-las e não calar a sua história e o seu sofrimento como ocorre no atual sistema judiciário. Neste sentido, verifica-se que o empoderamento restitui a autonomia e o controle sobre seu ambiente, isto é, revela-se como fechaduras novas para as portas, ou como uma oportunidade de produzir um novo olhar do sentido de sua vida.

As práticas restaurativas estão preocupadas em apoiar os infratores, de forma que eles sejam estimulados a entender, aceitar e cumprir com as suas obrigações, reconhecendo que não são tarefas impossíveis nem impostas para causar-lhes prejuízo ou sofrimento (BRANCHER, 2006). No entanto, ocorre o inverso. Esquecendo-se que o ofensor já tem pouca autoestima, autonomia e poder pessoal, razão pela qual recorre a tais práticas, ele é tratado de forma a despir-se completamente do pouco que tinha, deixando-o ainda mais privado de recursos para conseguir autoestima e autonomia de forma legítima.

Conforme o relato de um homem que passou 17 anos na prisão, compreende-se que crimes e violências são muitas vezes correlatos e constituem uma forma de afirmar a identidade e o poder pessoal daquele que o comete. Bobby foi um menino negro e pobre, cujo pai era alcoólatra. Diante dos caminhos que a vida apresentou a ele, o crime revelou-se uma esperança de sair da “prisão da nulidade pessoal” (ZEHR, 2008, p. 36).

Sua violência não é um fantasma ou doença que os aflige sem motivo, nem tampouco um veículo conveniente para paixões hediondas. Pelo contrário, sua violência é uma adaptação a vidas vazias e muitas vezes brutais [...] [A violência] de boa parte dos homens violentos é, em última análise, gerada pela hostilidade e abusos de outros, e alimentada pela falta de confiança em si e baixa auto-estima. Paradoxalmente, sua violência é um tipo deformado de autodefesa e serve somente para confirmar os sentimentos de fraqueza e vulnerabilidade que foram a origem primeira dessa mesma violência. Quando sua violência atinge vítimas inocentes, assinala não um triunfo da coragem, mas uma perda de controle (JOHNSON, 1984, p. 571).

Portanto, verifica-se a necessidade de o ofensor aprender que é alguém de valor, que possui poder e responsabilidades suficientes para tomar boas decisões. Compreender, ainda, o respeito aos outros e seus bens, bem como saber lidar pacificamente com situações de frustração e conflito. Ao invés disso, a reação punitivista/repressivista o ensinará a recorrer a violência para obter validação pessoal, para conseguir lidar com o mundo e solucionar seus problemas.

O processo judicial costuma sedimentar estereótipos sobre as vítimas e a sociedade, focalizando os erros cometidos pelo ofensor e não ao dano causado à vítima. Neste rumo, a responsabilização deve ser encarada mediante a compreensão das consequências humanas advindas dos seus atos, ou seja, encarar aquilo que faz e a pessoa contra quem atuou, fazendo com que o ofensor seja estimulado a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, bem como as medidas para reparar os danos. O grande problema reside no fato de que as sentenças punem os infratores, não os tornam responsáveis, o que se entende como a causa que os leva a transgredir novamente, pois quando uma punição é imposta a uma pessoa responsável, esta reage com responsabilidade. Mas se ela for considerada irresponsável, tal ato a tornará mais irresponsável (ZEHR, 2008).

Destarte, os mecanismos restaurativos implicam em responsabilidade e compromissos concretos do ofensor, fazendo-o compreender as consequências dos seus atos e a considerar o mal causado a suas vítimas. No entanto, o ofensor vê a Justiça como um jogo no qual todos são seus adversários, não tendo qualquer motivação para reconhecer sua responsabilidade e nenhuma chance para expressar seu sentido de responsabilidade. Por isso, compreende-se que “a sensação de alienação em relação à sociedade, que a maioria dos infratores sente, o sentimento de que eles próprios são vítimas, é maximizado pelo processo legal e pela experiência da prisão” (BRANCHER, 2006, p. 217).

A ofensa foi cometida por uma pessoa que, por sua vez, também foi violada. Embora isto não seja desculpa para seus atos, eles de fato nasceram de um histórico de abusos. Criança, ele sofreu violência física. Depois de crescido, sofreu violência psicológica e espiritual, que feriram seu sentido de ser e relacionar-se com o mundo. Nenhum aspecto do processo levará estas coisas em consideração. Provavelmente nada o conduzirá ao caminho da inteireza (ZEHR, 2008, p. 44).

Vislumbra-se, portanto, que o crime se revela como a forma de afirmação pessoal e valor enquanto pessoa por parte do ofensor. Por outro lado, tira de alguém o seu sentido de poder pessoal. Para reverter tal cenário, de forma que a vítima tenha sua inteireza recobrado, deve ser devolvida a sua autonomia. Para o ofensor

recobrar sua inteireza, deve desenvolver sua autonomia alheia à ideia de dominação do outro.

CONCLUSÃO

Com a pauta de direitos humanos centrada como pano de fundo nos debates travados nos Estados Democráticos de Direito, cabe a todas as áreas do conhecimento dedicarem uma análise mais aprofundada de aspectos envolvendo a compreensão das identidades, das diferenças, das desigualdades e das relações de poder que afetam a dignidade humana, a limitam ou dificultam sua efetivação. Os direitos humanos, embora não possam ser considerados supremos e, muito menos utilizá-los na perspectiva culturalista, são um convite para uma mirada de mudança nas relações sociais. Por isso, explicações simplórias não podem fazer parte desta pauta.

A partir do desafio lançado por esta breve pesquisa, em abordar aspectos culturais, religiosos e históricos que contribuem para a naturalização dos mais diversos tipos de violência contra os corpos das mulheres, entre eles o estupro que, de alguma forma repercute na formulação e/ou efetivação de legislações, percebe-se que, a sociedade ainda está pautada na tentativa de fixação de papéis identitários de gênero, o que vem gerando aprofundamentos de violência.

Interessante perceber os processos de fluidez na composição e formação identitária, influenciados pela cultura e pela ideologia religiosa, uma vez que, a partir disso, é possível ocupar esta fissura do discurso do senso comum para motivar debates que sustentam a *desnaturalização* identitária das mulheres. Elementos religiosos de poder se fazem presentes em muitas das formas opressoras contra as mulheres, inclusive nas atitudes de menosprezo e culpabilização das mulheres que sofrem estupro, como pode ser visto na pesquisa publicada pelo IPEA. Ao mesmo tempo, a teologia feminista e outras formas de interpretação bíblica baseadas em argumentos voltados para historicidade das religiões cristãs, bem como numa hermenêutica humanizante contribuem para trazer a tona memórias coletivas, analisadas a partir de padrões críticos e emancipadores.

Compreender que a violência sexual não é exclusivo da esfera privada e relativo à intimidade, mas é uma questão ético-política, o que requer o rompimento da cultura de dominação, exclusão e violação da mulher. Interpretações deterministas do papel das mulheres e de sua autonomia, realizadas por algumas Igrejas cristãs deterministas, têm contribuído negativamente na redução da violência contra as mulheres. Prova disso são as bancadas evangélicas no Congresso Nacional que insistem em retirar direitos humanos das mulheres positivados na

própria Constituição Federal de 1988, por decorrência, em especial, do artigo 3º, inciso IV, que apregoa o princípio da não discriminação por sexo.

As práticas restaurativas enfraquecem o processo de exclusão dos indivíduos ao possibilitar a humanização e a pacificação das relações envolvidas em um conflito, eis que ao contrário da justiça penal, não busca a mera resposta punitiva aos transgressores – fato gerador das desigualdades sociais – mas propõe um processo colaborativo entre todas as partes envolvidas no fato delituoso. Promove, assim, a pacificação dos conflitos e a interrupção das cadeias de reverberação da violência e dos processos de criminalização.

Nesse sentido, os mecanismos restaurativos permitem a efetivação de uma gestão de conflitos participativa, democrática e descentralizada, baseada nas relações sociais entre a comunidade e o poder público, sendo que o resultado desta interação mobiliza o capital social e constitui a rede de cooperação, construindo, por conseguinte, uma ação coletiva de redução das desigualdades sociais e de solidificação do sentimento de pertencimento a uma comunidade.

Verificam-se que as experiências da Justiça Restaurativa têm contribuído para a organização e o desenvolvimento da justiça social, na construção de um espaço mais solidário e fraterno, o que corrobora o compromisso firmado pelo Conselho Nacional de Justiça pelo desenvolvimento das práticas restaurativas, as quais se revelam como forma da valorização do ser humano, como instrumentos para tratamento de conflito sem violência, incentivando a paz e o restabelecimento das relações entre as pessoas.

Os direitos humanos das mulheres brasileiras, conquistados a partir de muita resistência organizada pelos movimentos sociais, não podem sofrer retrocessos. Os corpos das mulheres na sociedade seguem buscando um espaço de equidade com as demais pessoas, respeitando as diferenças que lhes são peculiares. Os movimentos cultural e jurídico por vezes se misturam e formam um emaranhado que está ligado por uma linha tênue: por vezes a cultura hegemônica influencia a elaboração de legislações e, por outras são os grupos que sofrem algum tipo de violação de sua dignidade que se organizam e forçam a positivação de direitos que, depois de entrarem no ordenamento jurídico, são capazes de modificar padrões culturais. Por este motivo, não se pode desprezar nem um, nem outro.

A criação e a efetivação de direitos humanos das mulheres envolvem, sem dúvida, relações de poder e, trazer presente a memória coletiva da história das mulheres, papel tão bem feito pelos Movimentos Feministas, contribui para que não somente elas, mas toda a sociedade possa ressignificar as relações humanas. É preciso seguir buscando pontos de encontro dentro da diversidade humana para exercer o respeito e a garantia de um convívio comum digno. Isso é possível com uma mudança cultural que dê voz pública para as mulheres, garantindo que ocupem

espaços da vida pública e, também pela redistribuição de renda que garanta a mudança de *status* social e, a conseqüentemente participação paritária das mesmas nas decisões do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Rute Salviano. **Uma voz feminina calada pela Inquisição**: Religiosidade no final da Idade Média, as Beguinas e Margarida Porete. São Paulo: Hagnos, 2011.

ANGELIN, Rosângela. Mulheres, ecofeminismo e desenvolvimento sustentável diante das perspectivas de redistribuição e reconhecimento de gênero. Estamos preparados? **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/6751>>. Acesso em: 19 mar. 2016, p. 1569-1597.

ANGELIN, Rosângela. Direitos sexuais e direitos reprodutivos das mulheres: avanços e desafios na construção da democracia. **Coisas do Gênero**. v.1 n. 2 jul.-dez. São Leopoldo, 2015, p. 182-198.

BAKER, Milena Gordon. **A tutela da mulher no direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BERGESCH, Karen. Falas de violência e o imaginário religioso. In: NEUNFELDT, Elaine; BERGESCH, Karen; PARLOW, Mara [Orgs.]. **Epistemologia, violência e sexualidade**: Olhares do II Congresso Latino-Americano de Gênero e Religião. São Leopoldo: Sinodal-EST, 2008, p. 115-127.

BÍBLIA SAGRADA. **Nova tradução na linguagem de hoje**. Barueri (SP): Sociedade Bíblica do Brasil, 2000.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação Masculina**. 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007a.

BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. Tradução: Sergio Micelli. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007b.

BRANCHER, Leoberto Narciso. Justiça, responsabilidade e coesão social. Reflexões sobre a implementação na Justiça da Infância e da Juventude em Porto Alegre. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.; BOTTINI, P. (Org.). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília-DF: Ministério da Justiça 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27 Set. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2848 de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 de Set. 2016.

BRASIL. **Lei n. 3071 de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 Set. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei 478/2007**. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Câmara dos Deputados. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>>. Acesso em 24 Jul. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei 236/2012**. Dispõe sobre a Reforma do Código Penal Brasileiro. Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 27 Set. 2016.

BRASIL. **Projeto de Lei 618/2015**. Acrescenta o art. 225-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever causa de aumento de pena para o crime de estupro cometido por duas ou mais pessoas. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/123183>>. Acesso em: 27 Set. 2016.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; PAULA, Verônica Magalhães de. **Crime de estupro: até quando julgaremos as vítimas?** Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/-artigo,crime-de-estupro-ate-quando-julgaremos-as-vitimas,43148.html>>. Acesso em: 27 Set. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. São Paulo: editora Saraiva, 2016.

EL PAÍS. **O que já se sabe sobre o estupro coletivo no Rio de Janeiro**. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/31/politica/1464713923_178190.html>. Acesso em: 27 Set. 2016.

EL PAÍS. **Nova delegada do Rio garante: está provado o estupro coletivo da jovem de 16 anos**. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/05/30/politica/1464631347_-909205.html?rel=mas>. Acesso em: 27 Set. 2016.

FAYET, Fabio Agne. **O Delito de Estupro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FEDERICI, Silvia. **Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva**. Traducción: Verónica Hender y Leopoldo Sebastián Touza. Madrid: Traficantes de Sueños, 2010.

FERREIRA, Francisco Amado. **Justiça restaurativa**. Natureza, finalidades e instrumentos. Coimbra: Coimbra, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização, introdução e Revisão Técnica: Roberto Machado, 30. Reimpressão, Rio de Janeiro, Edições Graal, 2012.

FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade**: A vontade de saber. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque; J.A. Guilhon, Volume 1. 21. reimpressão. Rio de Janeiro, Edições Graal, 2011.

GALLAZZI, Sandro; RIZZANTE, Anna Maria. **Teologia das Mulheres**: a quem Deus revelou seus mistérios. São Paulo: Fonte Editorial, 2012.

GEBARA, Ivone. **Teologia Urbana**: Ensaios sobre ética, gênero, meio ambiente e a condição humana. São Paulo: Fonte Editora, 2014.

GEBARA, Ivone. **Rompendo o Silêncio**: uma fenomenologia feminista do mal. Tradução: Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.

GEBARA, Ivone. **As incômodas filhas de Eva na Igreja da América Latina**. 2. ed. São Paulo: Edições Paulinas, 1990.

GLOBO. **'Errada era ela', diz suspeito de estupro coletivo no Rio**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/06/ali-era-o-lugar-dos-trafficantes-diz-suspeito-de-estupro-coletivo-no-rio.html>>. Acesso em: 27 Set. 2016.

GONZALES, Justo L. Prefácio. In ALMEIDA, Rute Salviano. **Uma voz feminina calada pela Inquisição**: Religiosidade no final da Idade Média, as Beguinhas e Margarida Porete. São Paulo: Hagnos, 2011.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. A vítima na doutrina penal: conceito, tipos e evolução histórica. In: **Revista de Direito de São Bernardo do Campo**. São Bernardo do Campo, n. 12, v. 10, 2006. pp. 09-24.

GRECO, Rogério. **Direito Penal**. Parte Especial. Volume III. Niterói: Impetus, 2016.

GRUN, Anselm; JAROSCH, Linda. **Mulheres na Bíblia**: Força e ousadia para viver o que você é. Tradução: Janaína Martins Viscard. Petrópolis, RJ: Vozes, 2013.

HALL, Stuart. **A identidade Cultural na pós-modernidade**. Tradução: Thomaz Tadeu da Silva; Guacira Lopes Louro, Rio de Janeiro, DP&A editora, 2005.

HUNT, Mari E. Religião e violência contra as mulheres: diferentes causas, compromisso comum. In: OROZCO, Yuri Puello [Org.]. **Religiões em diálogo**: violência contra as mulheres. São Paulo: católicas pelo Direito de Decidir, 2009, p. 07-20.

IPEA Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Errata da pesquisa "Tolerância social à violência contra as mulheres"**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=21971&catid=10&Itemid=9>. Acesso em: 05/05/2014.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. **Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas**. Madrid: Romanyà Vakks, 2011.

LAGARDE Y DE LOS RÍOS, Marcela. **Género y Feminismo**: desarrollo humano y democracia. 3. ed. Madrid: horas y HORAS, 2001.

MARQUES JUNIOR, Gessé. **Estupro**. Uma interpretação sociológica da violência no cárcere. Curitiba: Juruá, 2009.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. **Em busca de um paradigma**: uma teoria de Justiça Restaurativa. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia, 10-15 agosto de 2003. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.realjustice.org/library/paradigm_port.html>. Acesso em: 10 out. 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 27 Set. 2016.

OROZCO, Yuri Puello. Violência, religião e direitos humanos. In: OROZCO, Yuri Puello [Org.]. **Religiões em diálogo**: violência contra as mulheres. São Paulo: católicas pelo Direito de Decidir, 2009, p. 131-140.

ROSSI, Mariana. **Por que as mulheres culpam a vítima do estupro coletivo no Rio?** Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/03/politica/1464986541_4444-83.html>. Acesso em: 27 Set. 2016.

RUETHER, Rosemary R. **Sexismo e religião**: rumo a uma teologia feminista/Rosemary Radford Ruether; [tradução Walter Altmann, Luís Marcos Sander]. São Leopoldo, RS: Sinodal, 1993.

SANTOS, Jeová Rodrigues dos. Religião e violência contra a mulher: diferentes olhares. In: REINER, Ivoni Richter [Org.]. **Direitos Humanos**: enfoques bíblicos, teológicos e filosóficos. São Leopoldo: Oikos; Goiânia: PUC, 2011, p. 91-104.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

STROHER, Marga J. O que espero da religião? Palavras que me trazem para a vida! Mulheres tomam a palavras sobre religião e o discurso religioso na produção e na reprodução da violência sexista. In: OROZCO, Yuri Puella [Org.]. **Religiões em diálogo**: violência contra as mulheres. São Paulo: católicas pelo Direito de Decidir, 2009, p. 101-118.

VEGA, Adela Bork. **Variantes e Invariantes de las memorias colectivas y emblemáticas en el contexto latinoamericano**: el caso chileno. Rev. Filos., Aurora, Curitiba, v. 28, n. 43, p. 187-204, jan./abr. 2016.

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

ZERO HORA. **Declarações de promotor contra vítima de abuso sexual chocam desembargadores no Rio Grande do Sul**. Disponível em:

<<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/policia/noticia/2016/09/declaracoes-de-promotor-contra-vitima-de-abuso-sexual-chocam-desembargadores-no-rio-grande-do-sul-7405953.html>>. Acesso em: 27 Set. 2016.

PAZ PARA BOKO HARAM: O DIREITO FRATERO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO DOS CONFLITOS NA ÁFRICA OCIDENTAL

Bruna Escobar Teixeira¹

RESUMO

Este trabalho versa acerca do direito fraterno como um mecanismo de diálogos para os conflitos armados. Tem como objetivo contextualizar e compreender o conflito que apresentado pelo grupo terrorista Boko Haram, da mesma forma que pretende apresentar soluções humanas e efetivas para a resolução desses conflitos. O estudo apresenta, primeiramente, uma caracterização do grupo em análise para compreender como se manifesta na comunidade internacional. Posteriormente, o texto discorre sobre um método de interpretação e resolução dos conflitos, o direito fraterno. Na metodologia utilizou-se pesquisa bibliográfica numa abordagem de caráter exploratório. O resultado da pesquisa aponta que a comunidade internacional busca por uma solução efetiva para os conflitos atuais. A conclusão indica que o direito fraterno se apresenta como um novo paradigma, com base na alteridade e valorização do ser humano, como um método pacificador do conflito no grupo terrorista.

Palavras-chave: Direito Fraterno. Boko Haram. Conflitos Armados. Comunidade Internacional.

INTRODUÇÃO

A contemporaneidade movimenta-se com o desconhecido. Embarca em um tempo que surgem novos conflitos, novas identidades que ameaçam a segurança, uma liquidez que se olvida do ser humano. Cotidianamente, a mídia mostra para o mundo milhares de mortes causadas por grupos terroristas. Cenário em que o direito é chamado a dar uma solução.

Essa situação carece de uma modelo de respostas humanas e que seja efetivo. O direito fraterno aborda o acolhimento do outro e a valorização do ser humano. Boko Haram é um grupo terrorista que nasceu na Nigéria e que vem amedrontando os cidadãos da região. Nas localidades onde grupo se apresenta, os

¹ Mestranda em Direitos Especiais pela Universidade Regional Integrada Alto Uruguai e das Missões (URI) - Campus Santo Ângelo/RS. Integrante do grupo de pesquisa Tutela dos Direitos e sua Efetividade vinculado ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito - Mestrado e Doutorado da URI. E-mail: bruna-escobar@hotmail.com.

indivíduos ficam impossibilitados de realizar suas tarefas diárias. Diante dessa situação, questiona-se: o direito fraterno é capaz de demonstrar e findar a violência causada pelo grupo terrorista na Nigéria?

Assim, a pesquisa objetiva tratar sobre o direito fraterno como um mecanismo de pacificação dos conflitos armados, sob a justificativa de proteger o maior dos direitos humanos, o direito à vida. Para cumprir com o objetivo referido, utilizou-se do método monográfico, a partir de pesquisas em fontes bibliográficas, tais como livros e artigos publicados relativos ao assunto. A escrita se divide em três partes e apresenta, explica, na primeira delas a atuação do grupo Boko Haram desde seu surgimento até suas principais ações. Posteriormente, a discussão versa sobre o direito fraterno e sua implementação nos conflitos que se evidencia o inimigo. Por fim, o texto aborda a fraternidade como uma argumentação sensível aos conflitos que ameaçam os direitos humanos.

1 CONHECENDO O GRUPO TERRORISTA BOKO HARAM

Imagina-se que os membros de Boko Haram preferiam ser “conhecidos pelo seu nome árabe - Jama'atu Ahlis Sunna Lidda'awati Wal-Jihad - que significa ‘Pessoas Comprometidas com a Propagação dos Ensinamentos e Jihad do Profeta’” (ADIBE, 2013, p. 10).

Entretanto, na cidade Maiduguri, Nordeste da Nigéria, os moradores chamam-lhes de “Boko Haram, uma combinação da palavra 'Boko' que significa educação ocidental e a palavra 'Haram' que significa pecado e literalmente significa proibido” (ADIBE, 2013, p. 10). Dessa forma, o nome do grupo é traduzido como: “a educação é um sacrilégio ou a educação ocidental é um pecado” (ADIBE, 2013, p. 10).

Além de nomear o grupo de Boko Haram, os moradores também os chamavam de “Taliban”, ainda que não exista ligação com os talibãs do Afeganistão. Outros moradores afirmam que o grupo “não tem um nome específico para si, apenas muitos nomes atribuídos a ele por pessoas locais (ADIBE, 2013, p. 11).

O grupo surgiu “influenciado pelo antigo grupo islâmico Maitatsine com uma atitude agressiva contra a influência ocidental e às autoridades governamentais, sendo o primeiro a tentar impor uma ideologia religiosa na Nigéria” (PALADINI, 2014, p. 2-3).

O terrorismo pode ser identificado como uma maneira peculiar de luta política, “um estratagema voltado para alterar rapidamente a correlação de forças. Tem como fim uma meta política; emprega como meio de ação uma forma específica de emprego da força - o terror” (DINIZ, 2002, p. 19). Ademais, “emprega-a não de

forma a produzir imediatamente aquela meta política, isto é, não visa a dissuadir nem a compelir, mas sim a induzir no alvo um comportamento que permita derrotá-lo” (DINIZ, 2002, p. 19).

É nesse sentido de definição que o grupo se apresenta. Boko Haram é um grupo islâmico que “acredita que a política do norte foi apreendida por um grupo de muçulmanos corruptos e falsos. O grupo quer travar uma guerra contra eles e a República Federal da Nigéria, para criar um estado islâmico ‘puro’ governado pela lei sharia” (WALKER, 2012, p. 2).

Menciona-se, ainda, existir uma relação entre Boko Haram e os terroristas do AQIM poderão estar a ser asseguradas por Abubakar Adam Kambar e Khalid al-Barnawi. Diante destes acontecimentos e ajustamentos, Boko Haram e os terroristas do AQIM poderão estar a ser asseguradas por Abubakar Adam Kambar e Khalid al-Barnawi e os dois homens citados anteriormente “foram listados em 21 junho de 2012 pelos EUA como terroristas sob a seção 1(b) da Ordem Executiva n. 13224 de 23 setembro 2001” (GALITO, 2015, p. 7).

E em 13 de novembro de 2013, o Boko Haram foi classificado como grupo terrorista pelos EUA. Contudo, já havia auferido esse título internacional pelas autoridades do Reino Unido em julho de 2013. A Organização das Nações Unidas (ONU), “através do Comitê de Sanções à Al-Qaeda do Conselho de Segurança, determinou a 22 maio de 2014 que o Boko Haram e os seus elementos deveriam constar da lista de entidades alvo de sanções financeiras de embargo de armas” (GALITO, 2015, p. 7). Além dos atores internacionais citados, o grupo também é reconhecido, como terrorista, pelo governo nigeriano.

O Boko Haram surgiu em “razão de diversos problemas no país, sendo a maioria deles e os mais utilizados no discurso dos militantes, a corrupção política e má governança e suas consequências para a população” (PALADINI, 2014, p. 4). Entretanto, é possível considerar, também, como causa do surgimento do grupo, as ações das potências que fracionaram a Nigéria sem considerar a diversidade étnica e cultura. Além de apoderar-se das ideias do Maitatsine, constituiu ligação com a Al-Qaeda e com outros grupos jihadistas africanos. O objetivo do grupo é um criar um estado islâmico na Nigéria e espalhar para a comunidade que essa seria a solução para a corrupção no país.

Dessa forma, o Boko Haram autoproclama-se um “grupo de combatentes religiosos, dispostos a tudo para obter o seu propósito, que é a disseminação da sharia por toda a Nigéria (12 dos 36 Estados do país já estão oficialmente sob lei islâmica)” (GALITO, 2015, p. 14).

O surgimento do grupo é desconhecido. Contudo, “um alto oficial militar nigeriano sugeriu que o grupo existiu de uma forma ou de outra desde 1995,

enquanto outros escreveram que ela foi fundada em 2003 ou 2004” (AJIBOLA, 2015, p. 8).

Em 2003, “numa disputa por direitos à pesca, o grupo entrou em conflito com a polícia, perdendo a maioria de seus membros, inclusive seu líder” (PALADINI, 2014, p. 3). O grupo se tornou notório quando em julho de 2009, “quando seus membros tiveram um confronto brutal e prolongado com os agentes de segurança que queriam dismantelar o grupo, comparável ao que fez ao grupo Maitatsine em 1981 e 1984” (AJIBOLA, 2015, p. 8). Neste confronto brutal, o número de mortos foi estimado em cerca de 500 pessoas.

Houve uma ocorrência do Grupo em julho de 2010 no nordeste da Nigéria, iniciando “com violência de baixa intensidade e subsequente sofisticados métodos de operação que não eram idênticos com a seita no passado. Eles mataram policiais, soldados, políticos; escolas queimadas, igrejas, o escritório da comissão eleitoral em Maiduguri” (AJIBOLA, 2015, p. 8).

Progrediram para atentados suicidas, e em junho e agosto de 2011, lançaram uma série de ataques com bombas contra a nigeriana sede da polícia e o escritório das Nações Unidas, ambos em Abuja. Em setembro de 2010, “a seita tomou outro nível, realizando uma operação bem-sucedida de ‘paradas de penitenciárias’, para libertar seus membros em prisão” (AJIBOLA, 2015, p. 8).

Uma das causas do surgimento do grupo, é a diversidade étnica e religiosa que divide o país em um Norte muçulmano e um Sul cristão. O Norte do país é a região de atuação do Boko Haram, onde o grupo discursa numa área de extensa diversidade, que contempla a maioria da população. O alcance do Boko Haram é tanta que nessa área de alcance (norte), a população acredita que é o governo que está por trás das ações do grupo. Ademais, para intensificar essa situação, além do presidente Jonathan Goodluck ser procedente do Sul, “as ações militares tem provocado a morte de diversos civis, fazendo com que a população acredite que o governo deseja destruir econômica e politicamente o Norte” (PALADINI, 2014, p. 4).

Observa-se que o grupo não atua no exterior, e sim atua do interior para o exterior. Por esse método, percebe-se que admitem que os principais inimigos se encontram dentro da sua área de influência. Porém, há outra forma de interpretação, “se os líderes do Boko Haram consideram ser mais fácil atuar em território que dominam, querendo aniquilar ou subjugar todos quanto não os apoiam antes de atuar em zonas mais remotas” (GALITO, 2015, p. 9).

O terrorismo “pode ser qualificado e tipificado em diversas categorias e tipos diferentes conforme a característica como que se busca destacar” (LASMAR, [2017?], p. 8). A escolha pode ser feita conforme os objetivos do analista e do

sentido da análise. As tipologias podem binárias, por ideologia, geográfica, pelas táticas e métodos, dentre outras.

As fontes de financiamento não são claras. Supostamente, os bancos que o grupo roubou se tornaram o principal meio de recursos financeiros no estágio inicial. Hodiernamente, observa-se que a alta sociedade nigeriana também são fontes de dinheiro para o Boko Haram, “não somente por simpatizarem com suas propostas, mas também decorrente de extorsão. Sem provas concretas, mas com claras evidências, há também indicações de fundos vindos da Al-Qaeda e do Al-Shabaab da Somália” (PALADINI, 2014, p. 4).

Diante dessa caracterização, fica clara a motivação do Boko Haram, utilizar a fé islâmica para combater a corrupção no país. Entretanto, para isso o grupo massacra a população cristã. Nesse sentido, o direito fraterno é desafiado a extinguir na nessa relação (Grupo Terrorista e Comunidade) a falsa impressão de serem inimigos.

2 (RE) VISITANDO O DIREITO FRATERO

Quais as ações para o combate do terrorismo pelo Comitê Interamericano de Combate ao Terrorismo (Comitê da Organização dos Estados Americanos – OEA, órgão do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos - SIPDH)? De acordo com a OEA, no Estatuto do Comitê Interamericano Contra o Terrorismo, consta: “promover o desenvolvimento da cooperação interamericana para prevenir, combater e eliminar o terrorismo” (1999, p. 07). Mais especificamente, prevenir o financiamento de atividades terroristas e aumentar a cooperação entre as autoridades policiais em diferentes países.

O trabalho realizado pelo Comitê é de grande relevância para o combate ao terrorismo. Mas seria possível pensar em outras formas de combate tamanha violência? Seria possível demonstrar ao denominado terrorismo contemporâneo, uma maneira de conviver entre múltiplas religiões e pensar uma forma de combater a corrupção realizada pelas autoridades? Para contestar estas perguntas, o texto aborda o direito fraterno.

A fraternidade, aqui apresenta, pertence à “liberdade, igualdade, fraternidade” originária da Revolução Francesa. Entretanto, a denominada categoria acabou sendo esquecida da classe política, sendo reconhecida apenas no âmbito das relações privadas e religiosas. Contudo, atualmente, o termo vem sendo resgatado por uma exigência política. Isso se dá, sobretudo, “a partir da constatação de que a realização dos outros dois princípios que aqui se toma como referência (a liberdade e a igualdade) ficou incompleta ou mesmo fracassou” (SPENGLER, 2015, p. 381).

Direito fraterno define-se em “um modelo de direito que abandona os confins fechados da cidadania e projeta para uma nova forma de cosmopolitismo, para uma nova forma de co-divisão, de compartilhamento” (VIAL, 2006, p. 124). Ainda, segundo a autora,

o direito fraterno é não-violento; ultrapassa os limites do Estado-nação; é cosmopolita; não pode ser imposto, mas pactuado entre iguais; é um direito que inclui e que não aceita a possibilidade da exclusão. O Direito Fraterno propõe que a pactuação seja aceita conjuntamente e não imposta (não-violenta); por isso, a importância do estudo dos bens comuns da humanidade por meio dos seus pressupostos (VIAL, 2006, p. 130-131).

O direito fraterno pode ser entendido também como resultado da “amizade e como aquele que abandona as fronteiras fechadas da cidadania, respeitando os direitos humanos e que ao retornar ao binômio constituído de direito e fraternidade recoloca em jogo um modelo de regra da comunidade política: modelo não vencedor, mas possível” (SPENGLER, 2015, p. 374).

É um modelo que destaca a inclusão social, a possibilidade de encontrar a felicidade, que, “mesmo sendo entendida como fruto da busca pessoal, está atrelada a uma busca que também diz respeito ao espaço público” (SPENGLER, 2015, p. 382).

Por intermédio do direito fraterno é possível compreender uma concepção paradoxal, a dimensão “definida por uma lei da amizade que encontra nos processos de codificação moderna a formula do imperativo da fraternidade diante de um jogo político, construído em cima da contraposição, conhecida, do amigo-inimigo” (RESTA, 2004, p. 19-20). A abertura paradoxal

centra-se numa zona franca e inexplorada na qual um vínculo social vive de possibilidades: esta zona está no espaço não resolvido, mas estritamente conexo, que separa o conhecimento do reconhecimento. Ocorrerá alguma coisa talvez significativa que nos fará *reconhecer* um amigo, mas exatamente isso pressupõe que o amigo já existisse em lugares indefinidos e em tempos incomensuráveis (RESTA, 2004, p. 21).

Dessa forma, é possível identificar que a amizade é causada por fatos ou ocasiões em que possuem uma causa ou fato comum entre os indivíduos. Porém, a ausência de um fato de reconhecimento não quer dizer que não há amizade.

Diante dessa concepção, Spengler pergunta: como superar essa dialética negativa da alteridade? Giuseppe Tosi responde: construindo uma relação dialética entre subjetividade e alteridade.

Na relação negativa, o outro é visto como não eu, o diferente de mim e essa relação resulta no fortalecimento do inimigo, do adversário. “A dialética entre subjetividade e alteridade não pode ser suprimida, porque é parte constitutiva da construção da nossa identidade; mas tal dialética não significa que o outro deva ser visto necessariamente como inimigo, desconhecendo a condição humana comum” (TOSI, 2009, p. 61). Justamente por isso

é preciso reconhecer a importância de um Direito cosmopolita que se preocupe das questões ecológicas, questões de guerra e de paz, que busque um desenvolvimento humano universal, ou seja, que defenda questões que passam sobre as fronteiras dos Estados e necessariamente superem a lógica meramente individualista, a lógica do interesse pessoal, de grupo, de classe ou de etnia. Essa proposta supera a lógica do “pertencimento” para proteger a lógica do “humano”, do “estar com o outro” e não “contra o outro” (SPENGLER, 2015, p. 387).

O reconhecimento de um direito cosmopolita torna a sociedade complexa e mutável. “A dimensão contemporânea do direito nessa sociedade [...] é assinalada na sua relação com a técnica, na qual o código que se revela é: pode-se fazer tudo o que se pode fazer? Tal premissa produz um paradoxo insuperável quando subordina o direito ao código da técnica” (VIAL, 2006, p. 125).

Portanto, o sistema jurídico se reproduz a partir de um código binário (lícito/ilícito) e de seus próprios programas (Constituição, leis, etc.). Isso, porém, de acordo com Neves, “não é o suficiente para caracterizar o Estado de Direito, que pressupõe a diferenciação dos sistemas jurídico e político, resultando em um tipo de relacionamento específico entre ambos” (2012, p. 85). Nesse sentido, Neves expõe que,

a política não fica subordinada aos códigos da relação amorosa (“amor/desamor”), da amizade (“amigo/inimigo”), da moral (“consideração/desprezo”), da ciência (“verdadeiro/falso”), da religião (“transcendente/iminente”) e da arte (“belo/feio”), assim como os critérios relacionais e familiares. Ela enfrenta o ambiente econômico, artístico, científico, etc., comutando discursivamente as respectivas influências de acordo com os seus programas e o seu código de preferência (2012, p. 86).

Justamente, por essa lógica de código de binários, o Direito Fraterno evidenciou-se, pois “rompe com a estrutura tradicional de Estado, Nação, Estado-nação, sociedade e direito” (VIAL, 2006, p. 125).

Que situação levou ao rompimento da estrutura codificada do Estado? Wermuth aponta que uma sociedade apenas vive uma situação de guerra² em razão da pretensão de ambição de um grupo, pois controlam as principais instituições de uma sociedade, possibilitando o controle das emoções das massas (2015, p. 32). Assim, fica outro questionamento: “como os homens ficam tão entusiasmados com essa situação a ponto de sacrificarem as próprias vidas, bem como se há chance de controle da mente humana capaz de torná-lo à prova das psicoses do ódio e da destrutividade?” (WERMUTH, 2015, p. 32). Em resposta,

Sigmund Freud referiu que, com a evolução da humanidade, a violência foi substituída pelo Direito e pela lei, da seguinte forma: a força superior de um único indivíduo poderia ser derrubada pela união de muitos indivíduos fracos, pois “a união faz a força”. Deste modo, a violência seria derrotada por esta união e seu poder resultante passaria a representar a lei; assim: “a lei é a força de uma comunidade”. Uma comunidade apenas se mantém unida pela força coercitiva da violência e pelos vínculos emocionais entre seus membros (WERMUTH, 2015, p. 32).

Ao tratar da denominada violência, é possível fazer um comparativo com o sentimento da inveja, no sentido em que vivem de impulsos e estes são ambíguos detentores de caráter dúplice e afrontados com a cumplicidade adversária dos litigantes. A denominada ambivalência labora como afirmação de um valor por meio de sua negação (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 35-36). Quando há inveja, “se

² Terrorismo pode ser considerado guerra? A expressão *global war on terrorism* (GWOT), criada pelo governo dos EUA em sequência aos ataques do 11 de setembro, resume com precisão o momento em que o conceito de guerra perde sua matriz estatal e passa a ser global. No atual contexto, a definição de uma parte presente no conflito – os EUA e seus aliados – não corresponde necessariamente à definição do inimigo, pois a crescente fragmentação do inimigo em células paraestatais impede que se fale em guerra no mesmo sentido que até então se falava. [...] A reação ao inimigo não pode mais ser como em uma guerra convencional entre Estados, pois globalizaram a guerra. A guerra global parece ser um dos efeitos da globalização que mais flagrantemente mudaram a forma como a política mundial se expressa. [...] Quando a guerra se tornou globalizada, muitos dos objetivos políticos, seja de Estados ou de agentes paraestatais, só passaram a encontrar forma de serem sustentados através do recurso a expedientes de guerra. Isto é consequência do fato de ser a guerra global uma verdadeira “*guerra civil mundial*” incapaz de fazer qualquer distinção entre interno/externo, público/privado, estatal/não-estatal e militar/civil, pois toda a noção de fronteira ou confins já se encontra esvaída. [...] A guerra global mais se assemelha aos caracteres do *state of nations* idealizado por T. Hobbes, ou seja, a um verdadeiro estado de natureza entre nações (TEIXEIRA, 2009, p. 192-194). Ainda, para Carl Von Clausewitz, a guerra é mais do que um verdadeiro camaleão, que adapta um pouco as suas características a uma determinada situação (1996, p. 92).

deseja estar no lugar de, ou possuir as mesmas coisas, de um outro, mas não se o desejaria se o outro não existisse ou não tivesse aquelas coisas. Se nós possuímos as coisas, elas são um valor, ao passo que se os outros as possuem elas são algo sem valor” (RESTA, 2004, p. 67), e, por isso a conexão com as guerras:

a guerra é o arquétipo do modelo da inveja porque quem a ela recorre sempre aduz que o faz por um motivo justo, imputando injustiça aos outros que a ela também recorrem. Se alguém possui as armas, elas são garantias de segurança, mas se outros as possuem elas representam agressividade e injustiça; se alguém se utiliza das armas dirá que o faz para assegurar a paz, mas se outrem recorre às armas será porque é um ‘provocador de guerras’ que ‘combate’ contra a paz (RESTA, 2004, p. 67).

A realidade internacional, no que consiste às regras, estabelece a obtenção de um método que possibilite compreender o avanço ou retrocesso no caminho da ordem jurídica. Esse método consiste na ideia da fraternidade, é a proposta de um “princípio válido tanto para a leitura dos fatos internacionais quanto para uma atenta avaliação das experiências da Comunidade Internacional e de seu ordenamento jurídico. Fraternidade como regra básica” (BUONOMO, 2009, p. 163).

A fraternidade, incluída na *Encyclopedia of United Nations*, é definida como um termo internacional utilizado para determinar contatos amigáveis entre militares do país vencedor e a população civil do país vencido. Tal referência dedica-se à etapa de ruptura da ordem internacional, “a guerra, que constitui o oposto da ideia de fraternidade, por mais que se considere o uso da força um ‘remédio’ ou um ‘instrumento’ de que os sujeitos da Comunidade Internacional dispõem e que o ordenamento internacional regula e disciplina (BUONOMO, 2009, p. 164).

A referida ruptura trata sobre a fraternidade conseguir transformar a dimensão internacional, de espaço imperioso dos Estados para uma realidade de convivência entre sujeitos internacionais e os indivíduos. Assim, ainda que mantendo a independência e soberania e permanecendo na busca pelo bem comum de seus povos, “os sujeitos seriam chamados a agir, não limitados por seu espaço soberano e pela população nele residente, mas mediante estes, de modo a construir o bem comum do ‘sujeito-humanidade’” (BUONOMO, 2009, p. 166).

Dessa forma, ao enquadrar esse modelo na teoria geral do Direito, é possível encontrar uma visão que “não anula as identidades individuais mas valoriza-as, sem acentuar perigosos individualismos, fundindo-se numa unidade” (BUONOMO, 2009, p. 166).

Assim, percebe-se que a inimizade e as guerras florescem o código da violência. Nesse cenário, o direito fraterno aufere destaque, pois é oposta aos

códigos que abordam o binômio amigo-inimigo, e por isso se torna não violenta e, consequentemente, oferta uma ideia de jurisdição mínima. Portanto, evidencia-se a relação entre cidadãos e a administração da justiça, já que “é preciso uma reconsideração ecológica da relação entre justiça e sociedade, que leve em conta o problema dentro da sociedade, onde se criam, juntos, os problemas e os remédios” (GHISLENI; SPENGLER, 2011, p. 36). A partir do direito fraterno, denota-se a ideia de uma comunidade internacional responsável e hospitaleira diante das situações de conflitos e voltados, especificamente, para os indivíduos desta comunidade.

3 A FRATERNIDADE COMO DIRETRIZ NA ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS DO GRUPO BOKO HARAM

Uma sociedade humana prescinde de fraternidade. Essa necessidade não leva a um confronto com o princípio da liberdade e da igualdade, mas indica a coexistência dos três princípios (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 92). Ademais, a “interdependência mútua entre os três princípios apregoados na Revolução Francesa constitui condição de possibilidade de realização e proteção dos Direitos Humanos, uma vez que tem raízes na Dignidade da Pessoa Humana” (SILVA, 2009, p. 205). Ainda, para

atribuir tolerância e fraternidade às relações jurídicas dos povos, implica a eleição de uma qualidade que estabeleça contínua reflexão [...] a formulação de um modelo substantivo de fraternidade – um modelo que faça jus à dignidade humana e decência dos povos, estabelecendo de um padrão necessário, de um eixo construtor de coesão, que pode ser traduzida(o), por beneficência e união diante do perigo, humanismo com tendência universal e ligação comunitária ou fervor nacional (ROSSETTO, 2011, p. 05).

Os conflitos, como os produzidos pelo Boko Haram, desconhecem ou desaprovam um modelo ou uma conduta em que prevaleçam os direitos humanos, especificamente o direito à vida. O conflito armado insiste na existência irreduzível e permanente de um inimigo e reconhece o outro apenas como desigual e, consequentemente, pratica a intolerância e o desrespeito com o outro ser humano. Deve-se apresentar, a esse conflito, o olhar de uma comunidade fraterna. Uma sociedade fraterna

aposta na própria humanidade, cuja aposta está na existência de um bem comum, ao mesmo tempo em que assume a existência do inimigo, não pelo seu descarte ou colocando-o à margem, mas pelo reconhecimento de que a rivalidade existe dentro de cada um, dentro da própria humanidade. Assim, o amigo da humanidade não é

simplesmente o oposto do inimigo, mas é algo diverso que, graças a sua diversidade, é capaz de superar o caráter paranoico da oposição (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 93).

A inimizade é a diversidade. “O rompimento da cultura do inimigo exige que se reconheça o outro como a si mesmo, alcançando o reconhecimento de pertença, pressuposto da condição humana” (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 93). Nesse sentido, a fraternidade propõe ao Direito que discorra sobre o humanismo, a fim de ultrapassar o individualismo, o interesse pessoal, de grupos, de classes e que contribua para que o olhar “humano” seja universal.

Para um conflito desafiador, o direito fraterno propõe um modelo que não seja a aplicação de regras, mas uma ideia de moral compartilhada, um modelo de sociedade baseada na amizade e na solidariedade. Assim, averigua-se que o Direito Fraterno se estabelece em uma estrutura de encorajar os direitos humanos, “ao passo que valoriza o homem na sua relação com iguais, bem como as pessoas compartilham sem diferenças, porque respeitam todas elas, daí porque se afirma que é um direito inclusivo, o qual considera as pessoas pelo simples fato de serem seres humanos” (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 93).

De acordo com Resta, a humanidade é um “lugar comum”. Os direitos humanos “possuem uma dimensão ‘ecológica’, são espaços no qual as duplas opositivas são novamente compreendidas: isto nos leva à conscientização de que os direitos humanos podem ser ameaçados sempre e somente pela própria humanidade; mas podem ser tutelados sempre e somente pela própria humanidade” (RESTA, 2004, p. 134).

O objetivo do direito fraterno em promover a paz, não significa dizer que não haverá conflitos. Nesse viés, o que não deve haver é uma violência legítima, mas um desemprego do código amigo-inimigo e na atuação meios não violentos para o tratamento dos conflitos. Por esse código dual estar impregnado na sociedade, é imprescindível a adoção de código fraterno baseado na valorização do ser humano, das histórias, do diferente, constituindo a amizade um “elemento importante na vida dos sistemas sociais, pois, quanto mais a amizade deixar de sustentar as relações espontâneas da sociedade, mais haverá necessidade de uma lei prescrita e, por conseguinte, da reverberação das cadeias de exclusão e distinção social entre inimigos e cidadãos” (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 94).

A figura do inimigo apenas aparece quando se encerra a relação de amizade. Já a amizade é a solidariedade de sustenta o sistema social. O direito fraterno consiste na gratidão pelo reconhecimento dessa amizade. A ambivalência é a própria humanidade, “que edifica e destrói; que ama e odeia; que vive de solidariedades e prepotências, de amizades e inimizades, tudo simultaneamente. Na guerra, a humanidade nada pode fazer a não ser ameaçar-se a si mesma, o que

evidencia que ser ‘homem’ não corresponde a ter ‘humanidade’” (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 95).

As palavras equivocadamente pronunciadas não deveriam criar conflitos de consequências imensuráveis, a comunidade deveria compreender que é possível conviver com aquele que possui iguais e diferentes ideais. Nesse sentido, constata-se que ser amigo da humanidade é “participar dos destinos dos homens movido por uma ideia, ter respeito por qualquer outro e por si mesmo, possuir sensibilidade, dever e responsabilidade, visto que a humanidade é termo inclusivo, é o lugar-comum das diferenças, pois contém, ao mesmo tempo, amizade e inimizade” (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 95).

Considerando a característica da amizade, o direito fraterno traduz-se em um acordo de regras mínimas de convivência para os seres humanos. Nesse acordo, não há qualquer forma de distinção e por isso o Direito Fraterno é cosmopolita. “O Direito Fraterno não é, desse modo, violento; é, por outro lado, inclusivo e defende os direitos fundamentais ao pautar-se pelo acesso universalmente compartilhado, em que todos gozam de forma igual da condição de seres humanos” (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 95). Assim, discorre-se que

a satisfação da humanidade deve perpassar pela humildade, fé, alteridade e fraternidade. Em um espaço no qual tais valores são raros, a capacidade de existir uma sociedade cuja virtude seja o pensar coletivo ainda é rara, porém não utópica. Da mesma forma, a fraternidade como vínculo de pertencimento e hospitalidade é um caminho possível para tratar os conflitos atualmente enfrentados, provocados pelas crises, migrações e insurgências de um espaço global, embora, ainda, com valores locais (GIMENEZ; PIAIA, 2017, p. 96).

Para a sociedade, a fraternidade se encontra em um ambiente incomum. Nesse aspecto, Kant recorda a existência de uma maldade da natureza humana que se observa na relação entre os povos, uma vez que o Estado se oculta por meio da coação do governo. Ainda, é de se “admirar que a palavra direito não tenha ainda podido ser expulsa da política da guerra como pedante, e que nenhum Estado tenha ainda ousado manifestar-se publicamente a favor desta última opinião” (KANT, 2008, p. 16-17). Ademais, é da natureza humana, zelar e prover seus próprios interesses, sob a condição de que o direito do outro não seja afetado. “Como há duas maneiras de resolver uma controvérsia, uma pela troca de argumentação e outra pelo emprego da força, e como a primeira é própria dos homens e a segunda dos brutos, convém recorrer à segunda somente quando não se pode fazer uso da primeira” (GROTIUS, 2004, p. 103-104).

Os conflitos podem ser necessários, pois são os meios para falar sobre diferença. É por intermédio dos conflitos que se conhece o diferente, mas para que aquele considere os direitos humanos, é preciso “um procedimento que estimule a fala e o compromisso com a diferença” (LUCAS; SPENGLER, 2012, p. 70). Por ventura, há uma humanidade e que, mesmo com diversas diferenças, pode se comunicar e permanecer, apenas usando a palavra, dialogando.

O denominado princípio possui “uma riqueza fundada na não-violência, no amor, no diálogo, no cosmopolitismo, na amizade, no diálogo entre os diferentes dos mais diferentes cantos desse mundo” (VIAL, 2006, p. 132). Entretanto, o denominado princípio ressurge em um tempo onde o direito não acompanha o novo, onde há constante violação dos direitos humanos. O Direito Fraterno permite olhar para o interior do ser humano.

CONCLUSÃO

Diante do problema exposto, fundamentado na possibilidade de o direito fraterno demonstrar e findar a violência determinada pelo grupo terrorista Boko Haram, discorreu-se acerca de um olhar que não o voltado para o código dualista de inimigo-amigo, mas um regramento que defende o cosmopolitismo. O direito fraterno apresenta o diálogo e invalida a violência.

Verificou-se que o grupo terrorista Boko Haram tem como propósito de suas ações, além da implementação do islamismo e a disseminação da sharia, um objetivo político, de combater a um governo insatisfatório e a corrupção política. Para que isso ocorra, utiliza métodos de propagação da violência.

Analizou-se, ainda, uma nova interpretação proposta por Eligio Restá, o direito fraterno. Teoria que demonstra a intensa presença do direito na política do conflito e provoca a transformação de uma dialética negativa de alteridade para uma relação de subjetividade e alteridade. Assim, é possível conhecer o espaço comum que possui lugar para o cosmopolitismo e para vida humana nas suas diferenças. Essa possibilidade de afirmações se dá pelo diálogo não-violento, essência do direito fraterno.

Ademais, constatou-se que a oportunidade de demonstrar a fraternidade ao Boko Haram por intermédio de um bem comum. A rivalidade existe, mas ser amigo da humanidade é capaz de vencer a obsessão pelo oposto e romper com a cultura do inimigo e inserir na sociedade uma relação de amizade.

Por meio desta pesquisa, conclui-se que além do objetivo político universal do grupo terrorista, é possível que o direito fraterno contribua para uma compreensão

de convivência justa entre povos diferentes e, colabore também, para um esquecimento da figura do inimigo e uma lembrança do outro como ser humano.

REFERÊNCIAS

- ADIBE, Jideofor. What do we really know about Boko Haram? In: **Boko Haram Anatomy of a Crisis**, Ed: MANTIZKOS, Ioannis, Bristol, e-International Relations, 2013.
- AJIBOLA, Omobuwaju Olufemi. Terrorism and Insurgency in Northern Nigeria: A Study of the Origins and Nature of Boko Haram. **Research on Humanities and Social Sciences**, v. 5, n. 12, 2015. Disponível em: <<http://www.iiste.org/Journals/index.php/RHSS/article/view/23435>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- BUONOMO, Vincenzo. Vínculos Relacionais e Modelo de Fraternidade no Direito da Comunidade Internacional. In: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.
- CLAUSEWITZ, Carl von. **Da Guerra**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DINIZ, Eugenio. Compreendendo o Fenômeno do Terrorismo. **Terceiro Encontro Nacional da ABCP** - Associação Brasileira de Ciência Política Área de Relações Internacionais, Niterói, 2002. Disponível em: <<https://ciberativismoeguerrea.files.wordpress.com/2016/09/diniz-do-o-fenomeno-do-terrorismo.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2017.
- GALITO, Maria Sousa. Boko Haram. **Centro de Investigação em Ciência Política e Relações Internacionais**, n. 21, jan., p. 1-18, 2015. Disponível em: <<http://www.ci-cpri.com/wp-content/uploads/2015/01/Boko-Haram-AI-21.pdf>>. Acesso em: 05 jun. 2017.
- GHISLENI, Ana Carolina; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos a partir do Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- GIMENEZ, Charlise P. Colet; PIAIA, Thami Covatti. O Tratamento dos Novos Conflitos da Pós-Modernidade pelo Direito Fraterno: crises, migrações e insurgência. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 22, n. 1, jan-abr, Itajaí, 2017. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/10633>>. Acesso em: 10 jul. 2017.
- GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Vol. I. Tradução de Ciro Mioranza. Florianópolis: Editora Unijuí Fondazione Cassamarca, 2004.
- KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua**: um projecto filosófico. Tradução Artur Morão. Textos Clássicos de Filosofia, Covilhã, 2008.
- LASMAR, Jorge M. Causas, Ideologias e Tipologias do Terrorismo. **Curso Terrorismo Internacional**, Centro de Direito Internacional, Belo Horizonte, Minas Gerais, [2017?].
- LUCAS, Douglas Cesar; SPENGLER, Fabiana Marion. Identidade, Alteridade e Mediação: por uma comunicação inclusiva das diferenças. **Revista Direitos Culturais**, Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado URI, Campus Santo Ângelo, v. 7, n.12, p. 54-72, jan/jun. 2012.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, **Estatuto do Comitê Interamericano Contra o Terrorismo**, 1999. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sms/cicte/documentos_estatuto.asp>. Acesso em: 05 ago. 2017.

PALADINI, Rafaela Tamer. A Nigéria e o Boko Haram. **Série Conflitos Internacionais**, v.1, n. 5. Ed: Observatório de Conflitos Internacionais da Faculdade de Filosofia e Ciências da Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Campus de Marília, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://www.marilia.unesp.br/Home/Extensao/observatoriodeconflitosinternacionais/a-nigeria-e-o-boko-haram.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2017.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Tradução Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROSSETTO, Geralda Magella de Faria. Apontamentos sobre a Fraternidade: por uma racionalidade teórico-prática de sua sistematização jurídica. **Amicus Curiae**, v. 8, n. 8, Criciúma, 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/572>>. Acesso em: 05 ago. 2017

SILVA, Ildete Regina Vale da. Estudos preliminares sobre a fraternidade no direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, v. 4, n. 3, 2009. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/6151/3414>. Acesso em: 07 ago. 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion. A Fraternidade Como Base Política da Mediação de Conflitos. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n. 1, p. 371-397, jan./abr. Itajaí, 2015. Disponível em: <siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/7207/4103>. Acesso em: 09 jun. 2017.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Global War: superando o conceito de guerra moderna. **Revista Ius Gentium: teoria e comércio no direito internacional**, v. 2, n. 1, p. 181-211, Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://www.iusgentium.ufsc.br/revista/ed2/9_Anderson.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2017.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria. **O Princípio Esquecido**. São Paulo: Cidade Nova, 2009

VIAL, Sandra Regina Martini. Direito Fraterno na Sociedade Cosmopolita. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, v. 1, n. 46, p. 119-134, jul./dez. Bauru, 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18207/Direito_Fraterno_na_Sociedade_Cosmopolita.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2017.

WALKER, Andrew. What Is Boko Haram? **Special Report**. Washington: United States Institute of Peace, p. 7, 2012. Disponível em: <<https://www.usip.org/sites/default/files/resources/SR308.pdf>>. Acesso em: 06 jun 2017.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Por que a guerra?** De Einstein e Freud à atualidade. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2015.

ERGUENDO MUROS E EXCLUINDO OS DIFERENTES:

MAL-ESTAR, SUBJETIVIDADE E CULTURA

Carhla de Oliveira Alves¹

Bruna Garzella Michael²

Gustavo Henrique Maronez³

“Why are we building new walls to divide us?”

RESUMO

As experiências humanas de balizar posições econômicas e sociais, de não aceitação da diferença e de construção de muros entre o “eu” e o “outro”, mostraram-se, ao longo da história, como formas de segregação dos indesejáveis sociais (leprosos, bruxas, prostitutas, loucos...). Os condomínios têm como objetivo possibilitar uma sociedade de iguais dentro dos muros, onde todo o espaço público é recriado, porém, de forma privada. Lá, os condôminos encontram praças, supermercados, lojas, academias, tudo que considerarem necessário para suas vidas em sociedade. Tudo ao alcance das mãos sem precisar deparar-se com a diferença. Os que estão do lado de fora do muro, os diferentes, hoje circulam livres pelas ruas da cidade, mas a um preço muito alto, o de serem barrados pelos altos muros dos condomínios, escancarando as diferenças de classe e de lugar social. Em quaisquer dos espaços, público ou privado, o mal-estar da vida em sociedade faz ambos os sujeitos sofrerem, e desta forma, impelidos a encontrarem vias de manifestação da sua subjetividade. Os procedimentos metodológicos perpassam pela coleta de dados teórico-metodológicos por meio de pesquisa bibliográfica.

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo - RS. Bolsista CAPES no programa acima referido. Pós-graduanda em Direito Eleitoral pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bacharela em Direito pelo Curso de Graduação de Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo RS. Advogada voluntária no Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (SAJU/UFRGS), especificamente no Grupo Anti-Manicomial de Atenção Integral (GAMAI). E-mail: carhlaalves@hotmail.com.

² Psicóloga do Núcleo de Apoio à Atenção Básica - NAAB na Secretaria Municipal de Saúde e Assistência Social da Prefeitura Municipal de Sete de Setembro – RS. Graduada em Psicologia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Campus Santa Rosa. E-mail: brunagmichael@hotmail.com.

³ Acadêmico do 10º semestre do Curso de Psicologia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Campus Santa Rosa. E-mail: maronez850@hotmail.com

Palavras-chave: Muro; Condomínio; Segregação; Grafite; Cultura.

INTRODUÇÃO

Por que nos colocamos a longas distâncias daqueles que situamos como diferentes de nós? Por que levantamos muros cara vez mais altos? Para entender as psicopatologias que perpassam o Brasil é preciso imaginá-lo como um sujeito em sofrimento, que vive às voltas com um mal-estar e que é capaz de produzir sintomas. Dunker, em “Mal-estar, sofrimento e sintoma” coloca o Brasil no divã e convida-nos a pensar sobre a hipótese de a vida em condomínio ser um sintoma.

A proposta do autor é de analisar o Brasil a partir de suas manifestações de sofrimento, o país tratado como pseudo-paciente, e a vida em forma de condomínio como um sintoma. Tendo como ponto de partida a obra de Dunker, este trabalho propõe-se a pensar a lógica do condomínio como mecanismo de segregação no contexto social brasileiro, bem como refletir sobre as formas que os sujeitos (dentro e fora do muro) encontram de manifestar sua subjetividade.

O muro nos captura pela sua dimensão dentro/fora, pela divisão do espaço público e privado. Do lado de dentro/privado, encontramos manifestações do mal-estar que tal posição revela num sintoma de excessiva proteção contra a diferença, já do lado de fora/público ocorre outra forma de manifestação de mal-estar que o muro produz através da arte, sejam em forma de grafites ou pichações.

A metodologia de abordagem é o hipotético-dedutivo, e o de procedimento consistirá em uma abordagem bibliográfica em fontes variadas, a partir de livros, revistas, artigos, e análises comparativas, a pesquisa compreenderá também compilação de dados e informações e análise dos mesmos.

1 MUROS, MAL-ESTAR E MANIFESTAÇÕES SUBJETIVAS

Primeiramente, para compreendermos o panorama das posições sociais no cenário brasileiro faz-se importante pensar na identidade do país, e por consequência, na identidade dos sujeitos brasileiros. Temos como marco inicial, para essa reflexão, o descobrimento do Brasil, e as figuras do índio e do navegador/explorador, ou seja, do colonizado e do colonizador. Nesse momento histórico, demarcam-se duas posições: a do agressor e da vítima. Segundo Backes (1999) a identificação com uma das posições evoca a cena originária, muitas vezes ressoando em diversas e distintas narrativas sobre o país e seu povo. Para a autora: “O modo de responder sobre essa identidade, muitas vezes, redonda no oferecimento de imagens com as quais o brasileiro possa identificar-se e dar uma

resposta, dessa forma, a sua questão sobre o ser que é, por outro lado, indizível” (BACKES, 1999, p. 13).

No entendimento de Backes (1999) os colonizadores instituíram ao território conquistado, ou seja, o Brasil, um sistema de economia com base na exploração, dogmas religiosos e um modo de viver. Ainda, impuseram suas leis discriminatórias. Sendo assim, o Brasil se coloca, então, na tentativa de romper com os moldes de discriminação, “defrontando com um grande desafio: construir uma sociedade onde os diferentes, os outros, fossem todos iguais” (BACKES, 1999, p. 18).

A autora segue na trilha de Melman (1995a e 1995b) para dizer que não houve no processo colonizador um pacto simbólico que sustentasse a cena do descobrimento, tão conflituosa entre os dois lugares – o de quem coloniza e de quem é colonizado – levando-a a repetir essa violência nas relações com o outro, que não se caracteriza como semelhante. Ainda, outro efeito do descobrimento, é o efeito da colonização sobre o colonizador, pois, “ele exerce a colonização, mas também é afetado por ela” (BACKES, 1999, p. 32).

Portando, como demonstrado acima, a história do Brasil pós-colonização nos revela a marca de duas posições sociais que podemos chamar de vítima e agressor, colonizado e colonizador, explorado e explorador, pobres e ricos, o “eu” e o “outro”. O eu e o outro como semelhantes não mais existe – se é que existiu – levantando-se, desta forma, muros de defesa de suas identidades e posições sociais.

A ideia de diagnosticar o Brasil a partir de suas modalidades de sofrimento é antiga, fazendo parte do raciocínio sobre a brasilidade, como pode ser encontrado em Machado de Assis, no conto “O Alienista”. O livro conta a história de um médico que chega numa pequena cidade do interior e começa a detectar pessoas que tem problemas na cidade, internando-as e as colocando dentro de muros, verificando perturbações que precisavam sair do espaço público em direção a uma área reservada por merecerem um tratamento, como forma de purificar esse espaço público.

O contexto de “O alienista”, datado em 1881, é mais atual do que pode parecer. No condomínio tem-se o sentimento de que foi encontrada alguma forma de segurança e ordem. Tudo aquilo que julgamos como ameaça é deixado de fora, principalmente aqueles outros que tomamos por diferentes de nós. Marginalizamos as diferenças.

Uma das roupagens da segregação social brasileira foi a proposta dos condomínios na década de 1970. A França, às vésperas do Maio de 68, passava por um momento de efervescência cultural. Surge uma nova onda no cinema. Em 65 é lançado o chamado Alphaville, que conta a história de um mundo perfeito no futuro,

onde as pessoas viviam de forma planejada, num lugar protegido e cercado por muros e algumas regras, entre elas a proibição de mencionar qualquer palavra que referisse a sentimentos, afetos ou emoções. Era uma espécie de preço que se pagaria para que as coisas funcionassem. Aparece então um detetive que tenta enfrentar isso.

Enquanto isso, no Brasil, em pleno golpe militar, surge outra plataforma, um novo sonho de consumo, a realização de um projeto de desenvolvimento e de civilidade, de felicidade plena. Surgem a vida em condomínio, e os primeiros condomínios brasileiros. Inspirado no filme Alphaville, o primeiro condomínio brasileiro, também chamado Alphaville¹⁴, foi construído em 1973 em São Paulo, e “tornou-se, depois de Brasília, um signo de planejamento e construção de novas formas de vida. Um bairro artificial, formado por uma série de condomínios interligados, com um centro empresarial e comercial” (DUNKER, 2015a, p. 48).

Conforme o autor, os condomínios não possuem portões ou cercas que marcam e delimitam um espaço, mas muros de defesa, “cujo objetivo militar é impedir a entrada, ocultar a presença dos recursos estratégicos e facilitar a observação do inimigo” (p. 50). Ou seja, não era mais necessário ocupar-se da diferença. O muro do condomínio é uma fronteira:

Um lugar habitado por uma demanda. E uma demanda implica um circuito entre um pedido (como “Mantenha distância – cão bravo”), uma recusa (como “Propriedade particular – não entre”), uma oferta (como “Seja bem-vindo à Morada dos Eucaliptos”). Um lugar que se transforma de acordo com o espaço ao qual ele se insere. (DUNKER, 2015a, p. 65)

Nesse sentido, o muro pretende fazer fronteiras e zonas de interdição com a pobreza numa tentativa de promover a segurança daqueles que se encontram dentro dos muros, entre iguais, excluindo toda e qualquer diferença. Além disso, o muro produz o sentimento de inveja, e o imaginário de que aquele que está fora quer entrar.

Freud (1930) diz que o mal-estar na cultura é decorrente de impasses civilizatórios e a felicidade o objetivo maior do homem. O autor alerta que nossas possibilidades de felicidades são restritas. Por outro lado, menos difícil é experimentar a infelicidade, que se apresenta como uma forma de sofrimento. Para Freud (1930, p. 31) o sofrimento nos atinge por três vias:

¹⁴ O jornal inglês The Guardian, em reportagem do dia 19 de novembro de 2013, publicou uma lista com as maiores muralhas do mundo. O muro do condomínio brasileiro Alphaville (que conta com 64 quilômetros de extensão) ficou no sexto lugar do ranking.

... do próprio corpo, que, fadado ao declínio e à dissolução, não pode sequer dispensar a dor e medo, como sinais de advertência; do mundo externo, que pode se abater sobre nós com forças poderosíssimas, inexoráveis, destruidoras; e, por fim, das relações com os outros seres humanos.

A violência aparece, então, como um nome para o mal-estar que justificaria os muros. Dunker (2015b) diz que violência resumiu o subordinou todas as outras formas de conflitos sociais como, por exemplo, de classe, de gênero, de religião. Passamos a identificar tudo como uma mesma coisa. O autor chamou de “a-violência esta fusão da violência como um nome para nosso mal-estar e como meio de produção de uma violência gozosa em nome da guerra contra a violência (objeto-a)” (p. 47).

Apesar do grande esforço em segregar a diferença, dentro dos muros começam a aparecer pequenos contratempos, uma amostra de como vida realmente é, como se fosse uma espécie de pequena “inveja” entre os semelhantes, gerando conflitos entre os moradores do condomínio, pois imaginariamente acham que o vizinho está gozando mais do que ele, nos pequenos gestos, no que Dunker (2015) diz sobre diminutivo “inho” que é a decorrência do que Freud chamou de “narcisismo das pequenas diferenças”. Segundo Reino e Endo (2011) o reconhecimento da diferença se opõe ao narcisismo, e para que reconheçamos o outro como tal, necessita-se de uma mudança psíquica, uma posição de alteridade.

Segundo Žižek (2014), a lógica da segregação, nada mais é do que uma tentativa de separar o que é o produto da própria lógica capitalista, ou seja, os muros defendem o que a própria lógica do condomínio (e social) produz, é como se a defesa que o muro produz fosse de si próprio. Por isso, o estranho que tenta distanciar-se com os muros, é ao mesmo tempo tão familiar, pois o discurso que funda os muros é o mesmo discurso que produz o indesejável que se quer separar.

O muro vem, nesse sentido, segregar o outro que é diferente do eu. Em contrapartida, as diferenças intramuros se amplificam, tornando a vida nessa pequena comunidade talvez mais delicada e problemática do que na grande cidade. Segundo Souza, “o sintoma da cultura brasileira é expresso por esse tipo mesmo de queixa: a busca de identidade pela afirmação de uma diferença mais diferente que as outras diferenças” (1994, p. 65).

Os problemas da sociedade moderna associados ao processo de urbanização são cada vez mais complexos, demandando um conjunto de ações para melhorar as condições da vida urbana, porém tal melhoria, ainda, não aconteceu. Conforme Bauman (1999) destaca, as consequências sociais do processo de globalização estão relacionadas com a polarização, e não com a homogeneização da condição humana.

As explicações de Giddens (1990) sobre a modernidade consistem na ideia de que as pessoas vivem em circunstâncias nas quais instituições organizam os aspectos principais da vida cotidiana, o que constitui descontinuidade entre as instituições sociais modernas das tradicionais. Nas culturas pré-modernas o senso de espaço é estreito, seja ele geográfico ou social, portanto, o meio local é o lugar em que as relações sociais se entrelaçam, ao contrário da modernidade, onde a distância tempo-espaço não garante solidez nas relações (1991).

Tendo em vista que cada período histórico produziu e legitimou mecanismos de marginalização, exclusão e segregação de determinadas categorias sociais: leprosos, mendigos, bruxas, prostitutas, toxicômanos, imigrantes, e doentes mentais, hoje tal relação se estabelece de forma inversa. A sociedade moderna, como consequência das políticas públicas de proteção, se segregou atrás de muros, mas um muro de “luxo”, conhecido como condomínio, onde o espaço social ocorre por intermédio do convívio com pessoas consideradas como “iguais”, ou seja, com características semelhantes, quais sejam, mesma classe social, mesma capacidade de consumo, renda, e que possuem as mesmas inquietações em relação à segurança, qualidade de vida, infraestrutura e privacidade.

O surgimento dos espaços particulares nas cidades, atrás dos muros, serve para conduzir esquemas duradouros em condições desejáveis pelo indivíduo, é associado a ideia de que dominar tal espaço é uma fonte de poder social. Nesse sentido, “construir comunidades simbolicamente segregadas, protegidas atrás da própria barreira material dos preços dos imóveis” (CASTELLS, 2002, p. 505), é a própria sustentação da estrutura de dominação do espaço.

As características desses espaços sugerem além da segurança uma forma de apropriação do espaço, nos quais os diferentes grupos sociais estão muitas vezes próximos, mas separados por muros, “no limite, quando surgem as tensões, e as cidades decaem, as elites se refugiam entre os muros das comunidades fechadas” (CASTELLS, 2002, p. 506).

Em contrapartida, nas periferias os excluídos estariam primeiramente privados da cidade, sempre tidos como perigosos e inimigos da ordem. As favelas, guetos e bairros pobres em geral estão apartados do “mundo civilizado”, tidos culturalmente como locais propícios a criminalidade, locais onde a atuação de controle e vigilância deve ser mais rigorosa e rotineira. No Brasil, seja privando os pobres do centro da cidade, abandonando-os em áreas desprovidas de serviços funcionais, a exclusão territorial reveste-se de um caráter segregacionista, ainda que o movimento se dê ao contrário, quando o privilegiado se retira aos condomínios fechados. Nesse sentido:

Muitas vezes, como no antigo bairro elegante de Campos Elísios em São Paulo ou em partes da paisagem colonial de Lima, bairros burgueses inteiros transformaram-se em favelas. No famoso bairro à beira-mar de Bab-el-Qued, em Argel, pelo contrário, os nativos pobres substituíram os operários estrangeiros. Embora o padrão dominante global seja a expulsão dos pobres do centro, algumas cidades do Terceiro Mundo reproduzem a segregação urbana à moda dos Estados Unidos (DAVIS, 2006, p. 23).

Portanto, o muro é uma barreira social que preconiza a separação dos sujeitos urbanos. O espaço público que está inserido o muro, comum a todos, produz esta aproximação, paradoxalmente enquanto este mesmo espaço é considerado privado, provendo a separação dos sujeitos.

A privatização do espaço público tem acontecido de maneira cada vez mais acelerada. É cada vez mais comum, por exemplo, que a paisagem seja interrompida por muros altíssimos protegendo condomínios privados. Qual o significado do espaço público ser murado? O muro tem como função separar dois lados, quais sejam, o público e o privado.

Outro importante processo que se deu nos muros foi o da arte, mais especificamente os grafites, que são expressões inconscientes da vida cotidiana de determinada cidade ou civilização que tentam inscrever nos muros as convivências diárias entre os indivíduos, e as diversidades culturais que a cidade pode conter.

...o grafite é uma manifestação urbana que, através de formas e cores, expressa contradições entrelaçadas na teia de relações urbanas. Assim, as obras de grafite podem revelar distintos significados, atrelados à convivência entre os seres humanos nas cidades. (SOUZA, LIMA, 2016, p.340)

A arte, como nos diz Freud (2006), é um meio de o sujeito expressar os desejos que estão recalcados no inconsciente, uma forma de sublimação, que é a descarga parcial de desejos sexuais inconscientes, que se realizam por meios não sexuais, ou seja, desejos que possuem sua origem em uma fonte sexual, porem ao passar para a realização consciente, se direciona para objetos ou objetivos não sexuais, como no caso do artista, realiza isso através da arte, representando estes desejos em suas obras.

Como a realização dos desejos é sempre parcial, a obra de arte que os artistas produzem não é um fechamento do desejo, mas uma das manifestações do desejo que se quer representar, e é por isso que grandes artistas produzem várias obras, cada uma expressando algo de sua própria subjetividade e a cultura do tempo em que se está vivendo. Nada melhor para caracterizar isto do que as pichações e grafites nas cidades.

Deste modo, o muro pode ser pensado como um fenômeno de ocupação. Se o observarmos enxergaremos uma parede de concreto, com o objetivo principal de dividir e cercar um determinado espaço. Ao reconhecermos essas áreas podemos imaginar uma relação de poder. Entretanto, se observarmos uma pichação ou um grafite em seu estado de intervenção, teremos a percepção do seu caráter de invasor daquele espaço. Ambos buscam dialogar com a ideia de separação. Mas qual o papel do grafite? O que os grafiteiros querem dizer quando “invadem” o espaço privado?

O grafite encontra no muro o oposto da separação e exclusão das diferenças, age na busca de transgredir e confrontar diversas questões. Abre portas para os indivíduos invisíveis pela sociedade que está dentro dos muros, agindo como uma ferramenta de comunicação tanto social como comunitária.

Segundo Costa (2007), o grafite começou a ser visto como um elemento cultural e social, difundindo-se pelo mundo. O ponto de partida dessas intervenções foi nos metrô de Nova Iorque, eram obras ligadas a lutas e movimentos da contracultura, que aconteciam entre as décadas de 60 e 70. Suas práticas eram caracterizadas como invasoras, e o grafite ganhava cada vez mais força por ser um poder mobilizador da expressão das minorias guetificadas.

No contexto histórico latino-americano, foi entre as décadas de 70 e 80, segundo Silva (2014), que surgiram as primeiras manifestações artísticas nas metrópoles do continente. Correspondiam a diversos setores culturais: militantes políticos, jovens universitários, movimento feminista, classes sociais desfavorecidas e moradores da periferia. São esses grupos sociais que acabam por utilizar o grafite como ferramenta de comunicação para suas críticas sociais e indignações, “em todos os setores de usuários, o grafite manifestava sua natureza de marginalidade urbana” (SILVA, 2014, p. 77).

Faz-se necessário observar a distinção entre grafite e pichação, pois podem ser considerados estética e ideologicamente diferentes. Segundo Monasterios “existem dois níveis de diferenciação entre grafite e pichação, um interno – entre grafiteiros, pichadores e pesquisadores – e um externo – cidadão comum que olha de fora” (2011, p. 34). Ainda, nesse sentido:

Em relação à técnica, estas duas expressões apresentam diferenças práticas. A primeira e mais óbvia é o tempo de execução. A pichação, devido ao seu caráter invasivo e aos lugares onde é feita, exige rapidez no traço e na construção da assinatura. Portanto, ela apresenta uma simplicidade quanto às linhas e aos traços, e o uso de uma única cor, quase sempre preto. Mas é possível pensar que pelo seu caráter essencialmente tipográfico, não há características que propiciem a entrada no circuito arte. Também, a pichação está completamente vinculada ao contexto; dentro

de um museu ou galeria perderia seu sentido contestador (MONASTEIROS, 2011, p. 36).

Enquanto que para alguns artistas grafiteiros ambos são expressões livres, sem autorização dos proprietários, e com origem na cultura de rua, tendo como diferença que os separa a lei, já que o Artigo 65 da Lei 9.605/98, Lei de Crimes Ambientais, prevê o crime de pichação.

Monasteiros também afirma “o grafite abre a comunicação com a cidade através do uso de um sistema e imagens mais fáceis de decodificar, fazendo o uso de cores que chamam a atenção das pessoas” (2011, p.36). A pichação, para a pesquisadora, está mais direcionada à um diálogo entre gangues, a demarcação de território e ao prestígio do lugar pichado, como um prédio muito alto, por exemplo. Segundo o Pichador Cripta Djan “o papel do picho na rua é transgredir. Isso faz parte da nossa liberdade, o picho nasceu dessa necessidade, de ocupar algo que é negado. O muro tá negado pra nós, então o picho força um direito que é negado” (2016, s.p.).

Djan acredita também que o picho é uma forma do jovem marginalizado sair da invisibilidade social e retomar a cidade, ainda, nesse sentido “a pichação seria uma reivindicação do uso público da cidade, que é cada vez mais privada. Quando um jovem da periferia teria a possibilidade de escrever o nome dele no topo de um prédio do centro? Só se ele fosse uma empresa, um banco” (2016, s.p.). Ainda, segundo Djan “o muro é muito mais autoritário do que o picho. Um muro, uma cerca elétrica ou um condomínio fechado. Agressivo não é o picho, é a sociedade, que protege o muro com facão e arma de fogo” (2016, s.p.). Neste sentido, no picho não se trata de uma agressão visual a cidade, mas sim da busca pelo reconhecimento, de uma resposta para a segregação espacial, reivindicando o espaço público da cidade que é cada vez mais privado.

O grafite pode ser tomado como uma tentativa de inscrição nas impossibilidades que os muros representam. Aqui os muros descoloridos, acinzentados, apresentam-se como impossibilidades “imaginárias”, por serem desprovidos de criatividade, o que é necessária para o sujeito construir sonhos que o sustente em sua vida, e está é função que a fantasia exerce na constituição do sujeito, abrindo uma possibilidade de que o sujeito construa algo que o sustente na realidade do mundo, que esconda o mais inevitável destino do sujeito, a morte, o vazio, o muro acinzentado da castração, ou o que Freud (1937) nos diz “Rochedo da castração”. Assim sendo, o grafite é uma manifestação criativa sobre o mal-estar e sofrimento que paira sobre os muros e sociedade como um todo.

A pichação ou o grafite são as possibilidades que o sujeito encontra para expressar e dar conta do que o faz sofrer, ao mesmo tempo um ato que demonstra

sua posição diante do discurso higienista, que tenta homogeneizar a pluralidade que são os sujeitos. Aqui o grafiteiro ou o pichador entra como um rebelde contra este discurso, rebelde no sentido que Albert Camus fala “Um sujeito que diz NÃO, mas cuja recusa não implica renúncia”, ou seja, recusa a homogeneizar a si próprio e suas produções, não renunciando seus direitos como indivíduo.

CONCLUSÃO

Tudo aquilo que julgamos como ameaça é segregado, principalmente aqueles outros que tomamos por diferentes de nós. Marginalizamos as diferenças. Nesse sentido, o muro tem o intuito de fazer fronteiras e zonas de interdição com a pobreza numa tentativa de promover a segurança daqueles que se encontram dentro dos muros entre iguais, excluindo toda e qualquer diferença.

Além disso, o muro produz o sentimento de inveja e o imaginário de que aquele que está fora quer entrar. O condomínio gera, ainda, uma versão de prisão onde fica evidente o que Freud chamou de narcisismo das pequenas diferenças, que por sua vez, também produz sofrimento. Deste modo, as modalidades de sofrimento podem aparecer das mais diversas formas, como o isolamento e a exclusão, bem como as modalidades de mal-estar, em um permanente estranhamento, e no embate entre insegurança e violência.

Se antes os muros eram erguidos para garantir um espaço de exclusão dos marginalizados, a sociedade moderna, como consequência das políticas públicas de proteção, se segregou atrás de muros, mas um muro de “luxo”, conhecido como condomínio, onde o espaço social ocorre por intermédio do convívio com pessoas consideradas como “iguais”, ou seja, com características semelhantes, quais sejam, mesma classe social, mesma capacidade de consumo, renda, e que possuem as mesmas inquietações em relação à segurança, qualidade de vida, infraestrutura e privacidade.

Os artistas das ruas encontram na tela de impossibilidades e barreiras do muro a oportunidade de ali, naquele espaço que não lhe convida a entrar, expressarem sua subjetividade, manifestarem opiniões, e depositarem um pouco de si na forma de criatividade e fantasia de um mundo cujo horizonte pudesse ser avistado no lugar onde se encontram os muros.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Machado de. **O alienista**. (1882). Rio de Janeiro: Papéis avulsos, Fundação Biblioteca Nacional, 2010.

BACKES, Carmen. **O que é ser brasileiro?** Dissertação de mestrado em Psicologia Social e Institucional – UFRGS. 1999.

BAUMAN, Z. **Globalização: As consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BRASIL. **Lei nº. 9.605/98, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 10 jun. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede. A era da informação: economia, sociedade e cultura**. Vol.1, 6.ed. São Paulo: Terra e Paz, 2002.

DAVIS, Mike. **Planeta favela**. Tradução de Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2006.

DJAN, Cripta. **O muro do condomínio é muito mais autoritário do que o picho**. 21 de novembro de 2016. El País. Entrevista concedida a Gil Alessi. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/21/cultura/1479735571_425031.html?id_externo_rsoc=FB_C> Acesso em: 10 jun. 2017.

DUNKER, Christian Ingo Lenz. **Mal-estar, sofrimento e sintoma: uma psicopatologia do Brasil entre muros**. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2015. (Estado de Sítio)

_____. **Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. Bernardo Kucinski [et. al]. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2015.

FREUD, Sigmund. **O Mal-Estar na Civilização**, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936). Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. unesp, 1990.

MONASTEIROS, Sylvia. **Arte ou Ocupação? O graffiti na paisagem urbana de São Paulo**. 2011. 92 f. Dissertação (Mestrado em Educação, Arte e História da Cultura) - Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/1831/1/Sylvia%20Monasterios.pdf>> Acesso em: 10 jun. 2017.

REINO, Luiz Moreno Guimarães; ENDO, Paulo Cesar. **Três versões do narcisismo das pequenas diferenças em Freud**. Trivium-Estudos Interdisciplinares, v. 3, n. 2, p. 16-27, 2011.

SILVA, Armando. **Atmosferas Urbanas: Grafite, arte pública, nichos estéticos**. Tradução de Sanda Trabucco Valenzuela. São Paulo. Ed: Sesc São Paulo, 2014.

SOUZA, Octávio. **Fantasia de Brasil**. São Paulo: Escuta, 1994.

SOUZA, Richard Perassi Luiz de; LIMA, Taís Azambuja Alvez de. **Marcas do inconsciente: grafite, psicanálise e possíveis interlocuções**. Revista Visualidades, V.14, n.1, p.334-351, jan-jun, Goiânia – 2016.

ŽIŽEK, Slavov. **Violência: seis reflexões laterais**. Tradução Miguel Serras Pereira. Ed. 1. São Paulo: Boitempo, 2014.

WATTS, Jonathan. **“Why are we building new walls to divide us?”** The Guardian. Novembro 2013. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/world/nginteractive/2013/nov/walls#intro>> Acesso em 10 ago 2017.

REFÚGIO: NO CAMINHO PELA PAZ

Nívia de Castro Orlandi¹

Ciderlei Honório dos Santos²

RESUMO

As grandes adversidades sofridas pelos refugiados na busca de uma vida digna são constantes, visto que muitos Estados destinatários tem negado tal refugio. Os refugiados encontram diversas barreiras migratórias, sendo constantes os flagrantes de proibição de ingresso desses refugiados nos países destinos, ocorrendo, em muitas ocasiões, o tratamento coisificado destes indivíduos humanos vulneráveis. Neste diapasão os princípios da dignidade humana e da solidariedade como fundamentos e normas cogentes para a aceitação dos refugiados, não havendo escusas internacionais para refugar seres humanos em situação de vulnerabilidade.

Palavras-chaves: refugiados, dignidade, humana, solidariedade.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar as adversidades sofridas pelos refugiados na busca de uma vida digna e, por outro lado, a atitude dos Estados destinatários.

É apresentado os princípios da dignidade humana e da solidariedade como fundamentos e normas cogentes para a aceitação dos refugiados, não havendo escusas internacionais para refugar seres humanos em situação de vulnerabilidade.

1 REFUGIADOS: A CRISE DO SÉCULO

¹ Advogada, Pós-graduada em Direito Lato Sensu pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus, São Paulo; Mestranda em Direito na área de concentração "Sistema Constitucional de garantias de Direitos" do Programa de Pós-Graduação "Stricto Sensu" do Centro Universitário de Bauru mantido pela Instituição Toledo de Ensino – Ite-Bauru/SP.

² Graduado em Direito pela Instituição Toledo de Ensino (2003), Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Instituição Toledo de Ensino (2005), Mestrando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru - ITE. Coordenador da Comissão de Direito Previdenciário do Instituto dos Advogados do Interior Paulista - IADV. Advogado

Refugiado é uma pessoa que sai de seu país por conta de “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”, em situações nas quais “não possa ou não queira regressar”³.

Os refugiados sempre existiram, porém sua importância perante a Comunidade de Nações teve ênfase após a Primeira Guerra Mundial (RODRIGUES, Carlos. As Políticas da ONU, In: *A inclusão do outro*. Coimbra, 1997, p. 13).

Em 1950 foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) e começou suas funções em 1951 com um total de um milhão de refugiados (p. 14). Conforme dados do site Politize, em 2015, este número chegou a 65,3 milhões.

Os refugiados vêm em maior escala da África ou o Oriente Médio. Todos estão em busca de paz, e, fogem por motivos diversos, como conflitos locais, guerras civis, perseguições políticas, fome, ações de grupos terroristas e violência aos direitos humanos⁴. A guerra na Síria já deixou mais de 5 milhões de refugiados na Turquia, no Líbano, na Jordânia, no Iraque e no Egito⁵. A guerra na Síria é um dos maiores polos de origem de refugiados.

Em virtude deste panorama, foi que se buscou trabalhar no presente artigo a figura da dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade como base para que os países ao redor do mundo, em especial a Europa e a Ásia que estão mais próximos daqueles que fogem para uma vida melhor, recepcionem essas pessoas que necessitam de abrigo e um novo lar para recomeçar.

Na União Europeia os países que mais recebem refugiados são Hungria, Grécia e Itália. A Alemanha e a Suécia têm aceitado abrigar refugiados com mais liberdade e menos restrições. Porém, conforme noticiado no site Politize, alguns países impõem restrições aos refugiados, *in verbis*⁶:

Hungria: O país tem no governo um primeiro-ministro conservador, que profere o discurso de dever em “defender a cultura da Hungria e da Europa”. Além dele, o

³ MERELES, Carla. Crise dos refugiados. **Politize!** Disponível em: <<http://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados/>>. Acesso em: 13/08/2017.

⁴ MERELES, Carla. Crise dos refugiados. **Politize!** Disponível em: <<http://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados/>>. Acesso em: 13/08/2017.

⁵ G1. Em seis anos de conflito, número de refugiados sírios supera a barreira de 5 milhões. **Globo.com**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-sirios-supera-a-barreira-de-5-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 13/08/2017.

⁶ MERELES, Carla. Crise dos refugiados. **Politize!** Disponível em: <<http://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados/>>. Acesso em: 13/08/2017.

governo tem instituído políticas a fim de não acolher pessoas em situação de refugiadas. Construíram um muro de 175km na fronteira com a Sérvia (que não integra a U.E.), aprovou leis que punem com até 3 anos de prisão quem entrar ilegalmente no país e que permitem deportar quem estiver nessa situação.

Áustria: O país lida com a situação dos refugiados da mesma forma que a Hungria, anunciando a intenção de construir um muro para servir de barreira ao crescente número de migrantes chegando ao seu território. O muro ainda não saiu do papel.

Grécia: A Grécia está sofrendo uma crise econômica e política bárbara desde 2008, mas como é um dos principais pontos de acesso à Europa, está recebendo muitos refugiados. O governo, porém, afirma não ter condições de recebê-los e pediu ajuda aos demais países europeus.

Segue ainda, Carla Mereles (site Politize):

A política que a Alemanha instituiu para ajudar na crise dos refugiados foi a de aliviar a pressão sobre os países de fronteira com o norte da África e a Ásia, permitindo que os refugiados sírios peçam seus vistos lá mesmo já tendo transitado em outros países europeus. A chanceler Angela Merkel e o governo alemão adotaram uma política de portas abertas, recebendo 800 mil pessoas em 2015.

As justificativas principais dessa política de acolhimento são razões demográficas e econômicas, um influenciando diretamente no outro. Todo o continente europeu está sofrendo com o envelhecimento da população, devido à alta expectativa de vida que a população tem lá. Uma implicação desse fato é o crescimento do índice de dependência de idosos. O número de pessoas que não estão em idade de trabalhar é maior do que o de pessoas em idade de trabalho e que paga impostos. Outro número relacionado a essas questões é a baixa taxa de natalidade e, por isso, leva ao declínio no número de habitantes.

Todavia, essa política de acolhimento aos refugiados da Chanceler Angela Merkel da Alemanha, fez com que ela perdesse as eleições para o partido de direita populista anti-imigração em três parlamentos regionais⁷. Isso significa que a aceitação de refugiados ainda é uma questão a ser discutida pela população em geral.

Muito embora os benefícios diagnosticados pela entrada de imigrantes sejam indubitáveis, trata-se de uma questão delicada e rechaçada pela maioria. Note-se que os fundamentos da política de aceitação dos refugiados estão embasados no crescimento econômico dos países europeus.

⁷ SALVADOR, Suzana. Merkel mantém política de refugiados apesar de mau resultado eleitoral. **Diário de notícia**. Portugal. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/merkel-mantem-politica-de-refugiados-apesar-de-mau-resultado-eleitoral-5077155.html>>. Acesso em 13/08/2017.

Com efeito, a densidade demográfica de pessoas com expectativa de vida em idade avançada na Europa demanda a necessidade de aumento de mão de obra para manter o equilíbrio econômico. Esses fatores demonstram que a política pró refugiados não estaria contra o progresso dos países europeus, pelo contrário, seria uma solução para a economia.

Porém, como já mencionado, ainda persiste a rejeição da população que relaciona a entrada de refugiados em seu território com o aumento de ataques terroristas. O que não corresponde à realidade, pois os próprios refugiados são vítimas do terrorismo e buscam abrigo em outros continentes na esperança de fugir da violência deste inimigo.

Até porque, como já analisado em estudos (livro Refugiados – Bahia), a pessoa que se torna terrorista geralmente surge de dentro da Europa. São aqueles que são colocados de lado pela sociedade, sentindo-se rejeitados, busca nos grupos antisemitas a aceitação e, assim, lutam contra a humanidade como um todo.

Neste sentido, a luta contra o terrorismo está quilômetros de distância dos refugiados, que querem um recomeço sob o enfoque da paz e fraternidade dos povos.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO PARA ACEITAÇÃO DOS REFUGIADOS

Como explanado acima, há o entendimento de que refugiado é uma pessoa que sai de seu país por conta de “fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”, em situações nas quais “não possa ou não queira regressar”.

Tal conceito deve ser ampliado, visto que muitas pessoas deixam seu país para buscar uma vida com a mínima dignidade em outro Estado, pois, o Estado onde vivem não é capaz de garantir tal dignidade mínima, e tal inércia do Estado põe em risco a vida de seu nacional que se encontra em situação de vulnerabilidade.

Neste sentido, não há como deixar de considerar como refugiados aqueles que abandonam seus países fugindo da extrema miséria, da fome e da quase inexistência de direitos sociais e econômicos.

O artigo 14, 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos prescreve que “Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”. Neste sentir, olhando de forma legalista e isolada, o asilo é conferido apenas às pessoas que estão sendo perseguidas.

No entanto, todo o Direito Internacional tem como fundamento o superprincípio da dignidade da pessoa humana. Todo indivíduo da espécie humana dever ser tratado “(...) tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como um meio” (KANT, 1993, p.59).

Para Kant a racionalidade difere o ser humano dos demais seres / coisas irracionais, estas últimas possuem valor, caracterizando-se como meio, razão pela qual são chamadas de coisa, enquanto que os seres racionais, ou seja, os indivíduos da espécie humana, são chamados de pessoas em virtude de sua natureza os colocar como fins em si mesmos e, desta forma, não podem ser instrumentalizadas, quer dizer, empregadas como meio e, tal fato limita todo arbítrio.

Assim, a dignidade da pessoa humana é insuscetível de precificação e, nesta seara, parafraseando Kant, leciona Sarlet (2012, p. 41):

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente: mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade... Esta apreciação dá pois a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem qualquer modo ferir a sua santidade.

A dignidade da pessoa humana é farol para todo o ordenamento jurídico nacional ou internacional e, desta feita, todos os Pactos e Declarações Internacionais assentam-se sobre este princípio.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, representou um dos avanços na defesa dos direitos humanos.

Com a globalização e o neoliberalismo os mercados globalizados exercem verdadeira supremacia, tendo como objetivo precípua a busca do capital o que acaba por acarretar a exclusão em massa de seres humanos.

É neste contexto que surgem mecanismos para criar condições dignas ao ser humano, de forma que desfrute, além dos direitos civis e políticos, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Um dos mecanismos que assegura tal proteção é o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado em 16.12.1966, pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais prescreve que os Estados que a ele ratificou devem se comprometer à busca progressiva pela implementação de tais direitos, conforme dispõe o artigo 2º do Pacto, *in verbis*:

Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz em seu seio de proteção diversos direitos que devem ser aplicados a todo e qualquer ser humano, indistintamente, direitos tais como: direito ao trabalho com igualdade remuneratória; direito de greve e formação de sindicato; direito à previdência e assistência social; direito a um padrão de vida humanizado que inclua uma alimentação básica, vestuário e moradia; direito à proteção contra a fome; direito à saúde mental e física; direito à educação; e direito a participar da vida cultural e científica do país; dentre outros.

Consoante ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, todos os Estados-partes devem comungar esforços para garantir o núcleo essencial mínimo desses direitos, ou seja, cada um dos direitos enunciados no Pacto possui um núcleo essencial mínimo, sem o qual a dignidade da pessoa humana é violada, sendo esta a razão para que todo Estado-parte assegure esse núcleo essencial mínimo.

Tratando sobre o tema Flávia Piovesan (2011, p. 235) assevera:

(...) O dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos econômicos, sociais e culturais tem como fonte o princípio maior da dignidade da pessoa humana, que é princípio fundante e nuclear do Direito dos Direitos Humanos, demandando absoluta urgência e prioridade.

Neste diapasão, países massacrados pela fome e pobreza extrema estão sendo faltosos em conceder a seus nacionais um do mais elementar dos direitos humanos, manter-se vivo.

Quem vive sob fome extrema não vive nem sobrevive, mas, tão somente aguarda a hora da morte, pois para esses seres humanos esta é a única esperança que há. O prêmio da vida é a morte, que acaba com a fome.

Por outro lado, aqueles que “ousam” sobreviver à fome não veem alternativa que não deixarem seus Estados e buscarem refúgio em outro Estado, onde poderão ter sua humanidade minimamente respeitada. A estes não se pode negar a condição de refugiados, pois os são. Estão fugindo não da guerra propriamente dita, mas fugindo de uma inevitável sentença de morte que se efetiva pela fome extrema.

A estes seres humanos que fogem da morte “à prazo” são os chamados refugiados econômicos, que em atos heroicos de insurgirem contra o status quo deixam seus Estados e seguem para um lugar, um outro país, que lhe possa propiciar o elementar para se manter vivo, a saber o alimento.

Esse fluxo migratório de refugiados econômicos denuncia que a democracia, a paz e a estabilidade é ausente nestes países de origem, visto que a fome extrema e a degradação do ser humano é incompatível com um Estado democrático, com justiça social e local de paz.

O *Statement to the Word Conference on Human Rights on Behalf of Committee on Economic, Social and Cultural Rights* assim advertiu:

Com efeito, democracia, estabilidade e paz não podem conviver com condições de pobreza crônica, miséria e negligência. Além disso, essa insatisfação criará grandes e renovadas escalas de movimentos de pessoas, incluindo fluxos adicionais de refugiados e migrantes, denominados 'refugiados econômicos', com todas as suas tragédias e problemas. (...) Direitos sociais, econômicos e culturais devem ser reivindicados como direitos e não como caridade e generosidade.

O direito ao refúgio desses refugiados econômicos se assenta na prescrição do próprio Pacto que assegura aos nacionais de Estados-partes pobres de verem o núcleo essencial mínimo dos direitos econômicos e sociais também amparados pelos Estados-partes ricos que tenham ratificado o Pacto.

O Pacto estabelece três previsões que se apresentam como comandos obrigatórios aos Estados-partes ricos de colaborar com os Estados-partes pobres na promoção do núcleo essencial mínimo dos direitos assegurado no Pacto, desde que estes últimos não sejam dotados de recursos para fazer frente a tal mister.

A primeira previsão esta no artigo 2º, nº 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que dispõe:

Artigo 2.º

1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

Portanto, os Estados-parte se comprometeram a disponibilizar recursos visando a implementação dos direitos estabelecidos no Pacto. Desta forma, havendo impossibilidade de implementação dos direitos garantidos no Pacto por algum Estado e, se em razão dessa impossibilidade ou mesmo omissão resultar degradação humana, como no caso de fome e pobreza extrema, o nacional deste Estado tem o direito de se refugiar em Estado livre de tal circunstância e, o Estado-parte rico, por sua vez, tem o dever de conceder tal refúgio.

A segunda previsão está no artigo 11, nº 1, que prescreve:

1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo (grifo nosso)

Uma vez mais fica evidenciado o dever da comunidade internacional que ratificou o Pacto de, em um sistema de solidariedade, adotar medidas que garantam o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais dos povos representados pelos Estados representados no Pacto

.Por fim, o mesmo artigo 11, nº 2, novamente emprega expressão que aponta para a necessidade/obrigatoriedade dos Estados-partes de maneira solidária e subsidiária empreender meios para efetivar os direitos garantidos no Pacto, conforme transcrição abaixo:

2. Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de todas as pessoas de estarem ao abrigo da fome, adotarão individualmente e por meio da cooperação internacional as medidas necessárias, incluindo programas concretos: [...].

Ora, se os Estados-partes se comprometeram a assegurar de forma solidária e subsidiária os direitos assegurados no Pacto, não há razão jurídica ou

política para rejeitar a concessão de refúgio àqueles que, por viverem na extrema pobreza e sob degradação humana, buscam os países mais ricos a fim de verem cessar tal condição.

Não é desconhecido que a riqueza global concentra-se massivamente nos países ricos. Neste sentido escreveu Flávia Piovesan (2011, p. 241):

[...] De acordo com o relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1999, elaborado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), a interação econômica mundial tem contribuído para aumentar a desigualdade. A diferença de renda entre os 20% mais ricos da população mundial e os 20% mais pobres, medida pela renda nacional média, aumentou de 30 para 1, em 1960, para 74, em 1997. Adiciona o relatório que, em face da globalização assimétrica, a parcela de 20% da população mundial que vive nos países de renda mais elevada concentra 86% do PIB mundial, 82% das exportações mundiais, 68% do investimento direto estrangeiro e 74% das linhas telefônicas. Já a parcela dos 20% mais pobres concentra 1% do PIB mundial, 1% das exportações mundiais, 1% do investimento direto estrangeiro e 1,5% das linhas telefônicas. Atente-se que o próprio Banco Mundial reconheceu, em relatório recente, que a pobreza tem crescido em virtude da globalização econômica. [...]

Não há paz onde há fome, não há vida onde tudo falta. Se tudo isso nada diz respeito a nós, precisamos repensar nossa humanidade.

3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE COMO NORMA COGENTE PARA ACEITAÇÃO DOS REFUGIADOS

O princípio da solidariedade está elencado como um direito fundamental de terceira geração ao lado da igualdade e liberdade. Trata-se de uma bandeira levantada na Revolução Francesa, tendo em vista as batalhas que o homem enfrentava naquele momento de transformação do direito com enfoque maior nas necessidades que os trabalhadores enfrentavam na busca de melhores condições contra a “ditadura” da Indústria.

Por mais que o movimento do liberalismo desencadeado na Revolução Francesa apresentou com grande entusiasmo o lema liberdade, igualdade e fraternidade, apenas com o constitucionalismo foi possível distinguir a solidariedade e sua inclusão nos direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais.

O Estado Liberal, conforme ensina Dallari (2016, p. 235), não se preocupava com a quantidade de liberdade, mas sim sua qualidade, *in verbis*:

Na verdade, sob o pretexto de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou com o liberalismo econômico foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, os homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da sociedade.

Com base neste pensamento, Alenilton da Silva Cardoso desenvolve o seguinte raciocínio (2010, p. 93):

A concepção individualista da sociedade, ignorando o homem como ser social, foi fundamentalmente mesquinha, porque desligou o indivíduo de compromissos sociais, dando margem à mais desenfreada exploração do homem pelo homem, onde cada um vivia isolado da sua liberdade.

Ora, tem-se assim, a nítida utilização do argumento solidariedade como manipulação da massa popular em prol daqueles que não precisavam tanto do grito da sociedade em busca de direitos para os menos afortunados. O movimento do liberalismo contribuiu para aqueles que já apresentavam certo poder econômico e perseguiu usufruir do individualismo que surgiu pela exploração do labor humano.

Somente quando o constitucionalismo tornou a dignidade da pessoa humana como o princípio mestre dos direitos fundamentais, foi possível auferir a solidariedade como norma a ser seguida pelo Estado Democrático de Direito.

Assim, tendo por base a Constituição Federal de 1988, está previsto no artigo 3º a título de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária; bem como, no inciso III, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Isso significa que o Brasil estatuiu o princípio da solidariedade como objetivo do Estado, sendo necessário para tanto, buscar os meios necessários para sua concretização.

A solidariedade é um instituto que abarca valores a serem direcionados para a sociedade como um todo, em que cada indivíduo responderá por todos. Seria adotar o lema dos mosqueteiros: “um por todos e todos por um”. Aparentemente, uma comparação tola, todavia, é possível verificar que a razão de ser está diretamente vinculada à responsabilidade de um indivíduo pelo todo e vice versa.

O princípio da solidariedade apenas tomou corpo após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, na qual as nações do mundo inteiro se uniram na busca

pela paz com espírito de fortalecer os direitos referentes à proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste ímpio de enaltecer o ser humano perante a sociedade como um todo, a Declaração Universal de 1948 reaproximou a moral do direito e atuou de forma positiva para que os ordenamentos jurídicos das nações condicionais suas cartas constitucionais com maior vasão aos direitos humanos.

Ensina Alenilton da Silva Cardoso (2010, p. 95-96):

Inaugurou a Declaração de 1948 a moderna visão do princípio da dignidade humana, porquanto o bem-estar e a justiça social deixaram de ser expressões meramente teóricas para se tornar o ponto e início e de chegada das instituições contemporâneas. Isso implicou, além da proibição ao retrocesso social, uma maior atuação do Estado e, sobretudo, da sociedade, para que cada ser humano possa existir e se desenvolver com dignidade, imbricando, pois, um emaranhado sistema de solidariedade, que envolve questões como dever de cooperação, responsabilidade social, repúdio ao egoísmo e à indiferença, conscientização do papel social, enfim, tudo o que está relacionado à garantia de que todos os seres humanos possam usufruir de um mínimo ético existencial.

Em seguida, diante dos problemas dos refugiados da Segunda Guerra Mundial, a Assembleia Geral das Nações Unidas cria o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, tendo início suas funções em 1951, conforme indica o Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (2002, p. 14):

Em 1949, a Assembleia Geral criou o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados por um período de três anos. Saliento os três anos, porque reflecte o carácter temporário que então os 45 Estados fundadores desta Organização lhe atribuíam. O ACNUR, de acordo com o estatuto que lhe foi atribuído, tinha como funções principais proporcionar protecção internacional aos refugiados, que reunissem as condições previstas no estatuto, encontrar soluções permanentes para os problemas dos refugiados – ajudando os governos, que são os principais responsáveis pela execução das acções necessárias para a protecção e assistência das pessoas que estão no seu solo – e de facilitar o repatriamento voluntário ou a sua integração no seio das novas comunidades nacionais.

Observe-se que o ACNUR originariamente foi criado com carácter temporário, visto que os Estados fundadores acreditavam que poderia solucionar a questão sem a necessidade de uma organização *ad eternum*. Porém, hoje, a

estrutura do ACNUR comporta 7.200 (sete mil e duzentos) funcionários, sendo que 705 (setecentos e cinco) trabalham em Genebra⁶⁸.

Conforme informação geral extraída do site oficial do ACNUR, o Brasil atua em conjunto com a CONARE – Comitê Nacional para os refugiados, ligado ao Ministério da Justiça (<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/>):

No Brasil, o ACNUR atua em cooperação com o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), ligado ao Ministério da Justiça. Além da proteção física e legal, os refugiados no país tem direito à documentação e aos benefícios das políticas públicas de educação, saúde e habitação, entre outras. Para garantir a assistência humanitária e a integração dessa população, o ACNUR também trabalha com diversas ONGs no país.

Entre os programas implementados estão o de integração local, que busca facilitar a inserção do refugiado na comunidade, e o de reassentamento, que recebe refugiados que continuam sofrendo ameaças e problemas de adaptação no primeiro país de refúgio.

Denota-se que a questão refugiados surge com maior ênfase como consequência do pós Guerra e até os dias de hoje, ao invés de diminuir a complexidade da causa, esta tem aumentado desastrosamente diante dos conflitos que ainda persistem na humanidade, mesmo diante de tantas informações e tentativas para a manutenção da paz. Infelizmente a ganância de alguns e o fomento do ódio cria ambientes propícios para a destruição do ser humano.

Com isso, é apenas na proteção dos direitos fundamentais, intitulados direitos humanos na órbita internacional, ocorrem mudanças no sentido de amenizar o sofrimento daqueles que estão a mercê do abandono de sua pátria materna.

A união de Nações para concretizar e viabilizar a dignidade da pessoa humana está arraigado no princípio da solidariedade que comporta o sentimento de compaixão, empatia e, não sendo piegas, “amor ao próximo”.

A proteção dos direitos fundamentais permanece sob o domínio do Estado, que reflete as convicções de cada nação composta por seus cidadãos. A evolução do direito internacional para a proteção dos refugiados tem a expectativa de que o Estado acolhedor tenha em sua concepção de direitos fundamentais o princípio da solidariedade, que conferiria aos que buscam um recomeço, a garantia da dignidade a pessoa humana.

⁶⁸ Breve histórico do ACNUR. ACNUR. **Agência da ONU para refugiados**. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/>. Acesso em: 13/08/2017.

O princípio constitucional da solidariedade vai além dos muros nacionais. Trata-se de um princípio transnacional, que determina a responsabilização de direitos humanos entre todas as nações.

Desta feita, o princípio da solidariedade pode ser visto sob diversos ângulos, um deles é esclarecido por Michael J. Sandel (2011, p. 287):

As obrigações de solidariedade e sociedade apontam em duas direções, de dentro para fora e de fora para dentro. Posso ter para com meus companheiros algumas responsabilidades especiais relativas às comunidades às quais pertenço. Mas posso ter outras tantas para com aqueles com os quais minha comunidade tem uma história de dívida moral, como a relação dos alemães com os judeus ou dos brancos americanos com os negros. Desculpas e indenizações coletivas por injustiças históricas são bons exemplos de como a solidariedade pode criar responsabilidades morais para com comunidades além das nossas. Reparar os erros passados de nosso país é uma forma de afirmar nossa lealdade a ele.

A solidariedade é o reflexo da evolução histórica de um Estado, o qual busca responder perante as demais nações pelos erros que cometeu no passado. Trata-se de responsabilidade herdada de geração a geração.

Com efeito, a política em prol dos refugiados pela Alemanha aplicada por Merkel demonstra nítida esta responsabilidade pelos atos passados, na busca de tentar amenizar as atrocidades praticadas na Segunda Guerra Mundial contra os judeus.

O princípio da solidariedade funda-se em essência na dignidade da pessoa humana e emana a necessidade de uma resposta positiva do Estado Democrático de Direito para o acolhimento daqueles que gritam por ajuda.

CONCLUSÃO

Os refugiados tornaram-se a crise do século, pessoas buscando uma nova oportunidade para ser verdadeiramente gente, pois foram excluídas do “sistema” onde, com raríssimas exceções, o poder econômico-financeiro dita as regras e, com certa frequência, exclui pessoas e desumaniza-as.

Para fugir de tal condição, muitos seres humanos degradados, vão para outros países na condição de refugiados, objetivando obter, neste novo Estado, além de direitos civis, direitos sociais, econômicos e culturais que lhe foram negados em seu Estado de origem.

Nesta busca pela nova oportunidade os refugiados encontram diversas barreiras migratórias, sendo constantes os flagrantes de proibição de ingresso

desses refugiados nos países destinos, ocorrendo, em muitas ocasiões, o tratamento coisificado destes indivíduos humanos vulneráveis.

Neste artigo abordamos dois grandes fundamentos que compelem os Estados destinos dos refugiados a recebê-los. São eles, a dignidade da pessoa humana e o princípio da solidariedade.

A dignidade da pessoa humana é farol para todo o ordenamento jurídico nacional ou internacional e, desta feita, todos os Pactos e Declarações Internacionais assentam-se sobre este princípio. Desta feita, uma vez ratificado algum Pacto de proteção do ser humano e sua dignidade, o Estado está obrigatoriamente obrigado a aceitar os refugiados, mormente, se tratando do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

De igual modo o princípio da solidariedade impõe obrigação de recepção dos refugiados, visto que o princípio da solidariedade funda-se em essência na dignidade da pessoa humana e emana na necessidade de uma resposta positiva do Estado Democrático de Direito para o acolhimento daqueles que gritam por ajuda.

Por tais razões, o refúgio não é caridade de um Estado a um não nacional, mas é decorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de Los Derechos Fundamentales**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva: Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARDOSO, Alenilton da Silva. **Princípio da solidariedade. O paradigma ético do direito contemporâneo**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito Constitucional Internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

RODRIGUES, Carlos. As políticas da ONU. In: COSTA, Almeida e outros (Org.). **A inclusão do outro**. Coimbra/PT: Coimbra Editora, 2002.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos. De emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANDEL, Michael J. **Justiça. O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARTORI, Ellen Carina Mattias; SCHNEIDER, Caroline. Análise do princípio constitucional da solidariedade: breves ponderações referentes à lei de anistia e às decisões sobre a guerrilha do Araguaia. In: BACHIEGA, Marcus Vinicius; BRAGA, Rogério Piccino (Org.). **Estudos da teoria da constituição**. Bandeirantes/PR: Redige Produção Editorial, 2014.

TAVARES André Ramos. **Princípios Constitucionais**. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

WEIS, Carlos. **Diretos humanos contemporâneos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Bauru: Edipro, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BIZOTTO, Márcia. As milícias anti-imigrantes que se expandem e preocupam a Europa. **BBC BRASIL**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38070872>>. Acesso em: 13/08/2017.

Breve histórico do ACNUR. ACNUR. **Agência da ONU para refugiados**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/breve-historico-do-acnur/>>. Acesso em: 13/08/2017.

G1. Em seis anos de conflito, número de refugiados sírios supera a barreira de 5 milhões. **Globo.com**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-sirios-supera-a-barreira-de-5-milhoes.ghtml>>. Acesso em: 13/08/2017.

G1. N° de refugiados e deslocados cresce em 2016 e é o maior já registrado, diz relatório. **Globo.com**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/numero-de-refugiados-e-deslocados-cresce-em-2016-e-e-o-maior-ja-registrado-diz-relatorio.ghtml>>. Acesso em: 13/08/2017.

MERELES, Carla. Crise dos refugiados. **Politize!** Disponível em: <<http://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados/>>. Acesso em: 13/08/2017.

Refugiados e migrantes, perguntas frequentes. ACNUR. **Agência da ONU para refugiados**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>>. Acesso em: 13/08/2017.

SALVADOR, Suzana. Merkel mantém política de refugiados apesar de mau resultado eleitoral. **Diário de notícia**. Portugal. Disponível em: <<http://www.dn.pt/mundo/interior/merkel-mantem-politica-de-refugiados-apesar-de-mau-resultado-eleitoral-5077155.html>>. Acesso em 13/08/2017.

MEDIÇÃO E CONFLITO:

A APLICABILIDADE DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA A MENORES INFRATORES COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Cláudia Valéria Alves dos Santos¹

Amaisa de Jesus Santos²

RESUMO

Este artigo apresenta um viés *foucaultiano*, a partir de uma perspectiva que adentra a necessidade de utilizar, como recurso, a vigilância hierárquica, para um bom adestramento, na aplicação da medida socioeducativa aos menores infratores, cujo principal objetivo é a ressocialização do indivíduo à sociedade, bem como o viés da teoria da interpretação por Tércio Sampaio Ferraz Jr. e os mecanismos de mediação escolar. O educando frequenta a escola dentro das Comunidades de Atendimento Socioeducativo – CASES, por meio de parcerias firmadas com as secretarias de educação municipal e estadual. Sendo assim, o educador tem como principal responsabilidade levar a justiça a esses jovens e, com isso, estimular a sua percepção de mundo, levando-o a compreender o seu papel na sociedade como cidadão, mesmo após a sua reclusão social. Com isso, essa pesquisa pretende promover reflexões que vise, além do acesso à justiça, a prática da paz e a solidariedade entre os povos. Portanto, considera-se que, ao explorar, sobretudo, potencialidades para construir o seu próprio projeto de vida, de forma autônoma, responsável, digna e socialmente aceitável, o jovem sob custódia do Estado necessita dessa mediação entre a verificação da funcionalidade de leis que garantem os Direitos Humanos e, também, até que ponto ela pode ser alcançada a esses indivíduos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Foucault. Mediação Escolar. Políticas Públicas.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende realizar, inicialmente, algumas considerações concernentes à precariedade da comunicação em sujeitos cujas liberdades foram cerceadas, sobretudo em situações que pessoas necessitam conhecer seus direitos

¹ Graduanda em Direito na Universidade do Estado da Bahia – UFBA, e Mestranda do Programa de Pós graduação, da Universidade do Estado da Bahia – UNEB, com fomento CAPES. E-mail: estrela.cacau@gmail.com.

² Graduada em Letras e Literaturas Portuguesa na Universidade do Estado da Bahia – UNEB, Graduanda em Direito na Universidade do Estado da Bahia – UFBA.

e, conseqüentemente deveres nessa sociedade plural. Sendo assim, como uma pesquisa de caráter bibliográfico, toma-se como base estudos teóricos e pesquisas realizadas, com o fim de situar a complexidade dos problemas que envolvem sujeitos em privação de liberdade, com o olhar voltado para os aspectos metodológicos e linguísticos, aplicáveis no ambiente de internação das Comunidades de Atendimento Socioeducativo – CASES. Com isso, a partir de uma perspectiva *foucaultiana*, promover reflexões que destaque entendimentos acerca o uso da *vigilância hierárquica*, como critério de um bom *adestramento*, na aplicação da medida socioeducativa aos menores infratores e, com isso, reintroduzi-lo à sociedade.

Desse modo, previstas no art.112 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA – as medidas socioeducativas são medidas aplicáveis a adolescentes autores de atos infracionais como respostas às práticas delituosas. O resultado seria a implementação de um sistema de ensino dentro de Comunidades de Atendimento Socioeducativo, por meio de parcerias firmadas com as secretarias de educação, tanto as municipais, quanto as estaduais. Logo, seu caráter é predominantemente educativo e não punitivo.

O profissional da Educação que atua nesses sistemas peculiares de ensino, além de ser o principal responsável em educar e mediar o processo de aquisição de conhecimento, leva a justiça a esses jovens, mesmo de forma inconsciente, ao estimular uma nova percepção de mundo por intermédio da educação, levando-o a refletir sobre o seu real papel na sociedade, como cidadão, mesmo após a sua reclusão social.

Esse processo solidário nasceu através da quarta geração dos Direitos Humanos, com a Constituição Brasileira de 1988, influenciada pelo *Pacto de San José de Costa Rica* e outros movimentos que promovam o crescimento universal, o acesso à justiça, a prática da paz e a solidariedade entre os povos.

Daí a importância da análise de tais sujeitos em seu contexto uma vez que a educação se afigura no principal instrumento utilizado pelo Estado para o processo de ressocialização desses adolescentes, embora ciente da precariedade da comunicação, do conhecimento e das *práxis* da lei em face à indivíduos que feriram o direito do outro, do seu próximo. Assim, seria verossímil o processo de mediação escolar uma forma de resolução de conflitos de sujeitos em face à aplicabilidade da medida socioeducativa a menores infratores como forma de acesso à justiça? Se com isso, ao explorar diversas suas potencialidades individuais, é compreensível a importância de verificação da funcionalidade de leis que garantem os Direitos Humanos ao mesmo tempo que não se possa interferir na punição do apenado?

Portanto, é escopo desta pesquisa promover uma investigação sobre a contribuição da Lei e a sua aplicabilidade no processo de mediação a menores infratores cumprindo medida socioeducativa de privação de liberdade. Para tanto,

importa a realização de observações que possibilitem identificar o papel do professor em sala de aula e os limites apresentados em seu papel de mediador social, bem como entender o poder da hierarquia nesse processo de mediação escolar e, com isso, analisar o princípio da solidariedade em face do processo de escolarização e suas dimensões contextuais do/no espaço de intersetoriação das medidas socioeducativas.

1 MEDIAÇÃO ESCOLAR: APLICABILIDADE EM SITUAÇÃO DE PRIVAÇÃO A LIBERDADE

VASCONCELOS (2008) afirma que a cidadania que se constrói pela inclusão social, respeitando éticas de tolerância e amor para com o outro, o próximo, enquanto cidadão livre e igual e responsável, auxilia um ao outro, de forma solidária, como corresponsáveis pela construção da realidade social e interpessoal. Assim, há uma necessidade de florescer o poder comunicativo restaurativo, com o intuito de dialogar nos círculos sociais com o simples objetivo de mediar conflitos e, com isso, através da justiça obter soluções consensuais, qualificando a sensibilidade e a razão dos sentimentos.

Então, no contexto escolar, principalmente no caso em tela com o sujeito sob tutela do Estado e cumprindo medida socioeducativa, surge a necessidade de busca da compreensão dos pontos de vista e/ou sentimentos do educador/educando, pelo método dialógico da construção de consensos, ainda segundo o autor, é condição possível de interpretação e aplicação da norma em uma sociedade democrática.

VASCONCELOS (2008), ao examinar diversas etapas do processo de mediação (o perfil ideal do moderador, a ética e a moral contemporânea), considera que há um “esgotamento das abordagens fundadas na exploração de conflitos”, visto que, a mediação de conflitos é uma tendência mundial, sendo cada vez mais aplicada em relações: comunitárias, familiares, empresariais e escolares, entre outras. Com isso, a importância de preparo do mediador poderia evitar que a compreensão de novas possibilidades de resolução de alguns conflitos não tenham os resultados comprometidos.

Logicamente, faz-se necessário analisar questões jurídico-social na qual está envolvido o adolescente infrator como, por exemplo, a existência do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA³ que é considerada por educadores como uma lei pedagógica, pois adota a doutrina da proteção integral a crianças e adolescentes,

³ ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei nº 8.069/1990) - é uma lei que integra o ordenamento jurídico brasileiro, presumindo ter validade e eficácia, formalmente existentes nos parâmetros constitucionais.

cujo conteúdo ético e humano intenta construir condições para que esses tutelados possam crescer e viver bem em sociedade.

Com isso, cabe ao professor e os agentes internos que reavaliem a situação dos internos como fenômeno criminológico, observar suas causas, aplicar a justiça, e promover reflexões que não só limitem o presente mas, também, suas consequências futuras. Esse processo de mediação visa modificar o entendimento que as pessoas, que terão contato com esses jovens, possuem de delito, não se limitando ao sugerir melhorias.

Assim, uma características comum nesse processo é o diálogo, a meditação do alunado sobre o que foi feito para estar ali, e como pode melhorar (participando de cursos, palestras, trabalhos voluntários⁴) para, a *posteriori*, realizar acordos com o Ministério Público e sair em um tempo menor do que o esperado. Visto que, o objetivo do educador enquanto mediador escolar é de ajudar no processo de transformação do menor infrator para que este mude o seu comportamento. A reconciliação, a reparação e a restauração do dano causado são métodos para efetivação deste novo modelo, de acordo com VASCONCELOS (2008).

2 A LEI: EVOLUÇÃO DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO EADOLESCENTE EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS DE QUARTA GERAÇÃO

No Brasil, a solução de conflitos, ou de situações de violação de direitos, em matéria de infância e juventude, sempre ficou a cargo do Poder Judiciário. Porém, com o advento do conhecido Direitos da quarta geração, movimentos sociais e ativistas buscam a igualdade de direito, apesar de que, devido as dificuldades encontrada na vida dos povos, a *praxis* está muito longe da teoria. Tais buscas, que estão dentro do seguimento de políticas públicas e suas ações afirmativas, seguem a máxima aristotélica (séc. IV a.C.): “*Devemos tratar igualmente os iguais e **desigualmente** os **desiguais**, na medida de sua desigualdade*”. Tal afirmação explica o porquê, por exemplo, da existência das políticas de cotas, afinal, como colocar pessoas – que experienciou cancelamento de aulas por falta de professores, ausência de merenda e de água, a pobreza, dentre outras dificuldade, sendo estas pessoas que descendem de pessoas livres que foram escravizadas – que não estão em condições de ser avaliado em condições de igualdade com outras que sequer saibam da existência dessa triste realidade?

⁴ No Brasil, o simples fato do adolescente estar frequentando as aulas lhe dá salvoconduto para diminuir a estadia nos CASES.

Tais direitos assegurados por esse movimento que incentiva a solidariedade entre os povos, incitam a paz, certa de quê poderá ser construída na base do diálogo, da mediação escolar. Afinal de contas, a educação é tida como uma mola propulsora para mudanças eficazes na sociedade como um todo.

Claro que termina-se por surgir questionamentos como, por exemplo, dar direitos a alguém que suprimiu o direito de outro? São discussões abordadas por pessoas que realmente não entendem o que são Direitos Humanos, previsto em tratados internacionais e no Brasil. Reza o art. 7º., do Pacto de São Jose da Costa Rica, reafirmado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos que:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o DIREITO de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo (Pacto de São José da Costa Rica, art. 7º).

Ou seja, a defesa de Direitos de pessoas em situações privativas de liberdade não é somente justa, mas, também é prevista em Lei! Logo, imagine seres ainda em formação? O quanto é necessária que a população, em geral, tome-se responsável por cada criança e adolescente em situação de vulnerabilidade social?

Há pessoas que ao adotar a teoria Jusnaturalista – baseada na crença de existência de direitos inatos a todos os seres humanos, põe em destaque a pessoa humana. Assim, ao mesmo tempo que aproxima o respeito a individualidade humana, apresenta uma característica difusa (atirando para todos os lados) e, com isso, pode-se concluir que os direitos humanos são garantias para aqueles considerados criminosos, assim como para qualquer outra pessoa, direitos como: a presunção da inocência, direito a um julgamento, direito à integridade física, etc. Não há um tratamento especial ou privilégios. Entende-se que se o “pessoal dos direitos humanos” intervém para garantir os direitos humanos de um criminoso, não é porque ele está correto ou merece mas, é porque ele está em uma posição de vulnerabilidade social, na qual buscam relativizar os seus direitos garantidos por lei.

Ora, quando rechaçarmos os direitos humanos, não estamos defendendo a punição devida pelo crime, mas a retribuição em igual moeda. É como dizia a lei de Talião "Olho por olho, dente por dente", coisa que doutrinas que seguem uma leitura bíblica bastante crítica percebe que deve-se "amar uns aos outros como a nós mesmos". Se, por acaso, retribui-se em igual moeda, o que diferencia o dito cidadão de bem com o criminoso? Não seria uma forma de validar todo o desamor pessoal

escondendo em uma roupagem de “bom samaritano”? Como pode ser a violência um meio de gerar ordem? E como podemos condenar um criminoso infringindo a própria lei? Lei esta que diz que todos temos Direitos à vida, à igualdade? Se opor aos direitos humanos não seria se opor à lei? Ora, violar os direitos humanos não é violar a lei? Não, quem defende as questões que favorecem aos direitos dos presos são, a favor, sim, de um tratamento justo para os criminosos. São a favor de presídios que não sejam superlotados e, é claro, da proibição de práticas de tortura.

Sendo assim, todas as pessoas, como educadores e profissionais que vão em contato com o público, devem ser a favor de uma mudança estrutural na sociedade, por intermédio da educação e nas oportunidades apresentadas ou, ao menos promovê-las, para que menos pessoas recorram à criminalidade e, também, deve ser a favor da reabilitação, para que o criminoso após cumprir a sua pena seja reintegrado à sociedade e tenha oportunidades para não recair de novo no crime, criando um ambiente mais seguro para todos. Ora, justiça não pode ser sinônimo de vingança.

A partir disso e considerando que um dos grandes fatores de segregação Mundial é a pobreza, já que são os alunos de escolas públicas os prejudicados pelo desnível na educação pública comparado com a particular, sugere-se a adoção de cotas sociais como uma alternativa mais abrangente. Claro que, no entanto, não solucionaria as desigualdades sociais, mas atenuaria, “salvaria” alguns.

Foi apenas com o advento da “Doutrina da Proteção Integral à Criança e ao Adolescente”, a partir da Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança, de 1989, e da Constituição Federal brasileira de 1988, que a incorporou em seu art. 227 - e também previu, em seu art. 226, caput e §8º, a necessidade de o Poder Público criar mecanismos de proteção à família, destinados, dentre outros, a “coibir a violência no âmbito de suas relações” -, que tais situações começaram a mudar.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente não deixa explícito o conceito de “desjudicialização” do atendimento ou se poderia ser por intermédio de mediação escolar, esta começou a obter resultados reais com a Lei nº 12.594/2012, que instituiu o *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE*, que estabeleceu parâmetros para atendimentos de adolescentes autores de ato infracionais, dando assim subsídios para a existência da mediação escolar.

3 VIGIAR E PUNIR: A HIERARQUIA COMO RECURSO DE ADESTRAMENTO SOCIAL

De acordo com FOUCAULT (2010) o poder funciona de modo simples, não há distância entre o poder e o subordinado, pois, ao mesmo tempo que aquele que é subjugado é um ponto de resistência o é, ao mesmo tempo, uma fonte de propagação do poder.

A disciplina é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício. O sucesso do poder disciplinar se deve ao uso de instrumentos simples: o **olhar hierárquico**, a **sanção normalizadora** e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o **exame** (FOUCAULT, 2010, P. 164). Grifo nosso.

FOUCAULT (2010), afirma que o poder produz mais que reprime, embora seja repressor, de uma maneira geral, sendo, neste caso, a última ratio. Antes disso ele forma, treina, exercita, conduz, enfim, disciplina as ações individuais.

A categoria do **olhar hierárquico** justifica quando a arquitetura é desenvolvida para a observação do indivíduo: janelas, espaços, distribuições, concentrações, enfim, uma pirâmide hierárquica onde cada um sabe a sua posição e, com isso, criar corpos obedientes, competentes e morais.

O instrumento **Sanção normalizadora**, ao mesmo tempo em que se olha, se cria todo um mecanismo penal para os comportamentos, há um aparelho de micropenalidades se formando em torno do indivíduo sujeito às instituições disciplinares contra qualquer desvio: atraso, negligência, grosseria, desobediência, indecência, dentre outros, com a intenção de formar um modelo ideal de aluno. Assim, há duas consequências: a distribuição segundo as aptidões (pontos positivos e negativos para os alunos), e submissão ao modelo, tudo isso para avaliar os atos, o **exame**.

O **exame** combina as técnicas da hierarquia que vigia e as da sanção que normaliza, permitindo: qualificar, classificar e punir.

3.1 A VIGILÂNCIA HIERÁRQUICA

Segundo FOUCAULT (2010) o exercício da disciplina supõe um aparelho que induzam a efeitos de poder, e onde, em troca, os meios de coerção tornem claramente visíveis aqueles sobre quem se aplicam. Assim, a vigilância hierarquizada, contínua e funcional é uma mecânica de aplicação do poder disciplinar, organiza-se assim como um poder múltiplo, automático e anônimo,

funcionando em uma rede de relações de alto a baixo: o professor é o superior, mas, como mediador é, simplesmente um meio, um caminho para chegar a um determinado fim. Reforção Foucault (2010, p. 67):

O suplicio tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todopoderoso que faz valer sua força. Se a reparação do dano privado ocasionado pelo delito deve ser bem proporcionada, se a sentença deve ser justa, a execução da pena é feita para dar não o espetáculo da medida, mas do desequilíbrio e do excesso; deve haver, nessa liturgia da pena, uma afirmação enfática do poder e de sua superioridade intrínseca.

Acredita-se portanto que o suplicio é um instituto falido, ressaltando a necessidade de se conceber a repressão como uma questão séria e balizadora da própria sociedade, sendo a postura do indivíduo que delinque também responsabilidade do coletivo, atentando-se, portanto para a natureza humana do delinquente, sobretudo, no que tange ao menor infrator, amparado pela constituição a qual prescreve ser dever da sociedade, do Estado e da família a proteção às crianças e adolescentes, os quais quando expostos a circunstâncias que os colocam em conflito com a lei, são submetidos às medidas socioeducativas.

A atenção dispensada pelo Estado aos adolescentes em conflito com a lei deve transpor a ideia de sanções punitivas, de caráter coercitivo, considerando seus aspectos educativos. As medidas socioeducativas visam a garantir a proteção integral dos adolescentes e o atendimento aos seus direitos, por meio de um conjunto de ações que possa inseri-los na vida social, proporcionando uma “educação formal, profissionalização, saúde, lazer e demais direitos assegurados legalmente” (VOLPI, 2002, p. 14).

O ECA (BRASIL, 1990) destaca a ação educativa na aplicação das medidas de suma importância para o processo da ressocialização, devendo, pois, estar presente inclusive quando da aplicação de suas mais graves modalidades, as que restringem ou privam o direito à liberdade aos adolescentes. Nesse processo a escola assume a função de socializar os conhecimentos produzidos pelos homens. Para tanto, o trabalho pedagógico deve criar condições para que o aluno se aproprie dos conhecimentos, o que faz com que a escola seja responsável pelo processo de humanização dos indivíduos. A aplicação das medidas socioeducativas de

internação traz consigo grandes questionamentos, tais como: a medida socioeducativa tem cumprido o papel de prevenir a recidiva? A privação de liberdade consegue, isoladamente, ser uma ação de prevenção à reincidência? Qual é o papel da escola em uma unidade de internação? O que, de fato, influencia na recidiva de adolescentes em atos infracionais? Essas são perguntas que requerem pesquisas e estudos mais aprofundados, distanciando-se do senso comum e buscando respostas junto à realidade dos jovens, das instituições sociais e dos organismos de operacionalização das políticas públicas voltadas aos jovens que cometeram atos infracionais.

Na medida socioeducativa de internação o interno frequenta a escola dentro das Comunidades de Atendimento Socioeducativo – CASES, por meio de parcerias firmadas com as secretarias de educação municipal e estadual, visto que, a prática pedagógica tem por finalidade estimular no adolescente a sua percepção de mundo, de quem são os outros e de si mesmo, levando-o a compreender o seu papel na sociedade como cidadão, mesmo após a sua reclusão social. Explorar, sobretudo, suas potencialidades para construir o seu próprio projeto de vida, de forma autônoma, responsável, digna e socialmente aceitável, sem olvidar as nuances discursivas que contribuem e favorecem para o retorno desses adolescentes à vida escolar e comunitária, tomando-os cidadãos capazes de exercer sua cidadania, em igualdade de competição no mercado de trabalho e na vida acadêmica, se assim desejar, conforme a previsão da Constituição Federal.

CONCLUSÃO

Diante da atual face que incorre a situação do alunado em situação de aplicabilidade de medida socioeducativa, o professor se desfaz da característica tradicional da visão de docente para, assumir um novo papel, o de mediador escolar. Claro, ora é visto na figura hierárquica de mestre doutrinador, ora na função de um possível solucionador de conflitos: preconceitos raciais, *bullying*, questões degênero etc.

Os diversos conflitos no internamento do jovem ainda é uma infeliz realidade que precisa ser combatida. Para que haja uma verdadeira igualdade entre pessoas é necessário adotar ações que possibilitem que todos tenham acesso às mesmas oportunidades, sem sofrer discriminação racial ou qualquer outra.

Portanto, a mediação escolar como justiça reparativa é a melhor resposta para o atual cenário mundial.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Celia Maria Marinho de. **Anti-racismo e seus paradoxos**: reflexões sobre cota racial, raça e racismo. São Paulo: Anablume, 2004.

BRASIL, **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

BRASIL, **Lei nº 12.594**, de 18 de janeiro de 2012 (Lei do SINASE).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

CONANDA, **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Resolução nº 113, de 19 de abril de 2006.

DIGIÁCOMO, Murillo José. **A mediação e o Direito da Criança e do Adolescente no Brasil**: construindo alternativas para a desjudicialização do atendimento. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/doutrina/justica_restaurativa/mediacao_e_o_direito_da_crianca_e_adolescente.pdf. Acesso em 14 de agosto de 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 38 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

OLIVEIRA, Fátima Bayma de. **Desafios da educação**: contribuições estratégicas para o ensino superior. Rio de Janeiro: E-papers: Fundação Getúlio Vargas, 2009.

PINTO, Sergio Mauricio Costa da Silva. **Família de negros**: entre a pobreza e a herança cultural. Rio de Janeiro: E-papers, 2009.

ROCCO, José Rodolfo. **Semiologia Médica**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda, 2010.

Vasconcelos, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

ZONINSEIN, Jonas, FERES JÚNIOR, João. **Ação afirmativa no ensino superior brasileiro**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2008.

SER PAI PODE SER UMA ESCOLHA, MAS SER FILHO É UM DIREITO:

UM ESTUDO DO *ETHOS* SOBRE A PATERNIDADE EVOCADA NA MEDIAÇÃO COMO UM MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Amaisa de Jesus Santos¹

RESUMO

No artigo ora apresentado, pretende-se, mediante uma abordagem interdisciplinar entre Direito e Análise do Discurso (AD), tecer algumas considerações acerca da construção do *ethos* na cena enunciativa da Mediação familiar, concernentes ao exercício da paternidade em face dos conflitos que envolvem essa questão. São considerados os pressupostos teóricos da AD francesa, bem como a concepção de *ethos* postulada por Maingueneau. É escopo deste estudo auferir as vantagens de trazer os protagonistas do conflito dentro do processo da dissolução do conflito, ao tempo que se verifica a configuração do acesso à justiça garantido pela constituição, por uma via extrajudicial, a mediação. Ademais, estabelecer um diálogo entre Direito e AD demonstrando, assim, os aspectos políticos e sociais da significação e corporificação da paternidade pelo próprio sujeito, e, com isso, provocar reflexões sobre as atribuições da família na sociedade atual e o tipo de proteção, que vem sendo efetivada, discutindo questões referentes à produção de verdades sobre a paternidade pelo discurso jurídico.

Palavras chaves: Paternidade. Lei. Análise do Discurso

INTRODUÇÃO

No presente artigo, procura-se, em termos abrangentes, refletir sobre a aptidão de conceitos de filiação, família e paternidade nos institutos jurídicos brasileiros, e confrontá-los com valores outros, ligados à ética², aos sentimentos e ao afeto que podem ser suscitados e valorados no âmbito do instituto da Mediação de conflitos familiares, auferindo-se as vantagens de uma abordagem interdisciplinar entre Direito, Método consensual de solução de conflitos (a Mediação) e Análise do Discurso (AD).

¹ Graduanda do curso de Direito – UFBA; Graduada em Língua e Literaturas Vernáculas da Universidade do Estado da Bahia – UNEB.

² A ética é definida por Machado Neto como “a realização do querido enquanto querido em oposição a técnica – realização do querido enquanto realização”.

As peculiaridades dos estudos de linguagem reverberam nos mais diferentes campos de conhecimento, sobretudo em suas produções. A epistemologia³ jurídica, por exemplo, expõe o seu valor ao tomar o texto da lei como fonte de apreciação, o qual passa por diferentes gestos interpretativos, quando submetido ao crivo de quem o formula, de quem o analisa e o de quem a ele é submetido. Já na prática da mediação, como um dos métodos consensuais de conflito, observa-se a promoção do crescimento pessoal e social dos sujeitos por meio da manifestação da linguagem em sua forma oral, nos diálogos, haja vista a possibilidade do exercício da liberdade e da participação ativa em seu processo, ao tempo que constroem alternativas para a solução dos conflitos interpessoais e intrapessoais suscitados, por exemplo, no contexto do exercício da paternidade diante da opção pela separação do casal. A mediação atua como um instrumento que irá contribuir para minorar os prejuízos advindos dessa conjuntura. Nessa perspectiva, parte-se dos pressupostos teóricos da AD francesa, para buscar uma compreensão de como o conceito de determinada figura familiar, nos casos, o de paternidade produzem sentido na Mediação de conflitos familiares e como o *ethos* se configura, sendo ele, um elemento mediador da produção de significação por meio da corporalidade que assume em distintas cenas enunciativas, configuradas no mais diversos núcleos familiares.

Nesse texto, volta-se o olhar para a questão da precariedade do Judiciário, no que tange aos anseios de justiça e de pacificação social da população em reposta à lide suscitada. Na atualidade, o acesso à justiça é garantia constitucional fundamental à cidadania. Contudo, nos conflitos familiares, pela sua natureza subjetiva e pessoal, o Poder Judiciário por si só não atende aos ditames de produzir a paz social, e não raro, também, não atende aos interesses dos próprios indivíduos envolvidos no conflito. É nesse contexto que ressurge a mediação como um meio auxiliar aos conflitos, sobretudo no que tange aos conteúdos de direito de família e do conceito de paternidade por ele evocado, não se trata de apenas solucionar o conflito, mas transformá-lo, oportunizando que os membros do núcleo familiar tornem-se protagonistas de seus próprios interesses.

Dominique Maingueneau ao vincular a noção de *ethos* a Análise de Discurso revela a natureza sócio-histórica da qual o discurso emerge e que, portanto, só é possível construí-lo levando-se em consideração as condições de produção do dizer. Maingueneau (2005) discorre sobre a existência de um *ethos* pré-discursivo,

³ Tércio Sampaio Jr. afirma que "Costuma-se, de modo geral, entender a Ciência do Direito como um 'sistema' de conhecimentos sobre a realidade jurídica. Esta concepção é, evidentemente, muito genérica e pressupõe uma série de discussões que se desenvolvem não só em torno da expressão ciência jurídica propriamente dita, mas também em torno do próprio termo ciência". Contudo esse autor considera a norma jurídica como objeto de estudo do Direito sendo seus métodos a dogmática jurídica.

que antecede ao discurso, e que só pode ser confirmado no próprio discurso atentando para a sua inscrição histórica e social.

O *ethos* construído antes da fala do locutor, o *ethos*-prévio, está embasado nas representações sociais preexistentes e exteriores ao discurso, por isso, tem-se a pretensão de analisar esse *ethos* pré-discursivo na imagem da paternidade construída dentro daquele núcleo familiar, visto que a paternidade, como individualidade que conserva sua essência nesses diferentes núcleos, não existe. A imagem da paternidade é objetivada por meios de estratégias de poder complexamente articuladas a saberes que lhe dão condições de existência. Trata-se de considerar a constituição peculiar de cada família em suas articulações saber/poder que fazem a paternidade surgir, mudar ou mesmo se extinguir como objeto.

1 A ANÁLISE DO DISCURSO, DIREITO E MEDIAÇÃO

O termo direito, ainda hoje, suscita inúmeras definições, a inviabilidade de sua especificação transcende seus aspectos etimológicos, em razão de sua natureza polissêmica. Contudo, é escopo, também, dessa seção discorrer sobre as diferentes possibilidades de significação dessa terminologia, a qual muda de significado conforme sua inscrição em diferentes contextos. Segundo Tércio Sampaio (2003, p. 31):

Em parte o que chamamos vulgarmente de *direito* atua, pois, como um reconhecimento de ideias que muitas vezes representam o oposto da conduta social real. O *direito* aparece, porém, para o vulgo, como um complicado mundo de contradições e coerências, pois em seu nome tanto se veem respaldadas as crenças em uma sociedade ordenada, quanto se agitam a revolução e a desordem. O direito contém ao mesmo tempo as filosofias da obediência e da revolta, servindo para expressar e produzir a aceitação *status quo*, da situação existente, mas aparecendo também como sustentação moral da indignação e da rebelião.

Nessa perspectiva, o direito configura-se na imagem protetora da sociedade contra as formas abusivas de poder, e contra o *Leviatã*⁴, adormecido, que concebe o *status* de igualdade entre os homens e amparo aos desfavorecidos. No entanto, também pode configurar-se numa forma de manipulação, pois, como instrumento de poder que é, pode servir de técnica de controle e dominação,

⁴ “O Leviatã: é uma obra do autor Tomas Hobbes, na qual metaforiza uma ideia de governo, necessária ao estado natural do homem, para que, tal como, o monstro mitológico – Leviatã - concentre todo o poder em torno de si, e ordene todas as decisões da sociedade.

frustrando as aspirações dos conflitantes, tudo isso por causa de sua complexidade e de sua restrita acessibilidade.

Com isso, constata-se que, por um lado, o direito versa em uma perspectiva ampla de símbolos e ideias mutuamente incompatíveis, que se tornam perceptíveis ao homem quando provocado judicialmente, o qual, embora ciente de seus direitos, sente-se ameaçado quando colocado nessa situação. Contudo, por outro lado, o direito é um dos meios mais importantes da manutenção da estabilidade social.

Segundo Machado Neto (1960), o objeto da ciência do Direito⁵ é a conduta humana, uma vez que sua riqueza ôntica abre espaço para um especial tratamento normativo, o qual pode ser analisado por duas diferentes perspectivas: a ética e a técnica. Na perspectiva desse autor, a distinção entre ética e técnica concerne ao ponto de vista cronológico que cada uma concebe. A técnica corresponde ao agir comprometido com o resultado, por isso, primeiramente, traça-se as metas, depois os meios que serão utilizados para atingir a meta, sendo, pois, “a realização do querido enquanto realização” (MACHADO NETO, 1960 p.10).

O oposto se dá no domínio da ética, a qual pode ser moral ou jurídica, ambos constituintes da normatividade ética. Essa, sem se preocupar com os resultados, primeiro traça os meios para só depois produzir o objetivo que se pretende alcançar, é “a realização do querido enquanto querido” (MACHADO NETO, 1960 p.10). Dessa maneira, o autor considera o direito como parte do domínio da moral, cuja distinção corresponde ao grau de interferência na conduta humana, pois, no âmbito jurídico, essa interferência se dá de forma intersubjetiva, ou seja, trata-se de um “dever-ser”, numa correlação do fazer de um e o impedir do outro. Enquanto que no âmbito da moral essa interferência se dá de forma subjetiva, pois se trata de um “ser-ser”, isto é, uma correlação entre o fazer e o omitir do mesmo sujeito.

A palavra moral vem do latim *mores* atinente a costumes, tal como regras sociais oriundas de práticas reiteradas de forma generalizada e prolongada, que ganha *status* de norma, sendo obrigatório a sua observação, consoante à cultura da sociedade que ela emerge. Nessa perspectiva, a noção de moral corresponde ao conjunto de padrões de comportamentos que sedimentados ao longo do tempo,

⁵ Na obra “Compêndio de Introdução à Ciência do Direito”, Machado Neto quando utiliza o termo direito no sentido de ciência- o estudo científico da conduta humana, usando a norma como método- (D) maiúsculo. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, comunga com Machado Neto sobre a ideia de que direito é uma Ciência, no entanto, para ele a Ciência do Direito é a norma jurídica e o seu método a dogmática jurídica, essa entendida como o fazer jurídico sistematizado (julgamento de processos) Nesse texto, também será feito essa diferenciação, sempre que se fizer referência ao termo direito como uma ciência usar-se-á com (D) maiúsculo, contudo, quando esse termo for utilizado como fenômeno social ou discurso de regulação social, usar-se-á (d) minúsculo. Ressalta-se, que a concepção do caráter científico do direito não é absoluto entre os juristas, sendo tema de grande celeuma jurídica.

regulariza a convivência em sociedade. É inerente à natureza humana a tendência de estabelecer rotinas de comportamentos, daí também, sua natureza social, na qual convive com diferentes expectativas, uma delas o conflito.

O conflito é dissenso. Oriundo de valores, expectativas e interesses antagonizados que reverberam nos aspectos concernentes à comunicação⁶, também, uma característica inerente à sociedade, é por meio da linguagem que ela se concretiza, a qual é entendida como um instrumento que viabiliza a comunicação. É impossível viver em sociedade e não se comunicar, pois toda e qualquer relação social que se trava com alguém é uma relação comunicativa, daí sua irrefutabilidade no trato social. Os conflitos sociais são resultados dos ruídos comunicacionais e a sociedade se apresenta como uma arena social imersa a constantes conflitos, muitos desses considerados de natureza jurídica. Em outros termos, se os conflitos jurídicos são uma espécie de conflitos sociais, logo, sua origem também corresponde aos ruídos na comunicação.

Todo processo de comunicação gera uma expectativa que, quando frustrada, gera o conflito. Daí a ideia de que a norma jurídica visa controlar as expectativas assegurando o cumprimento das normas, tal como um consenso dentro do domínio da moral, o que denota a relação intrínseca que há entre direito e moral, dessa maneira, a comunicação assume “[...] sentido *diretivo* quando a língua é utilizada para dirigir o comportamento de alguém, induzindo-o a adotar uma ação”(FERRAZ JR, 2003, p 39).

Parte-se, portanto, da premissa de que o direito atua como um sistema comunicacional cuja função diz respeito à organização da convivência humana mediante a regulamentação das ações, tal como um texto organizador-regulador. Sendo assim, o direito configura-se num fenômeno de comunicação e não apenas como uma ordem coativa da conduta humana, ou seja, trata-se de um ideal de justiça. Outrossim, o fato de que o direito é linguagem em outras palavras, o direito é texto, oriundo de diversos atos de fala.

É nesse contexto que se insere a valoração da Mediação, no âmbito jurídico, posto que a dissolução modificadora do dissenso requer o reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesse comuns e contraditórios, uma vez que a relação interpessoal baseia-se na expectativa de um valor ou de um interesse em comum. Em apertada síntese, as relações são naturalmente conflituosas por residir nelas uma gama diversificada de percepções, sentimentos, crenças e interesses. Portanto, a promoção de acordos nesses conflitos é um labor essencialmente comunicativo e cotidiano.

⁶ Daí a escolha pela perspectiva da Análise do Discurso, a qual possibilita uma compreensão diferenciada da língua em suas situações concretas de comunicação.

Dessa maneira, retomando o esforço em relacionar o direito com a linguagem, observa-se que aquele pode ser visto como quaisquer outros textos, podendo ser submetido a uma análise sintática, semântica, e até, pragmática. Ferraz Jr (2003) ao discorrer sobre a definição do conceito de direito expõe que esse termo pode ser versado por diferentes ângulos da linguística. Pois pode ser apresentado por uma classe gramatical, como um substantivo, qualificando um substantivo, ou até mesmo, circunstanciando uma ação, ou seja, o direito pode ser analisado respectivamente como um substantivo, um adjetivo ou um advérbio. Sendo, portanto,

[...] impreciso, pois pode ser conectado com verbos (meus direitos não valem), com substantivos (o direito é uma ciência), com adjetivos (este direito é injusto) podendo ele próprio ser usado como substantivo (o direito brasileiro prevê...), como advérbio (fulano não agiu direito), como adjetivo (não se trata de um homem direito). (FERRAZ JR., 2003, p 37-38)

Contudo, se a intenção é atentar para o sentido atribuído ao termo nos seus mais variados usos, sua análise será sob a ótica da semântica, a qual incide sobre a relação entre significantes e o que eles significam, “isto é queremos definir o uso do termo tendo em vista a relação entre ele e o objeto que comunica (por exemplo: direito designa um comportamento interativo ao qual prescreve uma norma)”. (FERRAZ JR., 2003, p.37).

Já sob a análise pragmática a definição desse termo dependerá das relações que ele estabelece quando apresentado, considerando o contexto de sua emergência.

A dificuldade que daí decorre está em que, ao definir direito, podemos melindrar o leitor, se propormos, por exemplo, uma definição pretensamente neutra como: direito é um conjunto de prescrições válidas, não importa se justas ou injustas” (FERRAZ JR., 2003, p.38).

Em face dessas características do trato da palavra direito, torna-se evidente, as desvantagens de um reducionismo lexical do seu conceito, tal como, é feito por aqueles que adotam uma posição conservadora a respeito da língua.

Desse modo, esse texto tem como escopo analisar o uso desse termo numa perspectiva discursiva, segundo as noções de discurso postuladas pela Análise do Discurso de Linha Francesa, fazendo uma reflexão a respeito de como o texto significa, e como se dá a incorporação do sujeito ao discurso jurídico ao fiar-se numa imagem resultante de um construto sócio-histórico, ali presente, tal como “uma

instância subjetiva que desempenha o papel de fiador do que é dito”(MAINGUENEAU, 2005, p.98), e com isso, buscar a compreensão de como a Mediação funciona à luz do discurso oriundo do contexto familiar, acerca do que se entende por paternidade, no núcleo em conflito de separação envolvendo descendente, e a partir da noção de *ethos* discursivo, observar como esse grupo incorpora a esse discurso, em face dos preceitos jurídicos.

1.1 MEDIAÇÃO: MÉTODO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL

A mediação é um meio de resolução de conflito consensual, no qual duas pessoas envolvidas em uma disputa, com a colaboração de um terceiro, o mediador – indivíduo apto, imparcial, independente, aceito e escolhido -, que assume a função de abrir uma via para o diálogo entre as próprias partes, de modo a construírem um acordo viável aos interesses em comum.

Os modelos de mediação são dos mais diversos, no entanto, geralmente se recomenda uma pré – mediação, que são encontros preparatórios para a mediação. Trata-se de método baseado em um complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas. Sendo, ao mesmo tempo uma arte, produzida pelas inúmeras facetas de habilidades e sensibilidades peculiar do mediador.

Nessa via de solução de conflito os mediandos não são inimigos, mas também, responsáveis pela solução da disputa, sendo o mediador um mero colaborador. Bem diferente do que ocorre nos processos judiciais em que é o terceiro, alheio à questão, quem decide quem assiste razão.

É escopo deste estudo, concentrar o olhar no modelo de Mediação que foca nas relações, haja vista a importância de se levar em consideração a configuração específica de cada arranjo familiar, prioriza-se, portanto, o problema concreto e busca-se o acordo, vendo na possibilidade de transformação do padrão relacional um meio de resolução da disputa, sobretudo, quando se trata da corporificação do *ethos* paterno, visando o bem estar da criança, independente da configuração familiar que estiver inserido, sendo a comunicação, o meio mais adequado para a apropriação e reconhecimento da questão. No pensar de Vasconcelos (2008, p. 36):

As mediações focadas na relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou contínuas. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito. Em vez de se acomodar a contradição para a obtenção de um acordo, busca-se capacitar os

mediandos em suas narrativas, identificar as expectativas, os reais interesses, necessidades, construir o reconhecimento, verificar as opções e levantar os dados de realidade, com vistas, primeiramente, à transformação do conflito ou restauração e, só depois, à construção de algum acordo.

Considerando que o conflito é um atributo inerente às relações humanas, e que decorre de impressões e arranjos diferentes, no que tange aos fatos e às condutas que envolvem perspectivas, valores, expectativas ou conveniências comuns. Contudo, não se deve encarar o conflito como algo ruim, haja vista a impossibilidade da existência de uma relação interpessoal inteiramente consensual. As relações são copostas por duas ou mais pessoas que possuem suas próprias individualidades com experiências e circunstâncias existenciais pessoais, que o afeto e a afinidade não podem suprimi-las. No entanto, importa a consciência do conflito como um fenômeno inerente à condição humana, posto que é a compreensão da inevitabilidade dos conflitos que torna as soluções possíveis.

Tradicionalmente se concebia a paz como a ausência de conflitos. No entanto, a compreensão e exercício da paz importa a compreensão da existência de conflitos, pois este quando devidamente compreendido, pode orientar os envolvidos a uma mudança valorosa na relação, criando novas oportunidades para a relação. Ao citar Durkheim, Vasconcelos (2008, p. 21) assevera o seguinte sobre a existência dos conflitos:

Durkheim refere que certo nível de criminalidade seria benéfico, funcional e necessário socialmente, sendo, inclusive, traço normal e inevitável de toda sociedade. Essa ideia estaria fundada em três pressupostos: a) crime provoca punição que, por sua vez, reforça solidariedade nas comunidades; b) a repressão de crimes auxilia a estabelecer e manter limites comportamentais no interior de comunidades (em níveis não anômicos); c) incrementos excepcionais nas taxas de criminalidade podem alertar ou advertir autoridades para problemas existentes nos sistemas sociais onde ocorrem tais taxas de criminalidade". (...) Que o conflito é inerente à relação humana, isso é pacífico. Também não se discute que do conflito pode nascer o crime e que essa evolução do conflito para o crime tem sido uma constante na história. No entanto, o crime só se converte em necessidade social quando as políticas públicas são excludentes, injustas e corruptas.

Portanto, lidar com conflitos significa desenvolver uma comunicação despolemizada, sem ruídos e de natureza construtiva. Em suma, para transformar as relações e dissolver os embates pontuais é imprescindível uma comunicação clara e objetiva, fundada em princípios que signifiquem algo para cada membro da relação, é preciso que esses membros se sintam representados e acolhidos por tais princípios.

2 PATERNIDADE: UMA NOÇÃO SOCIAL OU CONSTITUCIONAL?

A Constituição Federal de 1988 apresenta o Direito de Família com valores distintos aos da primeira metade do século XX quando a família era, essencialmente, um núcleo econômico, com a supremacia masculina.

Entretanto, ao longo da história, é notório que as mudanças sociais reverberaram no seio familiar modificando sua estruturação, abrindo espaço também para a figura feminina que passou a dividir o espaço da hegemonia familiar com a figura masculina, a qual ainda se configura na representação paterna, entendida como responsável pela criação do fruto do relacionamento. Tal assertiva implica na ideia de que essa responsabilidade perdura até o momento em que a prole possa se responsabilizar por si mesma, juridicamente, quando alcança a maioridade, tornando-se uma pessoa jurídica com capacidade absoluta.

No entanto, tem sido cada vez mais crescente a resistência dos homens ao exercício da paternidade, muitas vezes recorrendo à dúvida da legitimidade de sua participação na concepção do novo ser, tirando-lhe o direito à identidade familiar (um nome), à proteção, à educação, à formação de um caráter imaculado da rejeição paterna e, até, à vida, uma vez que, para uma criança, a presença dos pais é imprescindível.

A ideia de família está atrelada à necessidade inata de pertencimento do ser humano, o qual não se funda em lei ou em vínculo sanguíneo ou, ainda, numa coação judicial. É importante o conhecimento da identidade dos pais e desejável que eles reconheçam seus filhos após nascimento, pois isto é fundamental para exercício pleno da dignidade humana. Este percalço promove a seguinte reflexão: a de que ser pai pode ser uma escolha, mas ser filho é um direito.

O reconhecimento é um ato voluntário, feito de boa vontade e sem constrangimento, portanto, não se pode forçar um indivíduo a reconhecer um filho, mesmo em face da comprovação biológica, pois os elementos subjetivos do relacionamento entre pais e filhos brotam da capacidade de amar do ser humano e de sua predisposição a amar aquele que acredita ser “sangue do seu sangue”. Daí a compreensão de que a via da Mediação como o meio mais adequado para resolução desse embate, dada a necessidade de se promover uma solução livres de coações sociais por meio da legislação, postos que, o legislador não consegue alcançar a finalidade de corporificar a paternidade por parte daquele que passa a ser “obrigado a ser pai”, quando o que se deseja é construir um discurso cujo tom evoque um fiador legitimador do discurso da paternidade, de modo que sua enunciação possibilite a adesão do sujeito a um reconhecimento que transcenda às normatizações processuais, levando-o à voluntariedade.

3 *ETHOS* E INCORPORAÇÃO: ORIGEM E CONCEITO

A análise do Discurso, na visão de Maingueneau (2005) retoma o conceito aristotélico de *ethos* quando afirma que este é a imagem de si no discurso. No entanto, essa visão da Análise do Discurso vai além dos estudos elaborados pela Retórica, pois pretende analisar as imagens criadas pelos enunciadores no discurso baseando-se não apenas em situações de eloquência judiciária ou em enunciados orais, mas se estendendo a todo e qualquer discurso, mesmo àqueles presentes no texto escrito.

Retomando a ideia aristotélica de que o *ethos* é construído na instância do discurso, Maingueneau (2005) afirma que o *ethos* é construído no âmbito da atividade discursiva. Logo, a imagem de si é um fenômeno que se constrói dentro da instância enunciativa, no momento em que o enunciador toma a palavra e se mostra através do seu discurso. Daí a perspectiva de que o *ethos* liga-se ao orador por meio de suas escolhas linguísticas.

Ao engendrar-se um discurso manifesta-se uma “vocalidade” específica que se relaciona com uma fonte enunciativa, por meio de um “tom” que indica o autor do enunciado, perspectiva que denota o aspecto ontológico do discurso, pois essa “vocalidade” revela pistas que possibilitam uma identificação do ente que determina o posicionamento do locutor perante o mundo.

Essa determinação da vocalidade implica uma determinação do corpo do enunciador (e não, bem entendido, do corpo do autor efetivo). Assim a leitura faz emergir uma origem enunciativa, uma instância subjetiva encarnada que exerce o papel de fiador. (MAINGUENEAU in AMOSSY, 2005, p. 72).

Na concepção estabelecida por Maingueneau (2005), o *ethos* se liga diretamente ao tom⁷ que engendra o discurso, o qual estaria ligado tanto a uma corporalidade, quanto ao caráter do enunciador. Assim, pode-se dizer que o *ethos* relaciona-se com a construção de uma corporalidade do enunciador por intermédio de um tom lançado por ele no âmbito discursivo.

Dentro desse panorama, o “tom” liga-se a determinação do corpo do enunciador fazendo emergir na cena enunciativa a figura do “fiador”, a imagem construída pelo co-enunciador⁸, a partir das representações do enunciador em seu enunciado.

⁷ Definição: modo que o enunciador se pronuncia.

⁸ Co-enunciador: a quem se destina o enunciador.

O “fiador”, cuja figura o leitor deve construir com base em indícios textuais de diversas ordens, vê-se, assim, investido de um caráter e de uma corporalidade, cujo grau de precisão varia conforme os textos. O “caráter corresponde a um feixe de traços psicológicos. Quanto à “corporalidade”, ela é associada a uma compleição corporal, mas também a uma forma de vestir-se e de mover-se no espaço social. (MAINGUENEAU in AMOSSY, 2005, p. 72)

A figura do “fiador” é construída mediante os estereótipos que circulam historicamente, os quais possibilitam a definição de características psicológicas, que permitem ao leitor uma possível identificação da imagem do enunciador presente no discurso, a qual é investida de valores que correspondem ao mundo evocado no enunciado.

A noção de *ethos* possibilita uma reflexão sobre o processo de adesão dos sujeitos a, uma, certa posição discursiva, sua ligação com a reflexividade enunciativa e a relação entre corpo e discurso que ela implica. Sendo assim, a instância subjetiva de um texto se manifesta como “voz” e “corpo enunciante”, que é especificado num dado contexto da história e inscrito em uma dada situação pressuposta numa enunciação que a valida progressivamente.

Pela via processual de resolução de conflitos, a formulação desse discurso produz nos espectadores a leitura de um caráter coercitivo, característico do texto legislativo, pois embora esse se configure mediante uma “alegoria modular”, cada ato que represente uma transgressão da lei implica na aplicação de uma sanção em conformidade com a letra da lei.

Em suma, quando ocorre uma rejeição paternal, o Estado assume o papel de interventor dessa relação, sobretudo, por ser de sua competência assegurar, mediante lei, os direitos fundamentais dos ser humano. Logo, quando um indivíduo não reconhece sua prole fere as prescrições constitucionais concernentes aos direitos fundamentais do ser humano, no entanto, cada caso é submetido à interpretação, da qual se define qual a sanção aplicável ao transgressor.

Contudo, o que se busca na mediação é justamente, retirar essa característica de “alegoria modular” externa ao sujeito da paternidade, imposto de forma coercitiva por um terceiro, o Estado, evocando os sentimentos que são peculiares à relação entre pai e filho, independente do *status* que se encontre a relação entre os pais. Importa nessa questão o reconhecimento e identificação dos elementos responsáveis pela ruptura da comunicação, bem como a identificação pessoal de si mesmo como pai e as atribuições que tai posição lhe acarreta, não porque um terceiro lhe obrigou, mas pelo resgate de valores e sentimentos intrínsecos daquele arranjo familiar que lhe permite a adoção do discurso da paternidade como parte de sua essência como ser humano.

3.1 ASSUNÇÃO DA VOZ DO SUJEITO PRESENTE NA LEGISLAÇÃO

A concepção de que o texto não se destina somente a uma mera contemplação evoca a ideia de que tal instrumento comunicacional sugere um tipo de enunciação ativamente dirigida a um co-enunciador, aquele que participa do discurso por meio do ato de fala do enunciador, e, para tanto, é imprescindível mobilizá-lo de modo que seja possível uma adesão também física do universo de sentido ao qual deseja que ele se reporte. Mediante a fala, um locutor constrói para seu espectador (ouvinte) um “fiador” que age como um “legitimador” de sua enunciação, levando-o a buscar um controle no tratamento dos indícios interpretativos que conferem em sua representação.

Uma análise acerca do *ethos* do sujeito dos discursos que simboliza o exercício da paternidade responsável, leva a perceber que a construção do *ethos* da paternidade é um produto histórico-cultural e, como tal, necessita de instrumentos que lhe permita uma interpretação adequada, já que o homem, sendo naturalmente sócio-histórico, não concebe aquilo que entende como realidade de maneira direta, objetiva, mas sim por meio de representações.

Percebe-se que, em face das dificuldades que muitas mães passam com os seus filhos diante da irresponsabilidade do pai, a figura do mediador ganha especial relevância ao assumir o papel de facilitador da relação entre pai e filho. No entanto, para além das prescrições legais que visam regulamentar as práticas paternas em face do sujeito desejado pela sociedade. Nesse contexto, a letra da lei perde a corporalidade de fiadora, ficando a cabo do mediador a função de reconstruir, juntamente com os membros da família, a noção de paternidade, em algum momento perdida naquela relação, trazendo à tona reflexões sobre feridas abertas que precisam ser tratadas para cicatrizarem, muitas vezes já tardia.

Nesse diapasão, os indivíduos que passam a ser reconhecidos e se reconhecem como pais, a partir de diversos campos discursivos, sujeitam-se à uma subjetivação pessoal à identidade paterna, constituindo-se como efeitos dos diálogos proovidos na Mediação, adotando uma corporalidade identificada, que o leva a crer que não pode ser de outra forma. É assim que, na Mediação alguém ocupa a posição de pai e passa a assumir a responsabilidade pela educação de seus filhos, pela sua subsistência até a maior idade, pela transmissão de seu patrimônio por meio do sobrenome, e, como desdobramento, assume outros encargos sociais com outras instituições para além da família e com outras pessoas além dos filhos.

É por essa razão, e não outra, que se acredita que os dispositivos metodológicos da Análise do Discurso têm grande contribuição no âmbito da Mediação, uma vez que é por meio da linguagem que ela se constitui.

Sob o campo da Análise do Discurso com contribuições relevantes de Maingueneau (2005), discute-se a posição do *ethos* do sujeito paterno nos diferentes arranjos familiares, bem como, os elementos linguísticos que compõem o texto constitucional de 1988, no Artigo 227, o qual assevera a premissa de que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar em absoluta prioridade, os direitos fundamentais concernentes à criança e ao adolescente. A assertiva exprime um protecionismo a um grupo específico da sociedade, crianças e adolescentes, sugerindo que a sociedade deve olhá-los de forma diferenciada na conjuntura social, pois, em razão das peculiaridades desse grupo, faz-se necessário que alguém se responsabilize por garantir seus direitos, primeiramente, a família, sobretudo, os pais, a sociedade e o Estado, o qual cuida para que sejam cumpridas as prescrições legislativas. Contudo, importa aqui ressaltar que o legislador assume o papel de representante dos anseios da sociedade, sendo essa ressalva de proteção à criança e ao adolescente uma necessidade que surge do âmago da sociedade, portanto a prescrição configura-se no reflexo da consciência coletiva, e não o inverso. A ideia de que esses indivíduos precisam de um cuidado especial é fruto de um construto sócio-histórico-cultural, ideologicamente manifesto no texto de lei.

Ademais, o caráter de uma lei corresponde aos anseios dos sujeitos que a escreve a partir da cena enunciativa que lhes proporcionam uma Formação Discursiva (FD)⁹ compatível com as ideologias que predominam na sociedade. No caso, trata-se de uma tipologia discursiva jurídica manifesta no ordenamento jurídico brasileiro, cuja prática da paternidade irresponsável é recorrente, atrelada a uma Formação Ideológica (FI)¹⁰ que se contrapõe aos preceitos religiosos como resultados de contextos históricos que puseram em questão as ideologias teocêntricas em face das tendências antropocêntricas.

CONCLUSÃO

O mesmo texto pode apresentar diferentes *ethos*, é a cena enunciativa que o valida, por exemplo, é a produção histórica da verdade acerca da paternidade que elucida os jogos e as regras, que tornam possível em determinado contexto afirmar certas verdades sobre esse assunto e, concomitantemente, levar o sujeito a refletir sobre seu posicionamento como pai, assumido diferentes práticas sociais, constitutivas do processo da subjetivação paternal.

A paternidade, como individualidade que conserva sua essência nos diferentes contextos, não existe. Ela é objetivada por meio de uma gamas de estratégias, suscitadas pelo mediador que promover o diálogo lhe dá condições de

⁹Definição segundo Orlandi (2007): conjuntura sócio-histórica que determina o que pode e deve ser dito.

¹⁰Definição: o conjunto de representações e ideias que uma determinada classe tem do mundo.

existência. Trata-se de considerar a constituição histórica das articulações saber/poder, do núcleo familiar, que fazem a paternidade surgir, mudar ou mesmo se extinguir como objeto.

Por outro lado, é também nesse jogo que alguém, numa prática histórica específica, torna-se sujeito, ganha estatuto de pai, ocupa determinada posição e desempenha uma função, normalmente em conformidade com as aspirações ideológicas predominantes naquele contexto.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. **Retórica**. Tradução de Marcelo Silvano Madeira. São Paulo: Rideel, 2007.
- AMOSSY, RUTH. **Imagens de si no discurso. A construção do ethos**. São Paulo, Contexto, 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. VADE MECUM Organização do texto: Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. – 9. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2010.
- BAKHTIN, M. M. **Marxismo e filosofia da linguagem**: problemas fundamentais e método sociológico na ciência da linguagem. 3.ed São Paulo: Hucitec, 1986.
- CONTI, José Mauricio. **Pensões alimentícias**: subsídios para a determinação de seus valores. *Revista dos Tribunais*, 05(758), 2000. p. 53-61.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo, SP: Atlas, 2003.
- FOUCAULT, Michael. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2004.
- GAGLIANO Pablo Stolze, Rodolfo Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil. Vol 6. **Direito de Família**: as famílias em perspectiva constitucional. 6ª ed. Rev. E atual. De acordo com o novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- MAINGUENEAU, Dominique. Ethos, cenografia e incorporação. In: AMOSSY, RUTH. **Imagens de si no discurso. A construção do ethos**. São Paulo, Contexto, 2005.
- MUSSALIM, Fernanda; BENTES, Anna Christina. **Introdução a linguística**: domínios e fronteiras : volume 1 . 3. ed. - São Paulo: Cortez, 2003 293p. ISBN 85-249-0772-X
- ORLANDI, Eni Puccinelli. . **Análise de discurso**: princípios e procedimentos. 7.ed. Campinas. SP: Pontes, 2007, 100p.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo. Método, 2008.

DIGNIDADE, SUSTENTABILIDADE E DIREITO:

REFLEXÕES A PARTIR DA EXPERIMENTAÇÃO DA FRATERNIDADE E DA SOLIDARIEDADE EM BUSCA DA PAZ

Mayara Pellenz¹

Nadine Amábile Pasta²

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo identificar a Sustentabilidade sob os enfoques ético e humanístico, a partir dos conceitos de Fraternidade e Sustentabilidade. Para tanto, a Fraternidade é referida aqui enquanto qualidade política e o princípio da Solidariedade, previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, como uma categoria a ser vivenciada na sociedade pós moderna. Enfatiza-se neste contexto, que a concretização constitucional e o pensamento solidarista caminham juntos em um momento de superação de crises, já que a Humanidade encontra-se em uma realidade alarmante. Para que isso ocorra, o reconhecimento do vínculo antropológico comum que une os seres humanos é imprescindível. Ressalta-se a importância de se reconhecer a Solidariedade conjugada com o valor da Fraternidade para se chegar ao ideal de Sustentabilidade, atualmente incompatível com o modo de relacionamento individualista e excludente da sociedade de consumo. Estes ideais de Solidariedade e de Fraternidade, se vivenciados, proporcionam relações privilegiadas de experimentação política e de aplicabilidade da Sustentabilidade de uma forma diferenciada, viabilizando prolongação da vida humana e uma nova forma de relacionar-se com os demais seres na Terra.

Palavras-chave: Fraternidade, Humanidade, Solidariedade, Sustentabilidade.

¹ Mestre em Direito pela Faculdade Meridional - IMED. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Meridional - IMED. Integrante do Grupo de Pesquisa Ética, Cidadania e Sustentabilidade na mesma instituição. Docente do Curso de Direito da UNISOCIESC em Blumenau (SC). Docente da Pós Graduação em Direito da Faculdade Avantis, Balneário Camboriú, SC. Advogada. Email: maypellenz@hotmail.com

² Graduada em Direito pela UNISOCIESC, Blumenau, SC. Membro do Grupo Direito e Sustentabilidade como aluna pesquisadora. Email: nadipasta@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Pretende-se com o presente trabalho discorrer, ainda que brevemente, sobre a Fraternidade enquanto qualidade política e sobre o princípio da Solidariedade como o caminho adequado para a busca da Sustentabilidade, temática aqui proposta sob novo paradigma, enfatizando sua dimensão ética e humanística.

Essa dimensão será estudada sob o prisma da Fraternidade e da Solidariedade, como valores a serem resgatados, possibilitando assim o enfrentamento das várias crises presentes na pós-modernidade. Dentre as várias crises mundiais enfrentadas na atualidade, Morin (2001, p.22) ressalta que a mais grave é a humanística, resultante do consumismo desenfreado, da globalização³ e do processo de ocidentalização.

Por essa razão, idealizou-se este estudo com o objetivo de analisar uma nova perspectiva para a Sustentabilidade, encontrando ações políticas inovadoras para assegurar a preservação da vida humana. Por meio da Pesquisa Bibliográfica⁴ e do Método Dedutivo⁵, inicia-se o trabalho científico com a análise da Fraternidade, de forma a situá-la historicamente e conceituá-la como qualidade política. Em um segundo momento, discorre-se também sobre a Solidariedade como princípio na Constituição da República Federativa do Brasil e, como parte final do estudo, volta-se à análise da Sustentabilidade, sob nova perspectiva, enfatizando sua dimensão

³ Em um sentido restrito, globalização, nas palavras de Pietro Giuseppe Grasso (2005. p. 111) se refere à "expansión creciente de las actividades de la economía, producción, circulación, cambio y consumo de cosas, más allá de los confines territoriales y los vínculos del derecho positivo de los Estados." Já em um sentido amplo, segundo Márcia Nina Bernardes (2006, p. 380), a globalização significa de maneira geral que todas as definições aludem à compressão tempo-espaço e à crescente interdependência entre nações e sociedades em um mundo cada vez menor. A interdependência global traduz-se na forma de intensos fluxos de capital, bens, informações e pessoas. A globalização deve ser entendida que preditas mudanças não se restringem unicamente à circulação de capital, mas repercute em outras esferas da vida social. Neste sentido, Eli Diniz (2007. p. 24-25), infere que os equívocos mais correntes, situam-se a visão da globalização como um processo de natureza exclusivamente econômica, impulsionado por forças de mercado e mudanças tecnológicas autônomas. Trata-se, certamente, de uma simplificação, pois o processo de globalização, como foi ressaltado anteriormente, é essencialmente um fenômeno multidimensional. Consenso, no entanto, é que a globalização se apresenta como um fenômeno de caráter irreversível, que não pode ser parado". [(GRASSO Pietro Giuseppe. El problema del Constitucionalismo después del Estado Moderno. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 111); BERNARDES, Márcia Nina. Globalização. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord.). Dicionário de Filosofia do Direito. Rio de Janeiro: Renovar; São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 380); DINIZ, Eli (Org.). Globalização, Estado e desenvolvimento: dilemas do Brasil no novo milênio. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 24-25.]]

⁴ "[...] Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais" (PASOLD, 2011, p. 207). PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

⁵ Para Pasold (2011, p. 205): "[...] base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral" PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

ética e humanística, como uma necessidade de se rever as relações humanas atuais.

1 A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA POLÍTICA: REFLEXÕES HISTÓRICAS E DIMENSÃO DOS DIAS ATUAIS

A philia Aristotélica⁶ representa os primeiros ensaios de um conceito de Fraternidade. Enquanto Amizade é um sentimento raro, dado a algumas pessoas, a Fraternidade deve ser entendida como algo mais amplo, dirigido a um número maior de pessoas.

O valor Fraternidade foi introduzido na cultura europeia pelos cristãos, mas foram os iluministas que fundamentaram a trilogia na cultura pagã pré-cristã, devido à intensa batalha contra a Igreja e seus desmandes (BAGGIO, 2008, p.40).

Na divisa da Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”, o valor Fraternidade aparece em primeiro plano ao lado da igualdade e da liberdade, porém diferentemente dos outros dois termos, a fraternidade não ocupou papel importante na cultura política do Ocidente (SAVAGNONE, 2009, p.195). Sabe-se que foi o aspecto ideológico da Revolução Francesa que eliminou a alma religiosa, distorcendo os três princípios por ela proclamados, dificultado principalmente a concretização da Fraternidade. Assim, ela foi relegada, sendo endereçada apenas aos concidadãos, contribuindo na educação das crianças e para reforçar a união dentro do Estado (BAGGIO, 2008, p.40). Enquanto a igualdade e a liberdade foram amplamente discutidas e aceitas como categorias políticas, a Fraternidade foi silenciada e deslocada a campos fora dela.

Tocqueville⁷ é categórico ao afirmar que a França não obteve os mesmos resultados da Revolução Americana por uma razão bastante clara: afastou as motivações religiosas impregnadas na Fraternidade. A liberdade e a igualdade não conseguiram alcançar seus voos devido à privação desse anseio religioso, segundo Tocqueville (PEZZIMENTI, 2008, p.62), e foi o espírito religioso que fez com que a democracia

⁶ O conceito aristotélico de amizade é bastante amplo, uma vez que abarca a utilidade, o prazer, o bem e a amizade entre os desiguais. Em todos os tipos de amizade por ele propostos fica clara a exigência da reciprocidade, pois sem ela não será possível falar-se em amizade. No entanto, para o trabalho que está sendo desenvolvido o mais importante é a amizade enquanto qualidade política. O homem é um ser político e viver em comunidade o torna assim. Daí que a amizade enquanto qualidade política deve ser vista como uma forma a possibilitar novos sujeitos sociais, novos modos de existir e de conviver. (ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UNB, c1985, 1999. Título original: Ethikon Nikomacheion. p.153.

⁷ Alexis de Tocqueville, além de ser o autor do famoso estudo A democracia na América, também foi o autor de L'ancien régime et la Révolution, obra sobre a Revolução Francesa, que por muito tempo permaneceu desconhecida. (apud PEZZIMENTI, 2008, p. 59).

norte-americana superasse os vícios fundamentais dos homens, moderando sua agressividade e a sua rudeza.

Contudo, não se pode vincular a secularização e a perda das raízes religiosas como a única responsável pelo “esquecimento” da Fraternidade. Ao longo dos séculos, mesmo tendo raízes teológicas fortes, a religião não impediu a criação de sociedades altamente hierarquizadas, súditos com mais deveres do que direitos, guerras e escravidão.

Ensina Domingo Ighina que “a fraternidade leva em seu seio a consciência da liberdade e o direito da igualdade”; o contrário traduz a linha da exclusão e da opressão. Logo, a Fraternidade tem o condão de articular o princípio da liberdade (liberdade política) e o da igualdade como justiça social.

Ainda que a Fraternidade remonte à origens antigas e religiosas, há necessidade de ser reestruturada no mundo contemporâneo. Trata-se de ser entendida como um princípio/valor norteador da liberdade e da igualdade, implicando assim um primeiro passo à cidadania (IGHINA, 2009, p. 35) plena. Neste viés, destaca-se que conceito de cidadania não é recente, e remonta desde à Antiguidade Clássica. No caso das pólis gregas, por exemplo, os cidadãos eram livres e iguais (*eleutheroi kai isoi*), governavam e eram governados (em rodízio), e formavam as leis que eram para todos de forma igual (isegoria e isonomia), demonstrando claramente governos democráticos (TOSI, 2009, p. 48). Mesmo que essa cidadania fosse restrita (somente aos cidadãos livres), o sistema de democracia participativa da pólis grega, sobretudo da ateniense, foi considerada perfeita e até hoje não se encontrou na história da humanidade modelo parecido.

No entanto, foram os estoicos, que no período de transição da pólis grega à Cosmópolis do império helenístico e romano, trouxeram um novo modelo, a comunidade civil mundial (universalismo), composta por deuses e pelos homens, e comandada pela lei natural. Na cidade universal tudo estaria subordinado ao bem superior do universo, sendo assim tanto os escravos quanto os bárbaros foram considerados iguais e livres enquanto seres humanos pelo princípio do amor universal (*phília*). Foi Zeus quem promulgou essa lei, não podendo ser abolida nem pelo Senado nem pelo povo, e o seu não cumprimento não era considerado apenas uma negação do mandamento divino, mas sim da própria natureza do homem (TOSI, 2009, p. 49). E, ao que parece, a fraternidade foi abarcada por tal lei:

Constitui-se, assim, sobre tal lei uma comunidade natural, que compreende tanto os homens quanto os deuses, que devem obedecer a uma lei comum, manifestada na propensão natural do homem a amar seus semelhantes; não somente seus

concidadãos, mas todos os homens, enquanto cidadão de uma mesma república de que Zeus é o senhor. (grifos nossos).

No cristianismo esse conceito é ainda mais enfático: “em nome da fraternidade universal, sem distinção entre bárbaros ou gregos, judeus ou romanos, escravos ou livres”. Apesar de estar bem colocada, a Fraternidade não conseguiu se consagrar como valor ético, político e religioso na Modernidade. E nem os esforços normativos o conseguiram. Em 1948, o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem já ressalta a obrigação das pessoas em “agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”. Muitas Constituições também vêm neste sentido, como no caso da brasileira, que a invoca já no seu Preâmbulo (BUONOMO, 2009, p. 169):

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, 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 (grifos nossos), pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL” (BRASIL, 1988).

Inegável dizer que a Fraternidade restou em segundo plano, face o desenvolvimento a qualquer custo e o progresso tecnológico da pós-modernidade. Acentuou-se, atualmente, aspectos individualistas e egoístas da Humanidade, fazendo com que o caráter social, fraterno e solidário fosse relegado e até mesmo esquecido.

Edgar Morin (2011, p. 22) salienta que, sem uma reflexão e uma nova consciência sobre o mundo globalizado e os modelos de sociedades, dificilmente se conseguirá enfrentar as crises da pós-modernidade que assolam a humanidade. E a crise da humanidade é exatamente não alcançar a humanidade. Segundo o autor, faz-se necessária uma metamorfose, uma mudança na concepção de mundo pela conscientização.

Uma nova forma de pensar nada mais é do que uma consciência comum de humanidade, consciência bem posta pela Declaração Universal, em seu artigo 29, onde predominaram os interesses gerais sobre os interesses particulares. Prevê tal artigo que “todo ser humano tem deveres para com a comunidade, na qual, unicamente, o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível” (BUONOMO, 2009, p. 170).

Baggio (2009, p. 85) vai além, pois segundo ele, a “ideia de fraternidade é o da participação democrática, ou seja, da conexão da ideia de fraternidade com a de cidadania” (grifos nossos), conclui que foi a Fraternidade responsável pela efetiva construção de novas identidades de povos, conforme vários exemplos históricos⁸, evidenciando assim sua dimensão política.

A Fraternidade é capaz de fomentar a ideia de uma comunidade universal, onde as pessoas indiferentemente de onde vivam e a que povos pertençam, consigam viver em paz (BAGGIO, 2008, p. 53-54). De modo a não apenas fomentar outras ideias como a da participação da democracia de modo ideal, mas também sendo necessária para completar outros preceitos fundamentais.

A igualdade e a liberdade tornam-se vazias sem a fraternidade. Explica-se: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna vontade do mais forte, assim como a igualdade não degenera em igualitarismo impiedoso. Morin (2011, p. 43) entende que cabe à arte da política, a missão de alcançar um ideal humano de liberdade, igualdade e Fraternidade, como uma “via”, um caminho para a salvação. E salienta que essa nova política deverá obedecer uma dupla orientação: uma política de humanidade e uma política de civilização, no sentido de restaurar a fraternidade e dessa forma reumanizar as cidades.

Entende-se que essa salvação diz respeito não apenas a história presente, mas também ao futuro das sociedades, sendo essencial a ampliação da categoria fraternidade para outros âmbitos, proporcionando de tal modo não apenas a base desse princípio em políticas, mas o perpetuando e tornando ele uma característica própria de diversas nações, seja de modo interno entre seus nacionais, quanto externo com outras nações⁹. Portanto, para a continuidade da própria Humanidade faz-se necessário recuperar a categoria da Fraternidade, tanto no âmbito religioso que prega que “todos os homens são iguais e livres porque são irmãos” (BAGGIO, 2008, p. 54), quanto na dimensão política, fazendo com que a Humanidade retire as vestes da individualidade e em sua nudez se reinvente, fortalecendo o vínculo antropológico comum.

⁸ A Cidadania, numa perspectiva global, sinaliza ao acesso a direitos garantidos por instituições locais, nacionais ou transnacionais. A mobilidade humana, por exemplo, é uma realidade e ocorre em larga escala, com processos de migração potencializados pela pobreza, desemprego, desastres ambientais, entre outros.

⁹ Para não perecer, cabe ao Homem vivenciar laços fraternos e assumir compromissos – afetivos, políticos, sociais, ambientais e jurídicos – objetivando perpetuar as raízes que o identificam e o vinculam a sua nação, a sua cultura, aos demais cidadãos e ao Meio Ambiente ao qual está inserido. Em primeiro lugar, é preciso respeitar essa identidade – por meio do imaginário coletivo –, sob pena de ter seu referencial perdido. (PELLENZ, 2017, p. 66)

2 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

O Estado liberal triunfou até a metade do século XIX, tendo como protagonista o individualismo exacerbado, porém no fim do século XIX e início do século XX a ideia de solidariedade foi lançada por filósofos, sociólogos e juristas (FARIAS, 1998, p. 187), criando um novo tipo de relacionamento entre as pessoas, modificando a relação indivíduo-sociedade - indivíduo-Estado, traçando as primeiras linhas do aclamado Estado Social.

A Fraternidade, como valor, foi que inspirou a Solidariedade. Esta, tem sua origem no estoicismo e no cristianismo primitivo. Foi no fim do século XIX que aparece a lógica da Solidariedade com um discurso coerente se distanciando da “caridade” ou “filantropia” (FARIAS, 1998, p. 190).

A Modernidade trouxe a necessidade de revelar ao homem que diferente do conceito liberal-individualista que até então o mesmo festejava (onde o indivíduo é uma pequena “totalidade”, uma micro-célula autônoma, autossuficiente e auto-subsistente), o mesmo é possuidor de um destino singular e faz parte da comunidade humana, sendo assim não pôde mais ser estimado e sua relação com os semelhantes passou a ser constitutiva de sua existência (MORAES, 2014, p. 03). Neste viés, “quem habita este planeta não é o homem, mas os homens. Pluralidade é a lei da terra” (ARENDT, 199, p. 187). A Solidariedade deve ser vista como fato social, pois só se concebe o indivíduo se inserido em sua comunidade. Contudo, a Solidariedade não pode ser compreendida em um único conceito. Afirma Moraes que a solidariedade apresenta diversas facetas:

“[...] como um fato social do qual não podemos nos desprender, pois é parte intrínseca do nosso ser no mundo; como virtude ética de um reconhecer-se no outro (que “faz do outro um outro eu próprio”) ainda mais amplo do que a justa conduta exigiria (dar ao outro o que é seu); como resultado de uma consciência moral e de boa-fé ou, ao contrário, de uma associação para delinquir; como comportamento pragmático para evitar perdas pessoais e/ou institucionais. Fato social, virtude, vício, pragmatismo e norma jurídica são os diferentes significados do termo”. (Grifos nossos).

Foi em meados de 1919 que Rui Barbosa negou o individualismo jurídico, reconhecendo a “superioridade do trabalho sobre o capital...” defendendo um grande programa envolvendo questões sociais. Cabe salientar que no campo da teoria do direito, o discurso solidarista no Brasil teve como protagonistas Rui Barbosa, Tobias Barreto e Joaquim Nabuco (FARIAS, 1998, p. 191-192). Em sua obra Teoria Política, afirma Rui Barbosa:

A concepção individualista dos direitos humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para a transformação incomensurável nas noções

jurídicas do individualismo restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não vê na sociedade um mero agregado, uma justaposição de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas uma entidade naturalmente orgânica, em que a esfera do individualismo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a coletividade. O direito vai cedendo à moral, o indivíduo à associação, o egoísmo à solidariedade humana.

Igualmente, na tríade da Revolução Francesa - onde a Fraternidade foi relegada - a Solidariedade tornou-se um mito na contemporaneidade. Farias explica que a “palavra solidariedade torna-se uma espécie de fantasma na memória do homem contemporâneo, servindo para dar boa consciência a uns e amenizar a má consciência de outros”. Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 é que a solidariedade tomou corpo de princípio, o constituinte ao estatuir os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, em seu artigo 3, I, estabeleceu, entre outros fins, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

A esse objetivo, o legislador elencou ainda outros, previstos nos demais incisos do referido artigo: II- garantir o desenvolvimento nacional; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em uma análise superficial do artigo citado, constata-se que o constituinte traçou metas no sentido de dar efetividade aos objetivos elencados, deixando claro, a necessidade da correção das desigualdades sociais e regionais através da erradicação da pobreza e da marginalização, promovendo dessa forma o desenvolvimento econômico e social, sendo a Solidariedade o ponto-chave capaz de melhorar a qualidade de vida de seus cidadãos.

O constituinte de 1988, ao se referir à Solidariedade como objetivo fundamental da República Federativa Brasileira, demonstrou sua preocupação com a atuação Estatal e a inclusão da sociedade nessa atuação, tanto no momento da elaboração da legislação ordinária (poder legislativo), como na execução das políticas públicas (poder executivo), como na interpretação-aplicação do Direito (poder judiciário e operadores). Estando presente na nova redação da constituição, em razão de tal preocupação uma nova visão de antigos conceitos, como a Cidadania a qual passou a englobar um significado abrangente com o enfoque nos direitos do cidadão assim viabilizando ações mais solidárias e comunitárias. Atribuindo para a consolidação dos direitos brasileiros a solidariedade como um exercício de direito.

No Brasil, os direitos e garantias foram implementados em 1998, período marcado pela democratização do país e pela promulgação da Constituição Federal. Essa nova perspectiva em relação aos direitos dos cidadãos resultou em uma nova concepção de Cidadania, Democracia e exercício dos direitos, diante da emancipação humana no exercício das ações participativas da vida privada, mas especialmente da comunidade. (PELLENZ, 2017, p. 34).

Também é possível visualizar os efeitos da solidarização constitucional nos demais ramos do direito: no direito civil o direito a propriedade versus a função social; no campo contratual o enfoque não é mais voluntarista, buscando-se o equilíbrio entre as partes contratantes bem como a vedação da excessiva onerosidade; nas relações familiares a exclusão das rígidas hierarquizações traçando novas concepções como a igualdade entre os cônjuges, igualdade entre filhos, prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, guarda compartilhada (MORAES, 2014, p. 12).

Nesse viés, a doutrina e a jurisprudência citam como o corolário da tendência solidarista a criação da seguridade social, tendo como postulado a “solidariedade financeira¹⁰” conforme artigo 195 da Constituição Federal de 1988. Os tribunais brasileiros não tardaram a reconhecer a solidariedade constitucional como o “dever jurídico de respeito, de âmbito coletivo, cujo objetivo visa beneficiar a sociedade como um todo”, prova disso é a vasta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nesse sentido¹¹.

No seu projeto solidarista, além das normas que indiretamente afrontam tais desigualdades, também teve o legislador à preocupação com a destinação de recursos para tal fim, exemplo dessa preocupação foi a mudança do texto constitucional através da Emenda Constitucional 31 de 14 de dezembro de 2000, que criou o “Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza”, onde seus recursos deverão ser utilizados em ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar e programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida (MORAES, 2014, p. 15).

¹⁰ Significado de solidariedade financeira dado por Moraes: financiada direta ou indiretamente por toda a sociedade, uma vez ser responsável pelo destino de seus membros. (MORAES, op. cit., p. 12).

¹¹ Exemplos da aplicação do princípio da solidariedade pelo Supremo Tribunal Federal: STF, Tribunal Pleno, MS n 22.164-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 20/10/1995, Ement. Vol. 01809-05, p. 1.155, v.u. – STF, Tribunal Pleno, ADI n 240/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 26/9/1996, DJ de 13/10/2000, v.u. – STF, Tribunal Pleno, ADIMC n 1003/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 1/8/1994, DJ de 10/9/1999, v.u. – STF, Tribunal Pleno, ADI n 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 26/05/2011, DJ de 14/10/2011, v.u.

Logo, não se pode negar a boa intenção do legislador constituinte, que apoiou-se nos princípios da Dignidade da pessoa humana¹² e da Solidariedade social, entendendo serem estes imprescindíveis para o enfrentamento das desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira.

O princípio da Solidariedade introduziu na ordem jurídica uma nova ideologia baseada no princípio da dignidade humana, principalmente nas questões relativas a qualidade de vida das pessoas, fazendo que os direitos fundamentais de terceira dimensão se desligassem do homem-indivíduo, assumindo assim uma conotação difusa. Desse modo:

Os Direitos Humanos Fundamentais são respeitados, seja qual for a origem do sujeito, pois os critério passam a ser a condição de ser humano, e não a vinculação política ao Estado-nação de origem. Além disso, fomenta-se ao reconhecimento do “Eu com o Outro” entre aqueles que partilham das mesmas vivências, experiências ou aspirações em relação ao futuro da Sociedade [...] (PELLENZ, 2017, p. 50)

Diante das novas exigências fundamentais do ser humano nascem os direitos de terceira dimensão, propiciando um novo olhar, vindo a superar a exclusividade da tutela estatal, uma vez ser imprescindível a união de esforços para a construção de um mundo menos desigual. A sociedade contemporânea passa por um estado doentio, a moral passa por uma crise terrível, diante dessas afirmações Cardoso (2010, p. 104-105) traduz a sociedade contemporânea e suas banalizações diante das misérias humanas: “a civilização humana chegou num estágio em que seu elemento central perdeu o significado”, e soluciona dizendo que será somente pelo reconhecimento dos direitos do próximo que o ser humano possibilitará a sociedade um ambiente propício à justiça e à segurança, e que o caminho mais adequado é através da solidariedade.

Portanto, é imprescindível a renúncia ao modo exclusivista do direito individual, sendo indispensável uma conscientização da realidade social a qual está inserido, construindo através do exercício da solidariedade o esperado direito social, possibilitando dessa forma a efetivação dos direitos fundamentais.

¹² A dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo. Diversas religiões, teorias e concepções filosóficas buscam justificar essa visão metafísica. O longo desenvolvimento de compreensão contemporânea da dignidade humana de iniciou com o pensamento clássico e tem como marcos a tradição judaico-cristã, o Iluminismo e o período imediatamente posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial” (BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana direito constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p.15.

3 A CONSTRUÇÃO DA SUSTENTABILIDADE SOCIAL: CAMINHOS FRATERNOS E SOLIDÁRIOS

O novo paradigma da Sustentabilidade está no desafio de a humanidade adequar suas condutas a um desenvolvimento coletivo, onde seja possível a conservação do meio ambiente e de uma sociedade mais justa, solidária e humana. Há necessidade de uma política de civilização e humanidade que substituam a política do desenvolvimento a qualquer custo. Ações individuais mais conscientes e responsáveis são o que podem transformar esta realidade individualista em prol do direito a um meio ambiente saudável, essencial à vida humana de uma forma geral. Neste contexto, Aquino (2013, p. 166) afirma que o novo paradigma da Sustentabilidade ganha força e “[...] se torna um novo Valor a ser depurado e construído historicamente no século XXI”¹³. Porém, em que medida a Fraternidade e a Solidariedade podem contribuir para a construção e a efetividade da Sustentabilidade Social?

Freitas (2012, p. 49), ao propor um conceito de princípio da sustentabilidade, afirma que é primordial estar incluído no mesmo a faceta multidimensional de bem-estar:

[...] é o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Observa-se em tal conceito, que Freitas dimensiona a responsabilidade como não exclusiva do Estado, mas impondo à Sociedade também esse dever. É a própria Constituição de 1988 que no Brasil, assim prevê o direito fundamental ao meio ambiente¹⁴, como um dever e princípio ao mesmo tempo, estando o dever de sua guarda e de sua promoção/proteção distribuído por toda a coletividade. Da divisão coletiva dessas responsabilidades obviamente exsurge o caráter solidário das vias a serem usadas para a sua concretização, ou seja, esse compartilhamento

¹³ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A Amizade como fundamento Raciocital à Sustentabilidade de uma sociedade-mundo. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salete Oro (orgs.) Direito, Democracia e Sustentabilidade: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED Editora, 2013.

¹⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

somente será possível se as pessoas utilizarem-se de sua racionalidade de forma fraterna e solidária.

"Na Carta brasileira de 1988, a proteção ambiental foi recepcionada na forma de um direito fundamental, cujo núcleo encontra-se assentando – principalmente, mas não apenas – em seu artigo 225. Lá está disposto que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito – fundamental! – de todos e bem de uso comum do povo essencial à sadia qualidade de vida, incumbido ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Lá está escrito, também, que esse direito fundamental, de natureza difusa e intergeracional, possui eficácia plena e imediata, e, portanto, produz seus efeitos independentemente da mediação legislativa, vinculando tanto os poderes públicos como os particulares". (TRINDADE, 2013, p. 205)

Freitas (2012, p. 44) alerta que a Humanidade corre grande risco de extinção, devido ao grande crescimento econômico, sem respeito ao meio ambiente sadio¹⁵. Diante da ação humana que provoca danos irreparáveis em relação ao meio ambiente; é chegada a hora do Homem exercer outro papel, deixando de lado seu espírito destruidor e dominador, assumindo uma postura ética, para "salvar a humanidade dela mesma, enquanto é tempo".

Difícilmente a Humanidade irá deixar de lado todos os benefícios que a globalização ou a mundialização trouxe, em detrimento dos malefícios que também veio gerando em paralelo, quando se refere ao meio ambiente. Mas é imprescindível que se encontrem formas de conciliar a tecnologia com a modernização ecológica.

É certo que o desenvolvimento por si só não há de ser contraditório em relação à Sustentabilidade, mas essa relação precisa ser contextualizada, onde a Sustentabilidade consistiria em assegurar o bem-estar próprio e alheio, material e imaterial, para às presentes e futuras gerações, e o desenvolvimento estaria ligado diretamente à qualidade de vida (medida por meio do índice de Desenvolvimento Humano, que auferi renda, longevidade e educação).

Para Ferrer (2012, p. 311), há clara necessidade da busca pela harmonia em todos os setores da vida humana, como um fio condutor para o esperado e adequado progresso tão almejado pela sociedade. Ao se pensar em qualidade de vida, por exemplo, além dos elementos básicos como a riqueza e o emprego, é importante levar outros elementos em consideração, uma vez que os indivíduos

¹⁵ Chama-se atenção à necessidade de formar um pensamento coletivo e menos individualista, especialmente quando se trata da questão ambiental. São emergenciais ações humanas neste sentido, pois a erosão dos vínculos fraternos e solidários podem conduzir a Humanidade a cenários cada vez mais catastróficos. (PELLENZ, 2017, p. 62)

necessitam ter a certeza de pertença a seu grupo social. Para que isso seja possível, é imprescindível repensar a forma pela qual o Direito atual está fundamentado: na dominação.

Conforme defende o autor, o Direito é produto cultural, reflete as crenças e valores daquele grupo social. A relação do homem com a natureza, com o meio em que vive sempre foi de dominação e é essa relação que precisa ser modificada, caso contrário o homem corre o risco de ele próprio se extinguir. O autor destaca ainda que a estrutura clássica do Direito, tal qual está posta, somente se modificará através de uma revolução ambiental, que não se encontra no campo tecnológico, e sim no cultural.

Deve-se buscar, em definitivo, o fim da concepção errônea de que a Natureza deve ser explorada como se fosse um Bem à disposição do Homem: a transformação do mundo natural em objeto de exploração desmedida já aconteceu e o resultado disso é a situação calamitosa dos dias de hoje. Não é mais possível e nem mesmo aceitável utilizar Natureza, como se fosse objeto. Aos poucos, o Homem está tomando consciência da necessidade de mudanças para assegurar a sua própria subsistência no Planeta Terra.

Isso ocorreu devido, especialmente, às quatro “ondas”, ou seja, às Conferências das Nações Unidas sobre Meio Ambiente, que ocorreram em 1972, 1992, 2002 e 2012. Estas mobilizações à nível global possibilitaram grandes avanços científicos e jurídicos, bem como a proliferação de legislações ambientais. Foram tomadas posturas frente às agressões que o Planeta vem sofrendo, se estabeleceram limites ao crescimento econômico e a constitucionalização do direito ambiental em muitos países.

Além da Declaração do Rio, adotou-se a Agenda XXI, aprovou-se o Convênio sobre a Diversidade Biológica e o Convênio Marco sobre mudança climática, mas as discussões foram mais longe, abordando a necessidade do desenvolvimento e da erradicação da pobreza, a titularidade dos recursos naturais e o controle da ciência e da tecnologia (FERRER, 2012, p. 314-319). Não há como negar que se avançou nessas discussões, porém o caminho para se alcançar a Sustentabilidade está muito aquém do esperado, seja por razões econômicas, sociais ou por interesses que vão além das necessidades globais e humanas.

Nesse sentido, Ferrer afirma que o grande paradigma da Humanidade é a Sustentabilidade, no tocante à vontade de construir uma nova sociedade, capaz de perpetuar-se no tempo em condições dignas. A deterioração do planeta é insustentável (aquecimento global, a poluição do ar e a escassez da água), mas a miséria, a fome, as desigualdades de renda, a exclusão social, as injustiças, a opressão, a violência, o preconceito e o individualismo, bem como a escravidão e a

dominação cultural e econômica também o são, e isso demonstra que a crise ambiental afeta não só o meio ambiente, mas a própria Humanidade.

A resposta para estas crises está em conceito planetário, que favoreça a integração e a inclusão das pessoas e as estimule a participar das decisões globais com responsabilidade. É preciso que a Humanidade tenha a consciência de que pertencem a um todo e que compartilhe suas responsabilidades para a manutenção da vida humana e do planeta. Para que se alcance uma sociedade sustentável, primeiramente precisa-se de cidadãos solidários. São cidadãos conscientes de seus desafios no mundo atual, que reconheçam a si e os demais como sujeitos com dignidade, conheçam seus direitos e suas obrigações, não admitam as injustiças e não compactuem com qualquer desrespeito aos direitos humanos, respeitam e valorizam as diferenças, tanto de gênero, de identidade e de culturas como fonte de enriquecimento humano. É preciso que as pessoas estejam engajadas, entrosadas e que se interessem, se comprometam, participem e contribuam para criar uma cidadania ativa e coletiva, a fim de combater as desigualdades através da busca da redistribuição do poder, das oportunidades e dos recursos.

Contrariamente à essa ideia, o que se vê hoje é uma a sociedade individualista, apática, que desfruta dos prazeres do presente de maneira desmedida, uma vez que o futuro é incerto e nem se sabe se irá acontecer. As relações humanas estão fundamentadas na fugacidade e na futilidade, cultuadas por pessoas escravos do consumo, dos produtos e da tecnologia.

A incessante busca da aceitação social, com a banalização do “ser” em detrimento ao culto do “ter”, fazem com que as sociedades modernas lutem diariamente contra a ruína do ser humano. O consumo desenfreado é intenso, fazendo com que os produtos se tornem ultrapassados instantaneamente.

Sendo assim, as pessoas procuram demasiadamente coisas/objetos que as façam felizes, acreditando que a felicidade é a liberdade de consumo ligada à propriedade (capacidade de adquirir). Porém, essas condutas não resultam em mais felicidade e liberdade, mas antes traduzem os conflitos e a falta de confiança entre os integrantes dessa mesma sociedade (BAUMAN, 2011, p. 121). O autor denomina esse panorama como “modernidade líquida”, onde a “liberdade líquida” exclui aqueles cujos comportamentos consumistas são falhos, sendo esses eliminados do “jogo”, transformando o ser humano em mero objeto; esses comportamentos fortalecem o individualismo, opondo-se ao coletivo. Ora, a sociedade feita dessas regras se desfaz a todo momento para ter coisas novas, ou seja, se desfaz do antigo self para constituir um novo, para estar apto a jogar as regras mercantis de convivência posta. Mas como se desfazer e se refazer sem causar danos colaterais? - indaga Bauman. Entende-se que as mudanças podem acontecer, mas isso só será possível resgatando valores como Solidariedade e Fraternidade, no âmbito do

Estado Social, onde o ser humano passo ser o portador de um sentimento de respeito diante da sociedade em que vive, protegendo o meio ambiente, as relações com os demais, resgatando a confiança e, assim, garantindo a convivência coletiva.

Nessa linha de pensamento, Morin (2011, p. 22) considera que sem uma reflexão e uma nova consciência sobre o mundo globalizado e os modelos de sociedades, dificilmente se conseguirá enfrentar as crises atuais. Para ele, diante da globalização, versão atualizada da mundialização, a cultura do capitalismo dissemina pelo mundo sua forma, e juntamente com o consumismo desenfreado, o lucro a qualquer custo, aliados aos interesses dos blocos econômicos, o mundo encontra-se em múltiplas crises (energética, econômica, ecológica, social e humanística), o que vem impedindo a formação de uma consciência comunitária compartilhada (MORIN, 2011, p. 20-22).

Freitas (2012, p. 24) também alerta que devido a essa cultura da insaciabilidade patrimonialista e senhorial, que não se satisfaz nunca e com nada, é a primeira vez na história (salvo risco de guerra nuclear) que a Humanidade está inviabilizando a sua permanência no Planeta Terra. Por isso, além das dimensões social, ambiental e econômica, clássicas da sustentabilidade, há urgência em assimilar também a sua dimensão jurídico-política e ética, e traça um diagnóstico: “para avançar a bandeira da sustentabilidade, vários muros mentais terão que cair”.

E completa afirmando que a sociedade do conhecimento terá que se tornar do autoconhecimento, voltada ao bem-estar universalizado, somente assim será possível fazer frente às múltiplas crises, embora diga que o remédio sempre traz o risco dos efeitos colaterais. Portanto, é preciso uma união de esforços que envolva todos os atores sociais, criando espaços de diálogo, incentivando atitudes ecologicamente corretas, uma sociedade menos consumidora e mais atenta às questões ambientais. Cabe ao homem refletir além dos seus interesses, viver em comunidade e fortalecer os laços, seja com seus semelhantes ou com a Natureza: a Humanidade é dependente dela em todos os sentidos. O vínculo antropológico comum a todos os seres humanos deve ser resgatado porque “ninguém pode se conhecer totalmente por si mesmo. São os outros, sempre, que completam a visão que nós – como indivíduos e como povos – temos de nós mesmos” (BAGGIO, 2008, p. 54). Até mesmo o elo de ligação entre a Humanidade foi perdida e há necessidade de restaurar estes laços. A partir desse argumento, é necessário conhecer-se por meio do outro, pois através do seu semelhante o sujeito torna-se capaz de desvelar suas próprias necessidades.

Nesse sentido, Morin (2005, p. 103) esclarece que “[...] o ser humano percebe o outro como um eu simultaneamente diferente e igual a ele. O outro partilha assim uma identidade comigo embora conservando a sua diferença”. Desta forma, atinge-se um dos pontos chave do paradigma da Sustentabilidade: olhar o outro e ao

mesmo tempo compreender a prevalência do todo em relação às partes no corpo social. O ser individual vive sob a influência dos outros e isto deve formar a sociedade. A noção de “estar junto” revela-se primordial, pois uma ação individual reflete na vida dos demais seres humanos

É imprescindível para a Sustentabilidade, como fator ético e humanístico, que haja a consideração do “outro” como “eu” e do “universo” como “lar” (terra pátria), criando-se condições propícias para uma vida sustentável. A Sustentabilidade deve ser vista como um fenômeno humano, sendo imperativa a sua preservação. A chave da mudança está no pensamento de uma política global de Sustentabilidade, que promova formas fraternas, solidárias e educacionais para condutas humanas mais sustentáveis.

Para que o desenvolvimento sustentável seja algo palpável é fundamental que se tenha consciência daquilo que une os seres humanos, de seu vínculo antropológico comum e que o princípio da Solidariedade seja ressuscitado e se instale efetivamente no terreno jurídico, convertendo a Humanidade em um grupo único, promovendo assim o tão almejado Estado Social.

CONCLUSÃO

Na sociedade contemporânea cada vez mais as relações estão pautadas pelo impedimento das relações e pelas exclusões sociais, fazendo com que os laços de Fraternidade e Solidariedade se enfraqueçam. Os sujeitos encontram-se cada vez mais isolados e o individualismo vem imperando, sendo necessário resgatar certos valores esquecidos, para que modos mais humanos e justos de enfrentamento das desigualdades sociais, da degradação do meio ambiente, da exclusão e da opressão seja uma realidade.

É através da experimentação Da Fraternidade e da Solidariedade que a Humanidade criará vínculos, repletos de trocas de conhecimentos e aprendizagens, nos quais será possível se modificar e potencializar suas habilidades, além de aguçar sonhos ainda não realizados, como uma vida mais humana e sustentável.

Dessa forma a vida humana no Planeta se sustentará, uma vez que a Sustentabilidade não deve ser encarada apenas pelo viés ambiental, mas também como um instrumento para a humanização não só das relações interpessoais, mas de todas as formas de vida.

A Humanidade precisa rever sua forma de viver e conviver, tanto com seus semelhantes quanto com o meio que a cerca. O valor da Fraternidade e a Solidariedade são caminhos a serem revisitados e (re) experimentados, propiciando dessa forma espaços a experiências genuinamente humanas.

O Direito, nesta senda, se resume em conflitos entre as pessoas e as normas por si mesmas são meras aspirações. Somente pela participação de todos – como atores sociais pertencem a um momento histórico único – será possível combater o esmorecimento político, a fragilidade dos laços humanos, a lutar contra as condições sub-humanas a que algumas pessoas são submetidas, seja pelo seu trabalho, pela sua cor, pela sua opção sexual ou religiosa, entre outras, fazendo com que as pessoas se articulem, se comprometam coletivamente para a construção de uma sociedade mais fraterna, solidária e justa.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A Amizade como fundamento Racio vital à Sustentabilidade de uma sociedade-mundo. In: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Angela Araujo da Silveira; BOFF, Salette Oro (orgs.) *Direito, Democracia e Sustentabilidade*: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional. Passo Fundo: IMED Editora, 2011.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9 ed. Rio de Janeiro – São Paulo: Forense Universitária, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Mário da Gama Cury. 3. ed. Brasília: UNB, c1985, 1999. p. 17-111. Título original: *Ethikon Nikomacheion*.

BAGGIO, Antônio Maria. A ideia de fraternidade em duas Revoluções: Paris 1789 e Haiti 1791. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido/1*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

_____. A inteligência fraterna. Democracia e participação na era dos fragmentos. In: _____. (Org.). *O princípio esquecido/2*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *A ética é possível num mundo de consumidores*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BRASIL. Constituição *República Federativa do Brasil*. Promulgada em 5 de outubro de 1988, atualizada até a emenda constitucional nº 75. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, MS n 22.164-0/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 20/10/1995, Ement. Vol. 01809-05, p. 1.155, v.u. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%EDpio+da+solidariedade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd3ho2a>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, ADI n 240/RJ, Rel. Min. Octavio Gallotti, j. em 26/9/1996, DJ de 13/10/2000, v.u. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Octavio+Gallotti%29%282>

40%2ENUME%2E+OU+240%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pjm7n
bh. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, ADIMC n 1003/DF, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 1/8/1994, DJ de 10/9/1999, v.u. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%EDpio+da+solidariedade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd3ho2a>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Tribunal Pleno, ADI n 1856/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, j. Em 26/05/2011, DJ de 14/10/2011, v.u. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%EDpio+da+solidariedade%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/nd3ho2a>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

BUONOMO, Vincenzo. Vínculos relacionais e modelo de fraternidade no direito da Comunidade Internacional. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). *O princípio esquecido*/2. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 151-173.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo*/Alenilton da Silva Cardoso. – São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2010.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*/José Fernando de Castro Farias. – Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FERRER, Gabriel Real. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿ construimos juntos el futuro? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 17, n. 3, Dez. 2012. Disponível em:<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

IGHINA, Domingo. “Unidos ou dominados”. Sobre uma leitura da fraternidade em função latino-americana. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido*/2. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 33-42.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Solidariedade*. Disponível em <<http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>> Acesso em: 21 mar. 2017.

MORIN, Edgard. *La vía para el futuro de la humanidad*. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: Paidós, 2011.

PASOLD, Cesar Luiz. *Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática*. 12ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial/Millennium, 2011.

PELLENZ, Mayara. *Metamorfoses da Cidadania*. Deviant-Erechim, 2017.

PEZZIMENTI, Rocco. Fraternidade: o porquê de um eclipse. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O princípio esquecido*/1. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

SAVAGNONE, Giuseppe. Fraternidade e comunicação, com especial referencia à comunicação jornalística. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O principio esquecido/2*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). *O principio esquecido/2*. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009. p. 43-64.

TRINDADE, André Karam; FREGAPANE, Antonio Trevisan. *A Constituição dirigente e o papel dos Tribunais na concretização das promessas do Estado Ambiental de Direito*. In: *Direito, Democracia e Sustentabilidade*: Anuário do Programa de Pós-Graduação da Faculdade Meridional/Organizadores: André Karam Trindade; Angela Araujo da Silveira Espindola; Salete Oro Boff – Passo Fundo – IMED Editora, 2013

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS-APAC:

UM PASSO DIGNO PARA A RESSOCIALIZAÇÃO E REINTEGRAÇÃO DE CONDENADOS

Natasha Mirella Melo Costa ¹

Ricardo Bispo Razaboni Junior ²

Heloísa Helena Silva Pancotti ³

RESUMO

Com a dificuldade de aplicar a Lei nº 7.210 de 1986 de execuções penais, o sistema carcerário brasileiro encontra-se em decadência devido a inúmeras circunstâncias não observadas, tais como: superlotação dos presídios, violência, baixa infraestrutura, dentre outros, dos quais, impedem a ressocialização do preso e sua reintegração a sociedade. Neste cenário, surge um modelo alternativo, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC entidade jurídica sem fins lucrativos, criada primeiramente no Estado de São Paulo, com um método novo, que tem como base, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana, com a finalidade de recuperar e reintegrar o detento a sociedade.

Palavras-Chave: Reintegração; Lei de Execuções Penais; Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC; Dignidade da Pessoa Humana.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa o estudo do criminoso frente às penitenciárias atuais do Brasil, levando-se em conta o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como, as medidas alternativas que possivelmente seriam mais eficazes para a ressocialização do preso e sua reintegração a sociedade.

¹ Graduanda em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA).

² Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Graduado em Direito pela Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA). Membro do Grupo de Pesquisa DiFuSo (Direitos Fundamentais Sociais), cadastrado no diretório acadêmico de pesquisa do CNPQ. Advogado e Consultor Jurídico.

³ Advogada, Consultora jurídica, Especialista em Direito Processual pela UNITOLED, Mestranda em Direito pela Fundação Eurípides Soares da Rocha de Marília – Univem/SP.

Sabe-se que a Lei nº 7.210 de 1986, que disserta sobre execuções penais, se apresenta como uma das leis mais completas e fascinantes que existem, no entanto, nos últimos tempos vem sendo alvo de diversas críticas, devido a ineficácia do sistema carcerário brasileiro.

Assim, devido à ineficácia do método atual e a grande reincidência do qual o alusivo sistema acima gera, surge a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC – tendo como metodologia a valorização da pessoa humana, a qual busca proporcionar aos condenados as possibilidades de se recuperarem e serem reintegrados a sociedade de forma digna.

Deste modo, o desenvolvimento do presente trabalho será dividido em duas partes. A primeira cuidará de analisar conceitualmente a dignidade da pessoa humana, sendo este o princípio pilar para sustentação do método APAC.

Em segundo momento, após o conhecimento do princípio da dignidade humana, analisar-se-á a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, que nasce como método digno de reintegração e ressocialização dos indivíduos.

Por fim, justifica-se que o presente artigo não tem como intuito esgotar o tema, mas sim trazer informações que instiguem o debate, a fim de colaborar para futuras pesquisas dedutivas e hipotético-dedutivas acerca da temática.

1 ANÁLISE CONCEITUAL DA DIGNIDADE HUMANA

A vida, como trazida no livro sagrado, fora criada por Deus, o qual primeiramente criou o céu, posteriormente, a terra, a luz, o mar, o Sol, a Lua. Após todas as criações, criou-se a vida, iniciando pela vida vegetal, tendo logo após a criação da vida animal. E por fim, criou o homem de a mulher, com sua forma de vida e sua semelhança, a qual dominaria todos os peixes do mar, aves do céu e sobre todo animal que se move sobre a terra. (RAZABONI JUNIOR; LAZARI, 2017, p. 204).

Partindo para conceituação doutrinária, Alexandre de Moraes observa que:

(...) o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina. (2000, p. 61).

José Cretella Junior, em sua explanação acerca da Constituição Brasileira de 1988, expõe que:

Bastaria que se tivesse dito “o direito” ao invés de “a inviolabilidade do direito à vida”. Se “vida é um direito” garantido pelo Estado, esse direito é inviolável, embora não “inviolado”. Se eu digo que é ‘inviolável’ (a correspondência, a intimidade, a residência, o sigilo profissional), ‘ipso facto’, estou querendo dizer que se trata de rol de bens jurídicos dotados de inviolabilidade (inviolabilidade da correspondência, da intimidade, da residência, do sigilo profissional)... O direito à vida é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. Direito à vida é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o “direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde” e (b) “o direito de subsistência”: o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao “direito de prover à própria existência, mediante trabalho honesto. (1988, p. 182/183).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz averigua:

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, caput, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa. Se assim é, a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo. O respeito a ela e aos demais bens ou direitos correlatos decorre de um dever absoluto ‘erga omnes’, por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer...Garantido está o direito à vida pela norma constitucional em cláusula pétrea, que é intangível, pois contra ela nem mesmo há o poder de emendar...tem eficácia positiva e negativa...A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldades inúteis e degradantes...Estamos no limiar de um grande desafio do século XXI, qual seja, manter o respeito à dignidade humana. (2001, p. 22/24).

Pontes de Miranda, observando o direito a vida e a integridade física e psíquica, assevera que:

O direito à vida é inato; quem nasce com vida, tem direito a ela... O direito à vida passa à frente do direito à integridade física ou psíquica...o direito de personalidade à integridade física cede ao direito de personalidade à vida e à integridade psíquica. (1971, p. 14/29).

Conclui-se que a Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada

ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (MORAES, 2000, p. 62).

Em outro plano, podemos encontrar o direito a dignidade da pessoa humana, o qual se encontra glorificado no artigo 1º, inciso III e exerce plena influência como alicerce para todos os direitos e princípios fundamentais existentes na Constituição Federal, bem como principal fundamento para a existência e manutenção do Estado Democrático Brasileiro.

Como prelúdio, vale descartar que a origem dos primeiros conceitos de dignidade da pessoa não se originou com a Constituição vigente, e sim se encontra na Bíblia Sagrada, onde Deus criou o ser humano sua imagem e semelhança concedendo a esses valores absolutos.

Apesar do direito a vida ser requisito de preexistência, o termo "dignidade" é mais abrangente que "vida", ou seja, não basta a vida, se esta não é digna. Todos os seres humanos têm a mesma dignidade vital. (SOUZA, 1995, p. 205).

Aqui, se torna necessário a conceituação do princípio da dignidade, e que inicialmente, podemos observar as lições de Sarlet, que apresenta este como:

(...) qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (2007, p. 62).

Acerca da legitimidade das normas que compõe o Ordenamento Jurídico, tem-se que:

Valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas" concluindo que: "a norma tem o escopo único de respeitar o próprio ser humano inserido na comunidade, sem o qual, ela (a norma) perde sua legitimidade. (BIZZOTO, 2003).

Sob a égide do valor absoluto do ser humano, a lição de Erico Hack se faz imprescindível, já que:

A dignidade da pessoa humana é dos valores o mais importantes que qualquer Estado deve observar. Isso implica ao Estado a adoção de políticas sociais, leis contra discriminação e contra qualquer condição degradante que alguém possa sofrer. Aqui também encontramos a imposição ao Estado de buscar e manter uma vida digna para todos. (2008, p. 56).

Por fim, José Afonso da Silva define a dignidade como um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, o qual é:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira), o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir "teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana. (2010, p. 105).

Visto o conceito doutrinário do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual se apresenta como o mais importante dos princípios constitucionais, buscar-se-á, a seguir, estudar o método APAC, perfilhando-o com os ensinamentos da dignidade vistos até o momento.

2 ASPECTOS DA APAC E A INFLUÊNCIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Após o regime militar, que cessou em Março de 1985, o qual tinha um método cruel e torturador com os detentos, nasce, em 1986 a Lei 7.210, cognominada de lei de execuções penais, a qual organizava e regulamentava como os detentos tinham que ser tratados em face ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar da lei de execuções penais dissertar sobre os direitos e deveres dos apenados e ser clara e concisa em como o sistema prisional deve ser regido, a mesma acaba não sendo aplicada de forma correta pelo Estado, o qual, na maioria dos casos, não respeitam o princípio base da dignidade da pessoa humana, por consequência, gerando impactos de todos os lados.

No sistema carcerário atual, em um primeiro momento, o apenado é submetido ao cárcere, perdendo todo o vínculo com seus objetos, deixando sua

autonomia e personalidade feridas, perdendo totalmente sua identidade, sendo subjugado pelo autoritarismo da administração carcerária.

Em sua atuação, o Estado age de modo totalitário e com grande violência, muitas vezes oprimindo o detento de diversas formas fundamentadas por um ato de submissão. No entanto, nesse meio, não há de se esperar uma conduta positiva do apenado sem qualquer modelo a seguir.

Neste sentido, no que diz a respeito da forma autoritário do Estado em face dos detentos, temos a lição de Fátima Ferreira Pinto dos Santos, que elucida:

Nessa linha de entendimento, é urgente que se busque uma nova concepção de promoção da ressocialização, haja vista, que de forma como vem sendo estudada, estruturada e proposta, apenas reafirma o poder do Estado sobre a pessoa, numa postura autoritária em nada condizente com o ideal social inserido no Estado Democrático de Direito. (2008, p.45)

Em contraponto a atitude autoritária do Estado, evidente se mostra a necessidade de se respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, para assim alcançar de forma plena e eficaz um Estado Democrático de Direito, uma vez que este princípio é um direito fundamental para qualquer ser humano.

Solidificado pela Constituição Federal, a dignidade da pessoa humana, visa à elaboração de leis para atender as necessidades da sociedade brasileira, perante as quais, todos devem ser tratados de forma igual. Infelizmente a atual situação carcerária do Brasil está bem distante da ideia pregada pela Constituição Federal de 1988, bem como da Lei de Execução Criminal, devido a lotação dos presídios e o insucesso do trabalhadores na recuperação do detento, tornado um problema crônico e presente em todos os estados do país. (ALVES; MIJARES, 2014, p. 9)

Sem a dignidade e o respeito ao apenado, não tem como se falar em reinserção social, em educação e ou retorno ao convívio a comunidade. Tanto o Estado, quanto a sociedade, devem estar aptos a garantir a execução desse princípio e dos direitos fundamentais, tendo a Constituição Federal acenando para isso. (SANTOS, 2008, p. 48)

Neste mesmo diapasão, João José Leal disserta acerca das penitenciárias atuais:

Assim tem sido a prisão. Assim é a prisão brasileira. Incubadora da maldade; escola do crime; forja do desespero humano; casulo dos desesperados e amaldiçoados. Matriz realimentadora e autofágica de suas próprias criaturas, a

prisão brasileira é o antro da inversão e da descondição humana. Nossa população carcerária não passa de um amontoado de indivíduos rejeitados pela sociedade, tristes homens morcegos, reduzidos à odiosa condição de hipó-humanos, condenados pela justiça criminal e pelas demais instâncias formais e informais de controle da liberdade individual (1994, p.438)

A situação carcerária do Brasil se encontra deplorável, em péssimas condições de permanência, tudo isso devido à superlotação e a baixa infraestrutura, não sendo necessário ser um estudioso para saber como se encontra a situação dos presídios brasileiros. Este ainda se mostra sem a mínima garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo um paradoxo esperar que em um ambiente hostil, violento, miserável, repleto de doenças, superlotado e mazelo ressocialize algum indivíduo.

Nosso 'sistema' penitenciário nada mais é do que a sombra sinistra da sociedade desajustada, desumana e cruel em que vivemos (LEAL, 1994, p.438).

Ressalta-se que o Conselho de Justiça Nacional, realizador do censo carcerário de junho de 2014, demonstrou que a população carcerária brasileira, incluindo os presos domiciliares, é de 715.592, existindo vagas apenas para 357.219. Em análise mundial, o Brasil se mostra como o terceiro país com maior população prisional, sendo que em questão de habitantes, o Brasil é muito menos numeroso em comparação com o Estados Unidos e China, 1º e 2º do ranking (ALVES; MIJARES, 2014, p. 9)

A ressocialização do condenado pressupõe torná-lo um novo ser apto para reintegrar na sociedade. Todavia, isso só será possível mediante políticas públicas de amparo e assistência a estes seres humanos tão estigmatizados e ao mesmo tempo, esquecidos pelo Poder Público. É preciso a garantia de tratamentos humanizados e adequados para os preparem para a nova vida (FERREIRA, 2012, p.16)

É neste cenário que nasce um método alternativo, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, entidade jurídica sem fins lucrativos, criada inicialmente no município de São José dos Campos, que tem como objetivo a recuperação do preso através de um método de valorização humana, recuperação e reintegração do condenado, bem como socorrer a vítima e proteger a sociedade. (FERREIRA, 2012, p.8)

A criação da APAC se deu como órgão auxiliar da Justiça, servindo à Vara de Execuções Penais da sua comarca como alternativa para humanizar a execução penal e o tratamento penitenciário. Hoje o modelo está implantado em mais de 130 cidades brasileiras e em países como Argentina, Equador, Estados Unidos, Peru, Escócia, Coreia do Sul e Alemanha (MINAS GERAIS, 2012).

O lema do projeto é “Matar o criminoso e Salvar o homem”, o qual defende que todo ser humano é recuperado, no entanto, desde que haja um tratamento adequado. Deste modo surge o método do qual eles aplicam, que visa o trabalho, religião, participação da comunidade, valorização humana, assistência jurídica e de saúde, dentre outros.

A metodologia é composta pelos seguintes tópicos: participação da comunidade; ajuda mútua entre recuperandos; religião; assistência jurídica; assistência à saúde; valorização humana; família; o voluntário e seu curso de formação; centro de reintegração; mérito e Jornada de Libertação com Cristo (ALVES; MIJARES, 2014, p. 14)

Por diversas pesquisas e estudos, ficou evidenciado que o modelo da APAC e sua metodologia são eficientes, devido a seu baixo índice de reincidência, em comparação aos presídios atuais, bem como, o custo dos detentos são bem menores.

De acordo com Isabela Banduk Alves e Julia Marangoni Mijares, no sistema comum de cárcere, o preso custa em média R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por mês ao governo, enquanto na APAC, esse valor é reduzido a R\$ 800,00. Em acordo com a Secretária de Defesa Social de Minas Gerais a criação da uma vaga na APAC custa cerca de R\$27 mil, enquanto no sistema tradicional esse valor oscila entre R\$ 55 e 60 mil (2014, p. 13).

Deste modo, considera-se a APAC, um sistema mais do que eficaz, uma vez que recupera mais de 80% de seus recuperandos, conforme apontado em pesquisas científicas exibidas na APAC de Itaúna, realizadas por Lucimar Ferreira. Outro fato pontuado por Ferreira de igual valor, é que, de acordo com o diretor daquele Presídio, o custo operacional no sistema APAC, fica em média, 65% mais barato do que o sistema convencional. O número de fugas e de evasão é muito menor também. (FERREIRA, 2012, p. 19).

CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto que, devido à falha ou até mesmo a inaplicabilidade atual da inclusão da Lei 7.210 de execuções penais no sistema carcerário brasileiro, surge como método alternativo e fortemente eficaz, evidenciado no teor do trabalho, bem como, em pesquisas e dados, a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados – APAC, a qual trabalha com fundamentos que recupera o detento, ressocializando-o, em conjunto com o trabalho da sociedade e com o apoio do governo, entregando novamente a comunidade um novo homem.

A APAC seria um novo meio alternativo de cumprimento de pena, a qual respeita os direitos dos apenados, provendo-lhes a dignidade que merecem, sem abandonar o intuito de punir, mas sim punindo e sempre objetivando o intuito principal, o de ressocializar, o qual atualmente é esquecido pelo Poder Público em no sistema prisional que se mostra de modo totalmente ineficaz e incorreto, podendo assim, diminuir a criminalidade e buscar de modo efetivo a paz social.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Isabela Banduk; MIJARES, Julia Marangoni. **Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC)**. 2014. 38 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Fgv, São Paulo, 2014.
- BIZZOTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito**. Goiânia: AB, 2003.
- CRETILLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. vol. I, art. 1º a 5º, LXVII. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1988.
- DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2001.
- FERREIRA, Lucimar Antunes Côrrea. **Associação de Proteção e Assistência ao Condenado-APAC: Mais do que uma possibilidade, uma necessidade**. 2012. p 16. Artigo, Timóteo, 2012.
- HACK, Erico. **Direito Constitucional, Conceitos, Fundamentos e Princípios Básicos**. Curitiba: Ibpx, 2008.
- LEAL, João José. **Penitenciarismo brasileiro, sombra sinistra da sociedade desajustada em que vivemos**. RT-706 – agosto de 1994, p.438.
- MINAS GERAIS. Assembléia Legislativa. Comissão de Direitos humanos. Diagnóstico da situação prisional de Minas Gerais. Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte: 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8ª ed. São Paulo: editora Atlas S. A., 2000.
- PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial, Tomo VII. 3ª ed, reimpressão. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971.
- RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo; LAZARI, Rafael de. Direito penal mínimo à luz do princípio da dignidade humana IN: LAZARI, Rafael de. RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. **Dignidade humana e suas vertentes**: estudos em homenagem ao Prof. Oswaldo Giacoia Junior. 1 Ed. Brasília: Coutinho, 2017.
- SANTOS, Fátima Ferreira Pinto dos. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana como Fundamento para Ressocialização do Detento**. 2008. 196 f. Tese (Mestrado) - Curso de Direito, Univem, Marília, 2008. Cap. 45.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 33ª edição, revista e atualizada – Malheiros Editoras, 2010.
- SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995

O CRITÉRIO ECONÔMICO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL APOIADO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ilton Garcia Da Costa ¹

Jonathan Cezar Fernandes Camargo ²

Marcos Paulo Merheb ³

RESUMO

Este estudo aborda o critério econômico para a concessão do benefício assistencial sob o parâmetro do princípio da dignidade da pessoa humana. Enseja o requisito de renda *per capita*, exigido para a concessão do benefício, sendo tal critério uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Para que o ser humano possa ter ao mínimo uma vida digna, é preciso que tenha condições básicas para sua subsistência. A assistência social, inserida no ordenamento constitucional, pelo artigo 203 da Constituição Federal de 1988, e regulamentada pela Lei Federal n.º 8.742/93, veio para atender exatamente aqueles que não possuem as mínimas condições de contribuir para a Previdência Social. O objetivo geral deste artigo é analisar o Benefício de Prestação Continuada, como garantia do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. A pesquisa proporcionou um conhecimento profundo sobre o tema, contribuindo ao enriquecimento profissional e social. O método adotado para elaboração foi o dedutivo, que partirá do geral e voltar-se-á para o particular. O tipo de pesquisa foi o bibliográfico, que busca arrimo a partir de referências, doutrinas e leis. Os doutrinadores utilizados na fundamentação foram Fávero, Gomes, Sposati, Miranda, Ibrahim, entre outros.

Palavras-Chave: Assistência Social; Benefício de Prestação Continuada; Critério de Aferição; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

¹Membro honorário do E-Justicia Latinoamérica (<https://ejusticialatinoamerica.wordpress.com/>). Mestre e doutor em Direito pela PUC/SP. Mestre em Administração pelo UNIBERO. Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP (2013-2015), Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB-SP (2013-2015). Líder do Grupo de Pesquisa GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da UENP. Advogado.

²Aluno do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei - FACCRI, e-mail: jocezar@hotmail.com

³ Mestrando em direito pela UENP. Professor do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei – FACCRI, advogado, e-mail: marcosmerheb@hotmail.com

INTRODUÇÃO

Este artigo trata de um estudo sobre a concessão do Benefício de Amparo Assistencial, denominado Benefício de Prestação Continuada - BPC.

Tal estudo enseja o requisito de renda per capita, exigido para a concessão do Benefício, razão pela qual levou a elaboração e pesquisa deste trabalho.

O propósito do benefício é fazer um sistema protetor, capaz de defender às necessidades, vitais e básicas, de um todo, assegurando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Compreende um conjunto de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, para assegurar os direitos relativos a saúde, a previdência e a assistência social. Trata-se de um sistema não contributivo e não depende de anterior filiação, assegura uma existência digna à parcela da população necessitada.

Destaca-se a metodologia para aferição da situação de necessidade, sendo o enquadramento do indivíduo no requisito da miserabilidade, requisito este, necessário para a concessão do benefício assistencial de prestação continuada. O preceito fere o princípio da dignidade da pessoa humana e a garantia fundamental, previstos em nossa carta magna, a Constituição Federal e a própria Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS.

A distinção entre previdência e assistência disposta na Constituição, estabelece que o deficiente ou idoso elegível ao benefício assistencial, deve apresentar condições econômicas extremamente precárias, comprovar sua incapacidade para o trabalho. Segundo a LOAS, a família incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa é aquela cuja renda mensal seja de até um quarto do salário mínimo.

O ponto central do presente estudo enfatiza sob o critério de aferição de miserabilidade para concessão do Benefício de Prestação Continuada. Seria ele inconstitucional por restringir e limitar o direito da pessoa humana?

No que diz respeito às hipóteses, ainda que não diretamente, uma das tarefas do judiciário é a identificação das condições econômicas precárias do indivíduo, apto ao BPC, confrontando o argumento da insuficiência, diante a miserabilidade exigível do critério de renda, disposto na LOAS.

1 O DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

Institui-se iniciar este estudo com algumas ponderações acerca da eficácia dos direitos sociais, tendo em vista que são direitos fundamentais eminentes em nossa legislação máxima, a Constituição Federal de 1988.

1.1 PROTEÇÃO SOCIAL

Os direitos sociais assistenciais caracterizam-se como direitos fundamentais, previsto em nossa Constituição Federal, pois pressupõe um dever do Estado em garantir prestações materiais aos destinatários da norma. O ente público, porquanto Estado Social, zela por uma melhor e mais equilibrada distribuição dos bens materiais.

O direito à assistência social apresenta-se como essencial para implementação dos propósitos do Estado Social, implicando políticas setoriais de combate da pobreza, através da garantia de um padrão social no mínimo digno. Está, pois, a serviço dos objetivos traçados pela ordem social, ou seja, do bem-estar e da paridade social.

A Proteção Social Básica nos traz um objetivo claro: prevenir situações de situações de risco e o fortalecimento de vínculos familiares e comunitários. Tem como público alvo à população que não tem condições de se manter, seja em caso de pobreza, acesso precário e/ou nulo aos serviços públicos. Essa Proteção desenvolve serviços, programas e projetos de acolhimento, convivência e socialização de famílias e também de indivíduos, dado o grau apresentado de vulnerabilidade. Esses serviços e programas também tem a missão de agrupar as pessoas com deficiência, de modo a inseri-las nas ações ofertadas. Os Benefícios, tanto previdenciários quanto de Prestação Continuada (BPC) integram a Proteção Social Básica.

A Proteção Social Básica é aplicada por diversos centros ou unidades. Dos quais, o mais conhecido são os Centros de Referência de Assistência Social (CRAS).

1.2 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Depreende que o Direito Previdenciário, como ramo autônomo do Direito, possui princípios próprios, os quais norteiam a aplicação e a interpretação das regras constitucionais e legais relativas ao sistema protetivo.

Em seu parágrafo único do artigo 194 a Constituição Federal confere ao poder público a competência de organizar a seguridade social de acordo com a lei e com os objetivos nela relacionados:

Parágrafo único - Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

O princípio da solidariedade social é um dos mais importantes, muito embora não estar expresso no texto constitucional. Este princípio impõe uma obrigação social, consiste no fato de toda a sociedade, indiretamente, contribuir para a Seguridade Social, independentemente de esta contribuição gerar ou não algum benefício.

Martinez (2001), assim aborda o tema:

No momento da contribuição é a sociedade quem contribui. No instante da percepção da prestação, é o ser humano a usufruir. Embora no ato da contribuição seja possível individualizar o contribuinte, não é possível vincular cada uma das contribuições a cada um dos percipientes, pois há um fundo anônimo de recursos e um número determinável de beneficiários. (MARTINEZ, 2001, p. 75).

O princípio da universalidade da cobertura do atendimento se dá por oferecer o máximo possível de benefícios, sem que haja nenhum tipo de discriminação entre os possíveis candidatos, busca proteger a sociedades de quais quer riscos sociais.

Marcelo Leonardo Tavares, categoricamente conceitua este princípio:

As prestações da seguridade devem abranger o máximo de situações de proteção social do trabalhador e de sua família, tanto subjetiva quanto objetivamente, respeitadas as limitações de cada área de atuação (TAVARES, 2002, p. 88).

O princípio da Uniformidade e Equivalência dos Benefícios e Serviços às Populações Urbanas e Rurais teve como o escopo central equiparar os direitos dos

trabalhadores rurais aos trabalhadores urbanos. Como explanado, ficam proibidas quaisquer distinções entre os trabalhadores urbanos e rurais.

Para Sérgio Pinto Martins (2002, p.110), o princípio da uniformidade é um desdobramento do princípio da igualdade.

O Princípio da Seletividade e Distributividade na Prestação dos Benefícios e Serviços tem por finalidade orientar a ampla distribuição de benefícios sociais ao maior número de necessitados.

O Princípio da Irredutibilidade do Valor dos Benefícios busca a manutenção do valor de compra dos benefícios financeiros concedidos pela seguridade social. Isto pode ser visto na correção anual dos valores do benefício, os quais são corrigidos pelo índice de preço.

O Princípio da Equidade na Forma de Participação no Custeio, dispõe que cada um contribuirá para a seguridade social na proporção de sua capacidade.

Quanto ao Princípio da Equidade, o mesmo já está previsto no artigo 150, II, trata-se de norma securitária abundante, onde proíbe qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos, ou seja, a igualdade fiscal.

O Princípio da Diversidade da Base de Financiamento se dá atualmente através da contribuição dos trabalhadores, das empresas e dos orçamentos dos entes estatais, e através dos impostos inseridos nos custos dos preços dos produtos consumidos, conhecido como contribuições sociais.

A dimensão social do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, manifestou-se a partir de sua inclusão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 1948, em seu artigo 1º, enunciava que, “todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 trouxe para seu texto a dignidade da pessoa humana como um dos pilares da República, no inciso III do art. 1º.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui, efetivamente, uma especificidade ligada à obrigação de garantia de recursos materiais suficientes que possibilitem ao homem o exercício de sua própria autonomia. Assim, representa um sistema de atuação positiva do Estado frente aos direitos sociais prestacionais, considerados como seguridade social.

O Benefício de Prestação Continuada, ao destinar-se a idosos e deficientes em situação de miserabilidade, pessoas cuja autonomia física, e em alguns casos mental, remanesce flagrantemente comprometida, deixa transparecer sua clara intenção dignificante de garantia de um mínimo para sobreviver.

2 BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício da Prestação Continuada, foi introduzido no ordenamento jurídico Brasileiro pelo artigo 203 da constituição Federal do Brasil de 1988 e regulamentado pela Lei 8.742/1993 Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), que foi alterada em alguns dispositivos pela Lei 12.435/11.

Quando ativo, ele é destinado a pessoas que não dispõem de recursos para sua sobrevivência, isto é, são para pessoas que estão fora do mercado formal de trabalho e impossibilitadas de participar de forma plena e efetiva na sociedade. Simões (2009) esclarece que “o valor” é “de um salário mínimo mensal, sem desconto da contribuição previdenciária e sem abono anual (13º salário) ”.

Miranda (2011), também mostra estas peculiaridades do benefício assistencial, que “não gera pagamento de abono anual. Por ser de caráter personalíssimo, o benefício não pode ser transmitido, não dando origem a pagamento de pensão, extinguindo-se com a morte do beneficiário”.

2.1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O BPC é um benefício individual, ou seja, não pode ser transferido, nem se estende a outro ente após o falecimento do beneficiário. Integra a Proteção Social Básica no âmbito do Sistema Único de Assistência Social (SUAS). É um direito de toda a sociedade, assegurado pela proteção social não contributiva da Seguridade Social.

2.1.1 Requisito Etário

A regulamentação deste benefício se deu pela Lei 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), e do Decreto 1.744/95, estabelecendo os seguintes requisitos para concessão:

- a) **Ser portador de deficiência ou ter idade mínima de 65 (sessenta e cinco) anos para o idoso não-deficiente,**
- b) Renda familiar mensal (per capita) inferior a 1/4 do salário mínimo;

- c) Não estar vinculado a nenhum regime de previdência social;
- d) Não receber benefício de espécie alguma, salvo o de assistência médica;
- e) Comprovar não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família;

Para análise do direito ao Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social (BPC-LOAS), instituída pela Lei nº 8.742/93, serão consideradas como idoso, aqueles com idade de 65 (sessenta e cinco) anos ou mais.

2.1.2 Requisito Deficiência

São considerados como portadores de deficiência (PPD), para concessão do BPC, aqueles que sejam incapacitados para a vida independente e para o trabalho, ou seja, que apresente perdas ou reduções da sua estrutura, ou função anatômica, fisiológica, psicológica ou mental, de caráter permanente, em razão de anomalias ou lesões irreversíveis de natureza hereditária, congênita ou adquirida, que geram incapacidade para viver independentemente ou para exercer atividades, dentro do padrão considerado normal ao ser humano, consoante estabelece a súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização dos JEFs.

Para ser beneficiário do BPC a incapacidade deve ser de várias vertentes, abrangendo a limitação do desempenho de atividade e restrição da participação na inclusão social, condizendo à interação entre o deficiente e seu ambiente físico e social.

Segundo Sposati (2004), tal fator ainda é mais nocivo para os doentes crônicos (AIDS, renal, câncer etc.), pois não há legislação que os ampare para receber o BPC.

Não fosse o requisito de INCAPACIDADE previsto apenas na LOAS, bastaria verificar se a deficiência encaixa-se nas definições legais já existentes [...]. Mas não. Atualmente, uma pessoa dita "apenas cega" acaba não fazendo jus ao benefício de prestação continuada porque esta deficiência, apesar de muitas vezes impedir a pessoa de trabalhar e de qualquer fonte digna de renda, não a incapacita para vida independente [...]. É realmente uma lástima que a lei ordinária, que deveria apenas disciplinar o ACESSO ao benefício, tenha praticamente inviabilizado este acesso, ou, quando não, transformado a obtenção do benefício num ATESTADO de incapacidade (FÁVERO, 2004).

A avaliação da deficiência e do grau de incapacidade será feita através de avaliação médica e social. As avaliações serão realizadas, pelo serviço social do INSS e pela perícia médica.

2.1.3 Requisito Econômico

Os patamares de miserabilidade continuaram sendo requisitos para obtenção do BPC. Um dos critérios de definição do valor para recebimento do benefício depreende da divisão do salário mínimo pelo número de pessoas da família, ou seja, pelo conjunto de pessoas que vivem sob o mesmo teto, cujo resultado da divisão não pode ultrapassar o valor $\frac{1}{4}$ que é o mesmo que 25% do salário mínimo.

O critério legal de incapacidade de a família prover a própria manutenção não é realista, restrita a, apenas, 25% do salário mínimo, valor incompatível com a realidade social, pois o valor fixado pela União contradiz o disposto no art. 76 da CLT, que exige expressamente, como seu requisito, com relação aos trabalhadores, ser esse valor capaz de satisfazer, em determinada época e região do país, as suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte (SIMÕES, 2009, p. 330).

A declaração de Simões (2009, p.330), nos atenta que o valor per capita, para requisitar o benefício está aquém da realidade consubstanciada na Constituição Federal para garantir a mínima sobrevivência. Ele ainda menciona que pedidos são indeferidos quando a renda familiar ultrapassa os 25% do salário mínimo, portanto, afirma que “se o laudo socioeconômico do Assistente Social, que é responsável por reconhecer o critério de miserabilidade, comprovando a carência, mesmo que a referida renda seja superior ao citado limite, o direito ao benefício deve ser reconhecido porque prevalece o art. 20 da LOAS”

O benefício pode ser recebido por mais de um membro da família, porém, não gera pensão. Caso o benefício seja deferido após a morte do requerente, o dependente poderá recebê-lo por até seis meses. O fato do BPC não gerar pensão nos mostra que, ao falecer um provedor que tenha este benefício, a família, cônjuge e/ou filhos ficam em situação de vulnerabilidade, pois esta renda, muitas vezes, é a principal fonte da família.

Assim, os referidos doutrinadores criticam o requisito de renda per capita para aquisição do benefício, uma vez que o benefício é individual, se tornando

familiar somente no momento da concessão, em que se toma como referência a renda familiar.

Assim acumula o Judiciário, com toda sua morosidade, como espaço para recorrer “a um direito humano e social”.

Para Santos (2004), o artigo 203 da CF não mencionou critérios de impossibilidade ao acesso, apenas destinou a Assistência Social a quem dela necessitar.

Ao exigir a comprovação para a vida independente e para o trabalho, bem como a renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo, a lei nº8.742 estabeleceu um corte que criou uma legião de excluídos sociais. E não é essa vontade constitucional. A dignidade da pessoa humana é fundamental do Estado Democrático de direito. Como reconhecer a existência digna àquele que, embora portador de deficiência tem, exemplificada, controle dos esfínteres, e por isso não pode ser atendido pela assistência social? Em tese, a pessoa com deficiência pode trabalhar, mas é uma hipocrisia afirmar que consegue colocação no mercado de trabalho num país preconceituosos e carente de postos de trabalho (SANTOS, 2004, p. 80).

Assim, da forma como foi elaborada, a lei nº 8.742 acaba por ferir a nossa Lei maior e a dignidade da pessoa humana, na medida em que coloca padrões restritivos para acesso ao benefício, como por exemplo, a incapacidade para a vida independente.

Ressalta-se que este benefício é revisto a cada dois anos, cuja finalidade é verificar se a pessoa continua na mesma condição de pobreza, ou incapacidade para o trabalho de quando o solicitou. Caso tenha superado, o BPC é retirado da pessoa.

Sendo assim, as características do BPC que se apresentam são de desmonte, focalização, seletividade e restrição para seu acesso. Além de ser idoso ou pessoa com deficiência, é preciso ser pobre e ter uma família que viva em completa miséria, cuja vitimização, neste caso é duplicada, tanto no critério da renda, quanto na incapacidade para a vida independente.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DO CRITÉRIO DE RENDA FAMILIAR DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Deste modo, a inconstitucionalidade material ocorre quando a norma vai contra os parâmetros da Constituição e/ou os aspectos do princípio da proporcionalidade. Assim dispõe Barroso (2006):

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegitimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas (BARROSO, 2006, p. 29).

A condição de constitucionalidade comumente não é observada, sendo por atos ou omissões, acarretando em uma inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, pois afronta a nossa norma mais importante, a Constituição Federal. Para possibilitar a identificação de fatores que levem a uma interpretação da LOAS, por ser uma lei eivada da mais plena inconstitucionalidade, faz necessário uma análise sistemática de alguns de seus artigos.

3.1 ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS SOBRE O CRITÉRIO DE RENDA FAMILIAR INFERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO PARA CONCESSÃO DO BPC

O Superior Tribunal de Justiça – STJ entende que a limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser atribuída como a única forma de comprovação da hipossuficiência, sendo apenas um elemento objetivo para se verificar a necessidade, não sendo afirmada a condição de miserabilidade somente quando a renda *per capita* for inferior a ¼ do salário mínimo.

Vejamos acórdão sedimentando este entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA. LOAS. ASSISTÊNCIA SOCIAL. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO ECONÔMICA POR OUTROS MEIOS LEGÍTIMOS. VIABILIDADE. PRECEDENTES. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7/STJ. INCIDÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL. RECONHECIMENTO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SOBRESTAMENTO. NÃO APLICAÇÃO.

1. Este Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento no sentido de que o critério de aferição da renda mensal previsto no § 3.º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deverá ser observado como um mínimo, não excluindo a possibilidade de o julgador, ao analisar o caso concreto, lançar mão de outros elementos probatórios que afirmem a condição de miserabilidade da parte e de sua família.

2. "A limitação do valor da renda *per capita* familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade

quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo." (RESP 1.112.557/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 20/11/2009).

3. Assentando a Corte Regional estarem demonstrados os requisitos à concessão do benefício assistencial, verificar se a renda mensal da família supera ou não um quarto de um salário-mínimo encontra óbice no Enunciado n.º 7 da Súmula da Jurisprudência deste Tribunal.

4. O reconhecimento de repercussão geral pelo colendo Supremo Tribunal Federal, com fulcro no art. 543-B do CPC, não tem o condão de sobrestar o julgamento dos recursos especiais em tramitação nesta Corte.

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1267161/PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 28/09/2011).

É notável a divergência desta Corte Superior com o do INSS, este considera que a verificação da miserabilidade do idoso ou deficiente deve-se atentar somente se a renda *per capita* familiar é cabível dentro dos parâmetros definidos na lei, sem nenhum desdobramento.

4 INTERPOSIÇÕES A LEI ORGÂNICA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

Tem por objetivo analisar e avaliar o procedimento que está sendo utilizado atualmente para tornar a referida lei eficaz diante da evolução e crescimento da população. Os posicionamentos ao critério de comprovação de renda, disposto como critério garantidor da aprovação dos Benefícios de Prestação Continuada, diante da mudança social.

4.1 REEXAMES NECESSÁRIOS SOBRE O CRITÉRIO DE RENDA PER CAPITA PARA CONCESSÃO DO BPC FRENTE A EVOLUÇÃO SOCIAL

A análise do Benefício de Prestação Continuada baseou-se em evidências obtidas a partir de fontes distintas, a saber: as compilações da cadeia normativa que a regulamenta, o levantamento, no Congresso Nacional, de todos os projetos de lei em tramitação que tenham o BPC como objeto e a análise de avaliações prévias do BPC.

A compilação da cadeia normativa regulamentando o BPC incluiu: as referências na Constituição Federal a direitos sociais, princípios normativos e organizacionais da seguridade social e da assistência social devida à população deficiente no Brasil, a legislação complementar que disciplina a assistência social, incluindo a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), toda a legislação ordinária, incluindo a revogada por leis posteriores, que, em algum momento de sua vigência,

relacionou-se direta ou indiretamente ao BPC, todos os decretos com o mesmo caráter e validade; todas as resoluções, orientações normativas e ordens de serviço do Conselho Nacional dos Direitos de Pessoa Portador de Deficiência (Conade) e do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) que, em algum momento, estabeleceram definições ou procedimentos para operacionalização do BPC.

Visto o crescimento de pessoas portadoras de deficiência e de idosos com mais de 60 anos, a quantidade de concessão de Benefícios Assistenciais de Prestação Continuada atualmente, não acompanha os índices de crescimento da população, que necessitam do amparo assistencial.

Ao longo dos últimos anos foram criadas novas leis que estabeleceram critérios mais amplos para a concessão de benefícios assistenciais, devido ao grande crescimento de pessoas que necessitam de amparo. Disto isto, temos a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; e a Lei 10.219/2001, que criou o Bolsa Escola.

4.2 ANÁLISE E DISCUSSÃO

O BPC se configura como política-chave de proteção social a idosos, pessoas deficientes e pobres incapazes para o trabalho por fazer uso de um mecanismo de reparação de desigualdades no Brasil.

Do estudo, principalmente a contribuição do notável autor Marcelo Leonardo Tavares, objetivamente conceituando que:

As prestações da seguridade devem abranger o máximo de situações de proteção social do trabalhador e de sua família, tanto subjetiva quanto objetivamente, respeitadas as limitações de cada área de atuação (TAVARES, 2002, p.88).

Durante a pesquisa, é de salientar que Segundo a Lei 8742/93, é de competência da União à manutenção do Benefício de Prestação Continuada:

- I- responder pela concessão e manutenção dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal;
- II- apoiar técnica e financeiramente os serviços, os programas e os projetos de enfrentamento da pobreza em âmbito nacional;
- III- atender, em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, às ações assistenciais de caráter de emergência.

Preocupou em investigar o objetivo do Benefício de Prestação Continuada garantido pela Assistência Social. Segundo o método dedutivo, buscou-se o estudo da nossa Lei Maior de 1988 e a Lei Orgânica da Assistência Social nº 8.742/93. Vejamos:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela **necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II - o amparo às crianças e adolescentes carentes; III - a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei (Brasil, Constituição Federal ,1988).

Já a Lei Orgânica da Assistência Social- LOAS - traz:

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que prove os **mínimos sociais**, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento **às necessidades básicas** (Vade Mecum – Ridel, 2014)

Ênfase para o estudo apresentado sobre os requisitos para concessão do BPC, sendo eles, requisito etário, deficiência e o econômico, sendo este ultimo o principal tema abordado no trabalho, pois o mesmo fere o principio da dignidade pessoa humana, onde seu patamar de miserabilidade disposto na lei da LOAS como sendo inferior ao 1/4 do salário mínimo por cada ente familiar, para que possa ser concedido o BPC.

Formou-se uma categoria de doutrinadores que consideram este critério inconstitucional, assim como Santos (2004), dispõe que o artigo 203 da CF não mencionou critérios de impossibilidade ao acesso, apenas destinou a Assistência Social a quem dela necessitar:

Ao exigir a comprovação para a vida independente e para o trabalho, bem como a renda per capita inferior a um quarto do salário mínimo, a lei nº8.742 estabeleceu um corte que criou uma legião de excluídos sociais. E não é essa vontade constitucional. A dignidade da pessoa humana é fundamental do Estado Democrático de direito. Como reconhecer a existência digna àquele que, embora portador de deficiência tem, exemplificada, controle dos esfínteres, e por isso não pode ser atendido pela assistência social? Em tese, a pessoa com deficiência pode trabalhar, mas é uma hipocrisia afirmar que consegue colocação no mercado de trabalho num país preconceituosos e carente de postos de trabalho (SANTOS, 2004, p. 80).

O BPC é um direito social previsto no artigo 203 da Constituição de 1988. Ainda que seja um benefício da assistência social, custeado pelo Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS), e a gestão seja de responsabilidade do MDS por intermédio da Secretaria Nacional de Assistência Social (SNAS), toda a implementação e procedimento do benefício está sob a responsabilidade das agências do INSS.

Foi pesquisado sobre adoções de outros critérios Analíticos de miserabilidade para a concessão do BPC, assim como entendimentos Jurisprudenciais sobre o critério de renda familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, concluindo com a necessidade de reexames necessários sobre o critério para concessão do BPC frente à evolução social.

CONCLUSÃO

No decurso do presente trabalho, foram analisadas algumas das questões polêmicas decorrentes do Benefício de Prestação Continuada. Vimos que a Assistência Social, a partir da Constituição Federal de 1988, tornou-se um dever por parte do Estado, de prestá-la a quem dela se faz necessário, independentemente de contribuição do cidadão, visando assim enfrentar a pobreza e garantir a efetividade dos direitos sociais, previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal regulamentado pela Lei nº 8.742/93, também conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Salienta-se a significativa diferença entre os benefícios oferecidos pela Assistência Social e os benefícios oferecidos pela Previdência Social, consistente na desnecessidade, com relação aos primeiros, de prévia contribuição para o INSS para o recebimento dos benefícios, bastando à comprovação de alguns critérios.

Com relação ao Benefício de Prestação Continuada, observamos que os requisitos necessários à sua concessão estão dispostos no *caput*, do art. 20, da LOAS, quais sejam: comprovar ser pessoa deficiente ou idosa, além de não possuir meios para prover a própria subsistência ou tê-la provida por sua família. Exatamente quanto à aferição destes requisitos, na prática, é que nos deparamos com algumas questões que geram polêmica, por não se enquadrarem na realidade social com que vivem as pessoas do nosso país.

O primeiro ponto polêmico neste trabalho foi à restrição considerável ao acesso ao benefício, porquanto, a aferição da renda para concessão do mesmo, automaticamente retira o direito ao acesso, isto é, o critério de comprovação da situação de miserabilidade, delimitada pela renda per capita de $\frac{1}{4}$ (um quarto) do

salário mínimo de cada ente familiar, previsto no artigo 20, parágrafo 3, da LOAS, tornando a norma ineficaz, retirando assim um direito de fundamental previsto em nossa Constituição Federal, em seu artigo 203, que assegura aos necessitados que não tenham condições de prover o próprio sustento, o recebimento do valor de um salário mínimo.

Foi realizado neste trabalho, uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre a Concessão do Benefício de Prestação Continuada trazendo a urgente necessidade de reformulação das normas da Lei Orgânica da Assistência Social, analisado à luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e de acordo com os entendimentos jurisprudenciais.

Desta forma, a ausência de critério de aferição da miserabilidade, acaba por sobrecarregar o Poder Judiciário, já que a situação de hipossuficiência vem sendo analisada no caso concreto. Vale ressaltar, que tal entendimento não se encontra pacificado pelos Tribunais Brasileiros, havendo assim muitas divergências em posições jurisprudenciais.

Por este motivo, conclui-se que somente através de ações articuladas das três esferas do governo, de forma comprometida com a justiça social, poderá formar e manter uma assistência social de qualidade e viável a todos que dela precisam.

Foi alcançado o objetivo inicialmente proposto para esse trabalho, e as hipóteses comprovadas. A pesquisa proporcionou um conhecimento profundo sobre o tema, contribuindo ao enriquecimento profissional e social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006;

BRANCO, Francisco. **Mínimos de cidadania e Inclusão social**: Contributos para análise do percurso e atualidades dos mínimos sociais em Portugal.

In: Proteção Social de Cidadania. **Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal**. / Aldaíza Sposati (org). São Paulo: Cortez, 2004. p.57 a 76;

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil;

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, FERNANDO. **Curso de Direito Penal**: Parte geral. 13 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira e Lazzari, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**, 8ª edição. Conceito Editorial. 2007.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos,
<http://www.dieese.org.br/>;

DIREITO PREVIDENCIÁRIO - Atualização legislativa e Jurisprudencial básica das edições 2013,
autor: FREDERICO AMADO, editora: juspodium;

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Os Avanços que ainda se fazem necessários em relação ao Benefício Assistencial de Prestação Continuada**. In: Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. / Aldaíza Sposati, (org.) São Paulo: Cortez, 2004. p.179 a 190;

GOMES, Ana Lígia. **O Benefício de Prestação continuada**: Uma trajetória de retrocessos e Limites- construindo possibilidade de Avanços. In: Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. / Aldaíza Sposati, (org.) São Paulo: Cortez, 2004.

IBRAHIM, Fábio Zambitte, **Direito Previdenciário**. SEGURIDADE SOCIAL. Editora: Impetus. Niterói, RJ. Edição: 11;

JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA: (Ag-Rg no REsp 1267161/PR, Relator Ministro OG Fernandes, Sexta Turma, 13/09/2011);

Lei Orgânica de Assistência Social nº 8.742 de 1993;

Lei Orgânica de Assistência, Nº 9.720 - DE 30 DE NOVEMBRO DE 1998;

LEI nº 10.689, DE 13 DE JUNHO DE 2003. PNAA – Programa Nacional de Acesso à Alimentação;

LOAS. Alterações pelas *Lei 12.435/11* e *12.470/11*;

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **A Seguridade Social na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: LTr, 1992;

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de Direito Previdenciário**, 4ª edição, São Paulo, LTR, 2001;

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010;

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. São Paulo: Atlas, 2011. 4;

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007;

SANTOS, Marisa Ferreira. **Benefício de Prestação Continuada e Proteção social no Brasil**. Limites e perspectivas. In: Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. / Aldaíza Sposati, (org.) São Paulo: Cortez, 2004.p.77 a 82;

SIMÕES, CARLOS. **Curso de Direito do Serviço Social 3ª Edição** / 2009 Editora: CORTEZ;

SPOSATI, Aldaíza. **Benefício de Prestação Continuada como mínimo Social**. In: Proteção Social de Cidadania. Inclusão de Idosos e pessoas com deficiência no Brasil, França e Portugal. / Aldaíza Sposati, (org) São Paulo: Cortez, 2004;

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 2002.

BASE DE DATOS

ASSISTENCIA SOCIAL: <http://www.assistenciasocial.al.gov.br/programas-projetos/protecao-social-basica-1>, acessado em 10 de novembro de 2016;

BIBLIOTECA JURÍDICA VIRTUAL: <http://www.cjf.gov.br>, acessado em 10 de novembro de 2016;

PLANALTO: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9533.htm, acessado em 10 de novembro de 2016;

PLANALTO: planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.689.htm, acessado em 10 de novembro de 2016.

EFICIÊNCIA E CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Igor Henrique dos Santos Luz ¹

Valter Foleto Santin ²

Ilton Garcia da Costa ³

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar o princípio constitucional da eficiência, inserto no artigo 37, *caput*, da Constituição, pela Emenda Constitucional nº. 19/1998. Situa a explicitação textual no contexto da Reforma Administrativa, a partir da adoção de um modelo gerencial de estado. Analisa seu conteúdo e indica seu desrespeito como vício da ação estatal. Trata da possibilidade de anular ou revogar atos administrativos ineficientes, e do controle judicial das políticas públicas, quando a postura estatal é omissiva ou insuficiente (se ativa). Perpassa as divergências quanto à legitimidade do Judiciário para o controle dessas políticas, já que seus agentes não são eleitos pelo voto popular, e, aborda, também, o 'suposto' óbice imposto pela separação dos poderes. Noticia a discussão, em sede de repercussão geral, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quanto à definição da carga eficaz dos comandos judiciais. E, por fim, destaca a necessidade, ou não, da coletivização da demanda e do pronunciamento jurisdicional emanado em ações típicas deste controle.

Palavras-chave: eficiência; controle judicial; políticas públicas;

INTRODUÇÃO

Em um contexto social de redemocratização, adveio a Constituição de 1988 (denominada 'Constituição Cidadã'), propondo um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se incluem os direitos sociais (classificados como de

¹ Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP/Jacarezinho.

² Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.

³ Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho). Doutor em Direito (PUC-SP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil) Líder do Grupo de pesquisa Constitucional, Educacional, Relações do Trabalho e Organizações sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: iltoncosta@uenp.edu.br.

segunda dimensão), cuja concretização exige ações prestacionais por parte do Estado, levadas a cabo através da formulação e execução de políticas e do fornecimento de serviços públicos.

Ocorre, no entanto, que o modelo burocrático de estado, previsto no texto constitucional, estando vinculado à racionalidade procedimental, acabou por impedir o satisfatório atendimento dos interesses coletivos, exigindo uma modificação, em vias de implementação, no âmbito da gestão administrativa, com o propósito de instaurar um modelo gerencial de estado, que visa conferir efetividade ao resultado das ações estatais - sujeitas, agora, ao controle social dos administrados, em desapego ao formalismo exagerado e à autorreferência.

No âmbito desta Reforma Administrativa, se houve por bem explicitar, no texto da Constituição (art. 37, *caput*), o princípio da eficiência, como premissa normativa conformadora da ação estatal, e orientativa do agente público, no exercício de suas atribuições, que resultam na prática de atos e adoção de escolhas a que se submetem os administrados (afetados em sua esfera de interesses).

Este princípio encontra-se relacionado à noção de economicidade (art. 70, *caput*, da CF)⁴, propondo a observância do trinômio 'custo/tempo/benefício', como forma de atingir o melhor resultado possível à satisfação dos interesses sociais.

A definição do que venha a ser uma atuação administrativa (in)eficiente, porém, não é tarefa fácil, encontrando sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Muito mais, ainda, quando se admite a caracterização da ineficiência como vício do ato administrativo, capaz de sujeitá-lo ao controle jurisdicional.

Este artigo propõe-se, justamente, a analisar o conteúdo do princípio constitucional da eficiência, demonstrando hipóteses de sua violação, e, a possibilidade de anulação ou revogação (sindicabilidade) das ações estatais viciadas por sua inobservância, examinando, também, divergências dogmáticas havidas em torno da legitimidade do Judiciário para o controle de políticas públicas, e, de uma suposta vulneração da tripartição dos Poderes.

⁴ De acordo com Paulo Soares Bugarin, "[o] vocábulo *economicidade* se vincula no domínio da ciência econômica e das ciências de gestão à idéia fundamental de *desempenho qualitativo*. Trata-se da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico". (*Reflexões sobre o Princípio Constitucional da Economicidade e o Papel do TCU*. Disponível em: <revista.tcu.gov.br>. Acesso em: 09 dez. 2016, p. 42)

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA – HISTÓRICO E CONTEÚDO

O princípio da eficiência é considerado o mais novo dentre os princípios constitucionais da Administração Pública positivados, havendo sido inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal (1988)⁵, com a Emenda Constitucional nº. 19 de 1998. No entanto, a noção de eficiência precedeu à sua positivação expressa, sendo existente, já, no ordenamento jurídico brasileiro, muito antes da modificação textual da Constituição.

Considerava-se-a, pois, um princípio⁶ implícito⁷ da Administração Pública.

E a evolução temporal e social de sua compreensão percorreu os modelos de estado brasileiros, desde o patrimonialista, passando pelo burocrático, até chegar ao gerencial (ou, para alguns, burocrático-gerencial).

No modelo patrimonialista de estado, fruto do Absolutismo, pouco se cogitava de uma atuação realmente eficiente da Administração Pública, pois os cargos e funções decorriam ou relacionavam-se com o *status* social de seu detentor, que, comumente, ostentava um título de nobreza ou ocupava uma posição de destaque social, estando, seus atos, quase imunes à sindicabilidade ou a outros modos de controle. Resquício desse paradigma de estado, em que imperava o nepotismo e a corrupção (muito suscetíveis aos ‘amigos do rei’), é encontrado, ainda hoje, e, segundo a doutrina, nas formas de delegação e concessão cartorárias, vitalícias, se bem que, atualmente, muito sujeitas ao controle jurisdicional e correicional.

Já, durante o modelo burocrático de estado, houve uma verdadeira revolução no modo de se pensar a Administração Pública, exurgindo, primordialmente, a separação entre o público e o privado, e uma forma racional e procedimental de se concretizar os atos administrativos. São, também, consequências deste modelo, o formalismo/procedimentalismo, a estrutura

⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência* [...]

⁶ Aqui, cabe ressaltar a lição J. J. Gomes Canotilho, no sentido de que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos”, e, de que os princípios jurídicos fundamentais são aqueles que “constituem importante fundamento de interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”, tendo uma função negativa e outra positiva, vinculando o legislador e os demais atos dos poderes públicos. (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Almedina: Portugal, 1999, p. 1.035 e 1.038-1.039).

⁷ Valter Foleto Santin ensina que “mesmo antes da introdução do princípio genérico, já havia a busca da eficiência específica na gestão orçamentária, financeira e patrimonial (art. 74, II, CF) e da eficiência do serviço de segurança pública (art. 144, § 7º, da CF). (*Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 81)

hierárquico-legal, o contencioso administrativo, e as noções de impessoalidade e seletividade por concurso público.

Em 1936, a propósito, no Brasil, Getúlio Vargas criou, então, o Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), promovendo uma cultura das súmulas e dos manuais, instituindo os concursos públicos e dando maior enfoque ao mérito profissional⁸.

Não obstante, e, sem esquecer-se o longo tempo por que perdurou dito modelo, a burocracia não se mostrou capaz de atender, satisfatoriamente, aos reclamos do interesse coletivo, sendo conhecidos de todos, seus qualificativos, como o atravancamento, a ineficiência, o formalismo desmedido e a contraproducência. Ineficiência, esta, diretamente relacionada com o procedimentalismo racionalizante, que enfocava o respeito à forma de produção e exteriorização do ato, sua competência e encadeamento, mas descuidava dos entraves que o acompanhavam, como a morosidade (que fugitava, ou a eficácia, ou, a prestabilidade do ato no tempo), a impossibilidade de convalidação (confirmação) de atos que não acarretassem prejuízos, a dificuldade de acesso às repartições públicas, entre tantos outros.

Caminhou-se, assim, em direção a um modelo gerencial de estado, que enfocasse, não, o procedimento, mas o resultado dos atos e processos administrativos, e que fosse capaz de, em tempo, responder aos anseios coletivos. Instaurou-se, pois, a descentralização administrativa, por meios das autarquias e fundações públicas, e suas formas de controle ministerial e externo (normalmente, exercido pelo Ministério Público) - respectivamente e de modo não excludente, das empresas públicas e sociedades de economia mista; a desconcentração das competências; a controladoria e a coordenadoria de projetos e resultados; e, instituíram-se, ainda, as ideias de planejamento e orçamento; como frutos da Reforma Administrativa promovida pelo Decreto-Lei nº. 200/1967⁹.

Podem ser citadas, também, como formas de implementação do modelo gerencial de Administração Pública no Brasil, a criação da Secretaria da Modernização (SEMOR), na década de 1970, e, a criação do Ministério da Desburocratização, na década de 1980, acompanhado do Programa Nacional de Desburocratização (PrND), cujos objetivos, dentre os vários tantos, eram promover a simplificação dos processos e implementar a eficiência.

⁸ REZENDE, Karina Munari. *O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (art. 37, caput, CF) e sua aplicação na Jurisprudência do STF, do STJ e do TRF da 4ª Região após a Emenda Constitucional nº. 19/98*. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/640109>. Acesso: 19 ago. 2016, p. 3)

⁹ O Decreto-Lei nº. 200/1967 é considerado o marco da Administração Pública Gerencial Brasileira.

Verifica-se, com efeito, que a noção de eficiência perpassou a evolução do Direito Administrativo Brasileiro, acompanhando os modelos de estado implementados, sem que sua positivação expressa figurasse imprescindível.

Por outro lado, os ideais neoconstitucionalistas e a revolução democrática, que culminaram na promulgação da Constituição de 1988, acabaram por trazer uma realidade paradoxal ao modelo de estado gerencial brasileiro, porquanto, ao mesmo tempo em que os direitos sociais foram valorizados e alçados à categoria de direitos fundamentais (e, portanto, o seu caráter prestacional ganhou pujança irrefratável), o foco no processo e a retirada da flexibilização da Administração Indireta acabaram por engessar¹⁰, de certo modo, a máquina pública.

A redemocratização, já, em seu início, passou a exigir a formulação de políticas efetivas e a prestação intensa de serviços públicos (como saúde, educação, segurança pública e outros), que passaram a custar cada vez mais caro ao Estado, tão preso, ainda, à segurança do procedimento, e desfocado dos resultados, que acabava por aplicar mal, a receita pública, desatendendo aos reclamos da sociedade contribuinte.

Instaurou-se uma verdadeira ‘crise de estado’, que acabou por exigir uma nova Reforma Administrativa de todo o aparelhamento, visando restabelecer a governança.

Foi neste contexto, mais especificamente, a partir de 1994, que houve a estabilização da moeda, mediante a instituição do Plano Monetário Real, que iniciaram-se as privatizações (incluídas, aqui, as concessões e permissões públicas), que os ‘rumos da economia foram retomados’, e, que passou a vigor um modo de pensar a implementação de políticas a partir da redução dos gastos públicos, com um maior aproveitamento das receitas tributárias, e um melhor resultado nos serviços prestados (tudo, sob um aspecto utilitarista e estratégico). O lema era a “redução de custos”, e, o mote, a “eficiência”, que, mediante a proposta de Emenda Constitucional, ganhou explicitação textual.

Logo, a *quaestio iuris* radica em saber o que vem a ser o conteúdo do princípio constitucional da eficiência, então, positivado.

¹⁰ Karina Munari Rezende afirma que “Conforme referido e exemplificado no PDRAE, o engessamento adviria da perda da autonomia do Poder Executivo para tratar da estruturação dos órgãos públicos, obrigatoriedade de regime jurídico único para os servidores civis da União, dos Estados e dos Municípios, retirada da flexibilização operacional da Administração Pública indireta”. (*O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa* (art. 37, caput, CF) e sua aplicação na Jurisprudência do STF, do STJ e do TRF da 4ª Região após a Emenda Constitucional nº. 19/98. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/640109>. Acesso: 19 ago. 2016, p. 7)

Hely Lopes Meirelles¹¹, em suas lições, aborda a norma principiológica sob duas perspectivas, a saber, uma como fonte interpretativa (capaz de orientar o agente público) e outra como dever. Cite-se:

O *princípio da eficiência* exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

[...]

O *dever de eficiência*, ora erigido à categoria de princípio norteador da atividade administrativa, com a redação dada ao *caput* do art. 37 da CF pela EC 19, como bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao “dever de boa administração” da doutrina italiana, o que já se achava consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, ao submeter toda a atividade do Executivo ao *controle de resultado* (arts. 13 e 25, V), fortalecer o *sistema de mérito* (art. 25, VIII), sujeitar a Administração indireta a *supervisão ministerial* quanto à *eficiência administrativa* (art. 26, III) e recomendar a *demissão* ou *dispensa* do servidor comprovadamente *ineficiente* ou *desidioso* (art. 100).

[...]

A eficiência funcional é, pois, considerada em sentido amplo, abrangendo não só a produtividade do exercente do cargo ou da função como a perfeição do trabalho e sua adequação técnica aos fins visados pela Administração, para o quê se avaliam os resultados, confrontam-se os desempenhos e se aperfeiçoa o pessoal através de seleção e treinamento. (destaques no original)

José Afonso da Silva, por sua vez, conceitua o princípio de forma distinta, atribuindo-lhe um caráter quase que puramente econômico. Leia-se:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, *eficiência* significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o *princípio da eficiência*, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC-19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados.

[...] Logo, o *princípio da eficiência administrativa* consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade com razoável rapidez, consoante previsão do inciso LXVIII do art. 5º (EC-45/2004) e em condições econômicas de igualdade dos consumidores. O

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98 e 108.

princípio inverte as regras de competência, pois o bom desempenho das atribuições de cada órgão ou entidade pública é fator de eficiência em cada área da função governamental. (destaques no original)

A doutrina leciona, e, tudo indica que a eficiência se afigura, de fato, um valor genérico, capaz de conformar toda a atividade administrativa, espraiando-se por todos os seus sub-ramos. Valor, este, orientado pela concepção de economocidade, que respeita o trinômio “custo/tempo/benefício”, e, que sujeita o agente público à *accountability*¹², para impor-lhe um dever de conduta, tornando-o passível de responsabilização.

O comando da eficiência encontra, igualmente, reflexo normativo na legislação ordinária, como, de fato, já encontrava, antes mesmo de sua explicitação no texto constitucional, podendo indicar-se, dentre algumas, a Lei nº. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), e seus arts. 6º, X¹³, e, 22, *caput*¹⁴, a Lei nº. 8.987/1995 (Concessões e Permissões de Serviços Públicos), e seu art. 6º, § 1º¹⁵, e a Lei nº. 9.784/1999 (Processo Administrativo Federal), e seu art. 2º, *caput*¹⁶.

E, do cotejo normativo, verifica-se uma certa confusão entre eficiência e eficácia (a exemplo do art. 6º, X, do CDC), para quando não com a própria noção de efetividade. A doutrina está atenta a isso, tanto que Valter Foletto Santin¹⁷ afirma que

¹² Segundo Fernando Gonçalves Marques “A palavra que melhor o (termo) traduz é responsabilização. *Accountability* é a expressão utilizada para tratar da obrigação e capacidade de uma pessoa ou instituição de prestar contas a outra pessoa ou instituição. [...] É importante ressaltar que o aludido termo não diz respeito apenas às explicações ou justificativas apresentadas para sustentar as escolhas políticas. O termo *accountability* implica que as ações dos representantes sejam passíveis de recompensa ou punição por parte dos representados. Essa premissa é uma das principais diferenças entre *accountability* e a simples prestação de contas. Uma definição muito difundida afirma que uma pessoa A é *accountable* para uma pessoa B sob duas condições: primeiro, A tem de agir em nome de B; segundo, B deve possuir meios para recompensar ou punir A [...]”. (Accountability. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. *Dicionário de Políticas Públicas*. 2. Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015, p. 45)

¹³ Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

¹⁴ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, *eficientes*, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. [...]

¹⁵ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, *eficiência*, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

¹⁶ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e *eficiência*.

¹⁷ SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 85.

“[p]ara a compreensão da eficiência é necessária a análise simultânea e conjunta de eficácia”.

Uadi Lammêgo Bulos¹⁸, por exemplo, esclarece que:

Não devemos confundir eficiência com eficácia:

- *princípio da eficiência* - visa resolver problemas, pelo cumprimento de deveres, voltados a reduzir custos; e
- *princípio da eficácia* - busca a produção de alternativas racionais e criativas, para obter lucros e resultados positivos. Ambos, contudo, são instrumentos de gerenciamento de crises e podem servir para implantar governos empreendedores, que geram receitas e diminuem despesas. (destaques no original)

Mas o entendimento não é unânime, havendo quem não faça distinção alguma entre os conceitos, até porque, de uma maneira ou de outra, qualquer deles relaciona-se, teleologicamente, com a ideia de resultado (satisfatório).

Valter Foletto Santin¹⁹, no entanto, debruçando-se sobre as diferenças conceituais, ensina que:

Das várias diferenciações, em que cada autor enfatiza um aspecto, poderiam ser distinguidas as seguintes características e diferenciações de eficiência e eficácia, sob os ângulos da dinâmica, objetividade, resultado, alternatividade, desempenho, utilidade, processual:

Dinâmica: eficiência (ação); eficácia (efeito).

Objetividade: eficiência (pessoas); eficácia (ato).

Resultado: eficiência (custo mínimo); eficácia (intensidade de alcance do resultado).

Alternatividade: eficiência (redução de custos); eficácia (alternativas para o lucro/resultado positivo).

Desempenho interno e externo: eficiência (interno, com métodos, tarefas e normas, para um processamento ou execução mais rápida, com menos esforço e menor custo; processos e instrumentos); eficácia (externo, relações externas da organização com o ambiente, objetivos, programas e metas).

Utilidade: eficiência (racionalidade no uso dos meios para evitar o desperdício e satisfatoriedade do resultado, útil); eficácia (aptidão para produzir resultados).

Processual: eficiência (relação entre os meios e os fins, entre insumos e resultados, resultados político-administrativos); eficácia (resultados jurídicos).

E conclui que:

¹⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.021.

¹⁹ SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 89.

[...] é evidente que o conceito de eficiência para efeitos da Administração Pública, do direito constitucional e do direito administrativo deve constituir uma noção mais ampla do que eficácia e efetividade, especialmente por sua roupagem de princípio constitucional e exigência de maior amplitude de conceituação e composição de outros institutos correlatos²⁰.

Verifica-se, portanto, que a eficiência consubstancia, no modelo gerencial de estado (em cujo contexto se busca a efetivação do caráter prestacional dos direitos sociais), um valor genérico e abstrato, de índole normativa (por isso que erigido à categoria de princípio constitucional), que não apenas orienta (interpretativamente) a conduta do agente público, dispensando qualquer integração por lei ordinária (eis que norma de eficácia plena), mas a condiciona e vincula à prática de atos e à adoção de escolhas com melhor relação “custo/tempo/benefício”, sujeitando-o à *accountability* (horizontal ou vertical), e que atrela-se, finalisticamente, ao resultado da ação administrativa, que deve ser o bem comum, importando defini-la, assim, como uma ação que seja, ao mesmo tempo, eficaz e efetiva.

2 A (IN) EFICIÊNCIA DO ESTADO E O CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Estabelecido, o conteúdo do princípio constitucional da eficiência, comece-se a questionar, então, a respeito de quando uma ação administrativa é considerada ineficiente e de quais seriam as sanções, daí, decorrentes.

Bastaria, ao agente público, praticar o ato ou adotar a escolha financeiramente mais econômica para a Administração? A racionalização dos gastos e custos respaldaria a atuação administrativa, afastando qualquer margem de discricionariedade por parte do agente público, consubstanciando-se, assim, em parâmetro técnico e objetivo capaz de balizar (e validar) o próprio ato administrativo em si?

Ao que a realidade indica, não se pode cogitar de uma atuação estatal que objetive, simplesmente, o resultado com o menor custo possível. É preciso que o agente público exerça um juízo de ponderação, para conciliar o trinômio “custo/tempo/benefício”, e que, ao fazê-lo, considere, outrossim, os projetos de vida e as condições sociais e humanitárias dos administrados. Exemplo clássico de uma distorção (de um desvio de finalidade) possível é o das “escolas de lata” paulistanas, criadas na gestão do então Prefeito Municipal Celso Pita, que, para atender à demanda educacional do município, construiu escolas com paredes e tetos de metal,

²⁰ SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 89.

barateando os custos públicos, mas submetendo os alunos a uma calefação insuportável e a uma sensação de apertamento que prejudicava sua aprendizagem, e, por óbvio, causava severos danos a sua formação plena (violando, tal qual a inexistência de escolas, senão por outra maneira, o direito social fundamental à educação – art. 6º, da CF), o que motivou a atuação do Ministério Público, mediante ações civis públicas, até que os ‘prédios’ escolares fossem extintos.

Pode-se afirmar, deste modo, que, se, muito embora o princípio constitucional da eficiência não se sobrepõe aos demais princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), tampouco, a eles, se submete, estando em uma posição jurídica de idêntica hierarquia e validade, de forma que todos os princípios coexistem no ordenamento constitucional²¹. Deduz-se, daí, pois, que o equilíbrio entre as forças normativas dos princípios afasta qualquer interpretação que privilegie o aspecto puramente econômico do Direito sobre a garantia dos direitos fundamentais.

Cabe ressaltar, a propósito, a lição de Valter Foleto Santin²² sobre o tema:

O princípio da eficiência não pode ser traduzido como o predomínio da economia sobre o direito, porque a predominância sempre é do direito no nosso sistema de Estado Democrático de Direito (art. 1.º, CF) [...] Não há colisão entre a eficiência, legalidade e demais princípios da Administração Pública. (grifos nossos)

Assim, por ação administrativa eficiente, não se deve tomar a que se apresente como a financeiramente mais econômica (barateada), e justificável mediante a apresentação de meros orçamentos e cotações prévias, porém, em desarmonia com os interesses últimos dos administrados e desvinculada da totipotencialidade da máquina pública, mas sim, aquela que atenda, satisfatoriamente (embora não integralmente ou subjetivamente), e, em condições de paridade, aos interesses coletivos, sempre, com observância de uma mentalidade evolucionista e progressista de estado, que considere, de mais a mais, aquele que sofre os efeitos da ação (ou seja, o administrado).

Não se trata, pois, de fazer mais por menos, e sim, de fazer o melhor pelo menor custo possível ou exigível.

Caracterizando-se a ineficiência da ação estatal, quer por uma omissão inconstitucional (em que nada é prestado, ante um estado de inércia) ou por uma

²¹ Neste sentido, também, o entendimento de BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.021-1.022.

²² SANTIN, Valter Foleto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 82.

atuação insuficiente (em que a prestação é inadequada, ilegítima ou desobediente de sua finalidade), far-se-á possível o exercício de seu controle, que pode ser administrativo (no exercício da autotutela) ou judicial.

Embora o Brasil adote o modelo da *jurisdição única* para a sindicabilidade dos atos administrativos (de competência do Poder Judiciário), baseado no sistema inglês, as Súmulas nº. 473 e 346 do Supremo Tribunal Federal asseguram, à própria Administração Pública, a possibilidade de revisar ou anular seus atos, quando eivados de ilegalidade, ou, quando julgar conveniente e oportuno, desde que preservados os direitos adquiridos dos administrados, sem, porém, afastar a possibilidade de ulterior apreciação judicial. Frise-se, no entanto, que não se adota, aqui, o sistema francês de controle dos atos administrativos, calcado no Conselho de Estado (e sua figura de administrador-juiz), tampouco, um sistema misto, pois não se reconhece à Administração, o exercício de funções materialmente judiciais (*res judicata*), ante à separação de Poderes constitucionalmente delimitada.

A sindicância dos atos administrativos tem duplo efeito, no ordenamento jurídico pátrio, admitindo tanto a anulação (nulificação) quanto a revogação (revisão) dos mesmos, conforme seja necessário extirpá-los, e, a seus efeitos, ou, modificá-los, aqui, em seus efeitos e conteúdo²³.

Portanto, impende saber, no exercício do mencionado controle, se, e, em que medida a inobservância do princípio da eficiência vicia a ação administrativa, bem como, se é causa de anulação ou revogação do ato emanado do Estado.

O escólio de Valter Foletto Santin²⁴ deixa claro que “A verificação da eficiência estaria ligada ao defeito da ação administrativa. Seria um “novo defeito”, tipo de *defeito por ineficiência*, por falta de alcance de um grau adequado de eficiência [...]”.

²³ Sobre o tema, Valter Foletto Santin ensina que: “O desfazimento do ato administrativo em geral é classificado como de duas espécies: anulação e revogação. A anulação é considerada em relação à legalidade, para a eliminação dos efeitos do ato; a revogação é uma forma de reavaliação do ato administrativo, por questão de mérito e melhor interesse da administração. A nulificação do ato pode ser por defeito de competência (usurpação de competência, abuso de competência ou invasão de competência), defeito de finalidade (desvio de finalidade), defeito de forma (vício formal de exteriorização do ato), defeito de motivo (vinculação ou não aos fundamentos e as circunstâncias da ação), defeito de objeto (possível e lícito). Por outro lado, a revogação pressupõe a regularidade legal e formal do ato administrativo, mas representa uma opção administrativa na reavaliação do mérito e do interesse público na preservação do ato administrativo, desde que não afronte aos direitos adquiridos dos administrados”. (*Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 132-133)

²⁴ SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 135.

Já, Uadi Lammêgo Bulos, vai mais além, para enxergar, na ineficiência, uma causa de inconstitucionalidade, o que, por óbvio, implica reconhecer, também, seu caráter viciante da licitude ordinária, capaz de ensejar a sindicabilidade judicial. Colha-se:

Como norma constitucional, o princípio da eficiência desempenha força vinculante sobre toda a legislação ordinária. Por isso, serve de substrato para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo contrário à plenitude de seus efeitos.

A diretriz da eficiência abre a possibilidade de o Ministério Público zelar pelo cumprimento dos serviços públicos indispensáveis à população (CF, art. 129, II).

Permite, ainda, que o Poder Judiciário encontre um substrato a mais para garantir direitos fundamentais dos administrados (CF, art. 5º, XXXV)²⁵ [grifos nossos].

Mas, se o vício de ineficiência, no que pertine à prestação de serviços públicos (realizados mediante atos estatais), não comporta, segundo se extrai da doutrina e da jurisprudência²⁶, qualquer ressalva, a sua admissão, enquanto elemento integrante da causa de pedir, ante uma omissão ou atuação insuficiente do Estado na formulação e consecução de políticas públicas, é matéria tormentosa, que não goza de uniformidade de entendimentos (nem doutrinários, tampouco, jurisprudenciais).

Isto porque vivem-se, nesta era, as experiências do neoconstitucionalismo e os refugos da crise do positivismo, adotando-se, ao menos, no Brasil de 1988 em diante, uma postura obstinada à retomada dos valores. Como decorrência deste moles, exsurtem o ativismo judicial e a judicialização da política.

E, segundo ZENILDO BODNAR e PAULO MÁRCIO CRUZ²⁷:

A doutrina mais atual recomenda que os juízes atuem como *agentes de mudanças sociais*, na qualidade de corresponsáveis pela atividade providencial do Estado, impondo-se, ao Poder Judiciário, o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas.

²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1.022.

²⁶ Por todos: STJ, RMS 7.730/96/RS, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJe: 27.10.1997, e, STJ, MS 7765/DF, Rel. Min. Paulo Medina, 1ª Seção, DJe: 14.10.2002.

²⁷ BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A Atuação do Poder Judiciário na Implementação das Políticas Públicas Ambientais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SAVARIS, José Antonio. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano*. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 487.

O Judiciário, a seu turno, parece acolher esta orientação, havendo, já, o Ministro CELSO DE MELLO, na ADPF nº. 45, afirmado ser possível o controle das políticas públicas nacionais, porque:

A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno) [grifos nossos]

A questão controvertida, contudo, reside na fixação ou no reconhecimento da legitimidade do Poder Judiciário para o exercício desse controle de políticas públicas, cuja formulação e implementação são, constitucionalmente, atribuídas aos Poderes Executivo e Legislativo (cuos agentes políticos são eleitos pelo sufrágio universal, através do voto popular), dentro do espectro da Separação de Poderes vigente no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Não sendo funções típicas do Judiciário, a criação e a execução de políticas, ao fazê-lo, não estaria, ele próprio, usurpando competências constitucionais repartidas aos demais Poderes (Funções) do Estado, e, em razão disso, viciando os seus próprios atos (judiciais)? E mais: os integrantes do Judiciário, como agentes não eleitos pelo povo, poderiam representá-los no exercício da atividade política, ainda que deficiente?

De acordo com João Paulo Ângelo Vasconcelos, “[n]ão sendo atribuição ou função do Poder Judiciário deliberar sobre políticas públicas e implementá-las, posto da competência dos Poderes Legislativo e Executivo, agiria desprovido de legitimidade democrática”²⁸.

Todavia, há quem oponha contrapontos a este entendimento. Neste sentido, por exemplo, Alexandre Alberto Trannin²⁹. Leia-se:

²⁸ VASCONCELOS, João Paulo Ângelo. *Judicialização das Políticas Públicas e Democracia: Crítica e Consenso*, 2014. Dissertação de Mestrado. *Universidade Estadual do Norte do Paraná – CCSA. Jacarezinho, Paraná. Brasil.*

²⁹ TRANNIN, Alexandre Alberto. *Judicialização da Política Pública: A Fronteira entre Direito e Política na Efetivação do Direito à Educação*, 2014. Dissertação de Mestrado. *Universidade Estadual do Norte do Paraná – CCSA. Jacarezinho, Paraná. Brasil.*

[...] não há que se falar em ilegitimidade democrática do Poder Judiciário, uma vez que a sua atuação intervencionista na política é a garantia de que a vontade da minoria, expressa nos direitos fundamentais, também será considerada. Aliás, a expansão do Judiciário garante a legitimidade democrática, porque o juiz, ao interpretar a Constituição, não se preocupa com questões eleitorais, “o direito é a sua primeira preocupação”, ao contrário dos membros do Executivo e Legislativo, eleitos pelo voto representativo, que decidem sempre a favor da maioria. (GRIMM, 2006, p. 11)

A resposta mais adequada à controvérsia, contudo, se bem observado o modelo de legitimação dos atos judiciais, parece ser dada por Valter Foletto Santin³⁰, ao destacar que:

A legitimidade dos agentes públicos decorre da eleição direta pelo povo ou por força do sistema produzido pela Constituição Federal, sem diferença de grau entre os agentes políticos eleitos, com mandato popular, e os concursados. O acesso ao cargo por um concurso de provas e títulos concede ao agente político não eleito pelo povo um poder institucional, como um *mandato institucional*, originário da própria Constituição Federal, como legitimação semelhante ao mandatário eleito pelo povo.

Factível, pois, e, ao que tudo indica, a conclusão de que, embora respeitável a posição contrária à legitimidade do Poder Judiciário para o exercício do controle de políticas públicas, nas hipóteses de omissão inconstitucional ou atuação insuficiente da Administração Pública, referido posicionamento não se sustenta, diante da exigência constitucional do concurso público de provas ou de provas e títulos, para assunção a cargos de Poder, como o Judiciário. A legitimidade adviria da própria norma constitucional, que, para estas hipóteses, dispensa o exercício do sufrágio.

Já, no que concerne à suposta vulneração da tripartição de Poderes³¹, o poder-dever de exercitar o controle de constitucionalidade (art. 102, *caput* e inc. I, “a”, e, III, “b”, da CF), atribuído, pela própria Constituição, ao Judiciário (que, como se viu, é admitido por Uadi Lammêgo Bulos na hipótese de ação administrativa ineficiente), afigurar-se-ia suficiente ao rechaço de qualquer entendimento sob esta orientação. São elucidativas, a respeito, as asserções de Rui Barbosa³²:

³⁰ SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 139.

³¹ Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

³² *Apud* TRANNIN, Alexandre Alberto. *Judicialização da Política Pública: A Fronteira entre Direito e Política na Efetivação do Direito à Educação*, 2014. Dissertação de Mestrado. *Universidade Estadual do Norte do Paraná* – CCSA. Jacarezinho, Paraná. Brasil.

Formulando para nossa pátria o pacto de regionalização nacional, sabíamos que os povos não amam as suas Constituições senão pela segurança das liberdades que elas lhes prometam; mas que as Constituições, entregues como ficam, ao arbítrio do Parlamento e à ambição dos governos, bem frágil anteparo oferecem a essas liberdades, e acabam quase sempre, e quase sempre se desmoralizam pelas invasões graduais ou violentas do poder que representa a legislação e do poder que representa a força. Nós, os fundadores da Constituição não queriam que a liberdade individual pudesse ser diminuída pela força, nem mesmo pela lei. E por isto, fizemos deste tribunal (o Supremo Tribunal Federal) o sacrário da Constituição, demos-lhe a guarda da sua hermenêutica, pusemo-lo como um veto permanente aos sofismas opressores das razões de Estado resumiu-lhe a função específica nesta ideia. (grifos nossos)

O próprio Supremo Tribunal Federal, enquanto Corte Constitucional, e, baseado em precedentes, “firmou entendimento no sentido de que não ofende o princípio da separação de poderes a determinação, pelo Judiciário, em situações excepcionais, de realização de políticas públicas indispensáveis para a garantia de relevantes direitos constitucionais” (RE 634.643 AgR., Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 13.08.2012).

E, atualmente, pende de julgamento, sob o tema da repercussão geral nº. 698³³, a exata definição da carga de eficácia dos pronunciamentos jurisdicionais, objetivando-se esclarecer se, na oportunidade de exercer o controle judicial de políticas públicas, os julgadores poderão, tão somente, emanar comandos declaratórios, ou, se poderão determinar cominações (impondo obrigações de fazer, positivas e/ou negativas, aos demais Poderes de Estado).

Por derradeiro, faz-se mister divisar o posicionamento doutrinário respeitante à coletivização do controle jurisdicional (passível de suscitação, agora, pelo próprio magistrado, nos termos do art. 139, X, do novo CPC), por meio do qual, da análise de um caso concreto individual, extrai-se a atribuição de efeitos coletivos ou *erga omnes*, em um autêntica extensão dos efeitos subjetivos da coisa julgada a terceiros.

Enxergando um fator de *discrímen* na ação judicial individual, capaz de violar a isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), por implicar na seleção e alocação de recursos públicos em favor de um único jurisdicionado, que acaba, não apenas,

³³ Sendo ementa do caso mestre: ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS ESPECIFICAMENTE QUANTO À SUFICIÊNCIA DE PROFISSIONAIS NA ÁREA DE SAÚDE. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 2º E 196 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Repercussão geral reconhecida do tema relativo aos **limites da competência do Poder Judiciário para determinar obrigações de fazer ao Estado, consistentes em concursos públicos, contratação de servidores e execução de obras que atendam o direito social da saúde, ao qual a Constituição da República garante especial proteção**. (STF, RE 684.612, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, DJe 06.02.2014 – grifos nossos)

beneficiando-se, mas preferindo ou adiantando-se aos demais na fruição da política em execução (por ordem judicial), João Paulo Ângelo Vasconcelos³⁴ indica, como inafastável, o caráter coletivo da demanda e da jurisdição. Leia-se:

Demandas individuais sobre direitos sociais, como visto, levam a uma forma de “preferência”. Alguns recorrem ao Judiciário, que, acolhendo a pretensão (alocação de recursos), nega (indireta ou reflexamente) o mesmo direito a outros tantos, ou inviabiliza o acesso a outros benefícios (desalocação de recursos).

Segundo a doutrina, no sistema processual brasileiro, em que os direitos sociais podem ser assegurados judicialmente por ações individuais ou coletivas, o Judiciário tem-se revelado “muito mais generoso nas ações individuais do que nas coletivas, o que gera uma grave distorção, em prejuízo da tutela dos direitos dos mais necessitados e da racionalidade do sistema”.

Sugere-se, pois, a possibilidade de coletivização da ação individual ajuizada [...]

Entretanto, tem prevalecido a postura que reafirma a individualização necessária ou histórica do exercício do controle jurisdicional, em razão, inclusive, da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF), como mencionado por Jorge André de Carvalho Mendonça³⁵:

Na verdade, por mais que deva ser priorizada, a utilização da ação coletiva não pode impedir o acesso individual ao Judiciário. Chega a causar surpresa o fato de alguém buscar refutar a titularidade individual dos direitos sociais, ainda que movido por boas intenções. É manifestamente equivocada a estratégia de impedir ou limitar a assim chamada judicialização das políticas públicas e dos direitos sociais, restringindo o controle e intervenção judicial a demandas coletivas (SARLET, 2011, p. 130). Na verdade, qualquer análise histórica dos direitos fundamentais demonstra facilmente que são justamente os indivíduos os seus principais titulares.

A temática da juspolitização é repleta de controvérsias, exatamente, por reconhecer, ao Judiciário Brasileiro - cujo papel inerte e imparcial deveria afastá-lo do exercício das competências designadas às demais Funções de Estado, o poder de formular e executar, ou melhor, de ordenar que sejam formuladas e executadas, políticas públicas. Esta postura ativa tem sido admitida, não sem oposição (a par das cláusulas de governabilidade), com fundamento na necessidade de cumprir e fazer

³⁴ VASCONCELOS, João Paulo Ângelo. Judicialização das Políticas Públicas e Democracia: Crítica e Consenso, 2014. Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual do Norte do Paraná – CCSA. Jacarezinho, Paraná. Brasil.

³⁵ MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. A Judicialização da Saúde. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SAVARIS, José Antonio. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano*. Curitiba: Alteridade, 2012, p. 261.

cumprir as normas constitucionais atributivas e assecuratórias de direitos fundamentais, em especial, as de caráter social (segunda dimensão), sob uma concepção de retomada de valores, hábil a conferir-lhes uma abertura interpretativa, que conduz, igualmente, a uma flexibilização em sua concreção (como sugerem, a propósito, o método hermenêutico-concretizador, e os princípios hermenêuticos do efeito integrador e da força normativa da Constituição).

CONCLUSÃO

O princípio moderno da eficiência consubstancia-se, no modelo gerencial de estado (em cujo contexto se busca a efetivação do caráter prestacional dos direitos sociais), em um valor genérico e abstrato, de cunho normativo, que não apenas orienta (interpretativamente) a conduta do agente público, dispensando qualquer integração por lei ordinária (já que é norma de eficácia plena), mas a condiciona e vincula à prática de atos e à adoção de escolhas com melhor relação “custo/tempo/benefício”, sujeitando-o à *accountability* (horizontal ou vertical), e que atrela-se, finalisticamente, ao resultado da ação administrativa, que deve ser o bem comum, importando defini-la, assim, como uma ação que seja, ao mesmo tempo, eficaz e efetiva.

Percebe-se que se o princípio constitucional da eficiência não se sobrepõe aos demais princípios da administração pública (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade), tampouco, a eles, se submete, estando em uma posição jurídica de idêntica hierarquia e validade. Todos os princípios, aliás, coexistem no ordenamento constitucional, de forma que o equilíbrio entre suas forças normativas afasta qualquer interpretação que privilegie o aspecto puramente econômico do Direito sobre a garantia dos direitos fundamentais.

Não se deve reputar ação administrativa eficiente, aquela que se apresenta como a financeiramente mais econômica (barateada), e justificável mediante a apresentação de orçamentos e cotações prévias, mas esteja em desarmonia com os interesses últimos dos administrados e desvinculada da totipotencialidade da máquina pública.

Ação eficiente é aquela que atende, satisfatoriamente (embora não integralmente ou subjetivamente), e, em condições de paridade, aos interesses coletivos, sempre, com observância de uma mentalidade evolucionista e progressista de estado, que considere, de mais a mais, aquele que sofre os efeitos da ação (ou seja, o administrado).

Resultando caracterizada, a ineficiência da ação estatal, quer por uma omissão inconstitucional (em que nada é prestado, ante um estado de inércia) ou por uma atuação insuficiente (em que a prestação é inadequada, ilegítima ou

desobediente de sua finalidade), faz-se possível o exercício de seu controle, que pode ser administrativo (no exercício da autotutela) ou judicial, e, que poderá importar um duplo efeito no ordenamento jurídico pátrio, a saber, a anulação (nulificação) ou a revogação (revisão) dos mesmos, conforme seja necessário extirpá-los, e, a seus efeitos, ou, somente modificá-los, aqui, em seus efeitos e conteúdo.

Quanto à legitimidade do Poder Judiciário para o exercício desse controle, e, à indagação a respeito do não enquadramento, em suas funções típicas, da criação e da execução de políticas públicas, e, ainda, sobre se, ao fazê-lo, não estaria, ele próprio, usurpando competências constitucionais repartidas aos demais Poderes (Funções) do Estado, tem-se que sua legitimação advém da própria norma constitucional garantidora do concurso público de provas ou de provas e títulos, para assunção a cargos de Poder, como o Judiciário, fato que dispensa o exercício do sufrágio.

No que concerne à suposta vulneração da tripartição de Poderes, verificou-se que o poder-dever de exercitar o controle de constitucionalidade, atribuído, pela própria Constituição, ao Judiciário, afigura-se suficiente para rechaçar qualquer entendimento em sentido contrário. Confira-se, a propósito, o RE 634.643 AgR., Relator Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe: 13.08.2012.

Por fim, destacou-se a prevalência da postura que reafirma a individualização necessária ou histórica do exercício do controle jurisdicional, em razão, inclusive, da garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXX, da CF), mas há respeitável oposição, que enxerga um fator de *discrimen* na ação judicial individual, capaz de violar a isonomia (art. 5º, *caput*, da CF), por implicar na seleção e alocação de recursos públicos em favor de um único jurisdicionado, que acaba, não apenas, beneficiando-se, mas preferindo ou adiantando-se aos demais na fruição da política em execução (por ordem judicial).

REFERÊNCIAS

BODNAR, Zenildo; CRUZ, Paulo Márcio. A Atuação do Poder Judiciário na Implementação das Políticas Públicas Ambientais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SAVARIS, José Antonio. **Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano**. Curitiba: Alteridade, 2012.

BUGARIN, Paulo Soares. **Reflexões sobre o Princípio Constitucional da Economicidade e o Papel do TCU**. Disponível em: <revista.tcu.gov.br>. Acesso em: 09 dez. 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3. ed. Almedina: Portugal, 1999.

FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais para concursos**. Salvador: Juspodivm, 2014.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos Fundamentais Sociais e o Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**, 2009. Dissertação de Mestrado. **Universidade Estadual do Norte do Paraná – CCSA**. Jacarezinho, Paraná. Brasil.

MARQUES, Fernando Gonçalves. Accountability. In: DI GIOVANNI, Geraldo; NOGUEIRA, Marco Aurélio. **Dicionário de Políticas Públicas**. 2. Ed. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDONÇA, Jorge André de Carvalho. **A Judicialização da Saúde**. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; SAVARIS, José Antonio. *Direitos Fundamentais da Pessoa Humana: Um Diálogo Latino-Americano*. Curitiba: Alteridade, 2012.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O controle de políticas públicas: um desafio à jurisdição constitucional**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.19, ago. 2007. Disponível em: <www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao019/Edilson_Junior.htm>. Acesso em: 19 ago. 2016.

PAES, Alberto de Moraes Papaléo; RODRIGUES, Aline Cardoso. **O Princípio da Eficiência Administrativa e a Responsabilidade Política do Servidor Público**. Revista ARGUMENTA - UENP/JACAREZINHO, n. 17, p. 11 – 38, 2012. Disponível em: <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/23>. Acesso em: 19 ago. 2016.

REZENDE, Karina Munari. O Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa (art. 37, caput, CF) e sua aplicação na Jurisprudência do STF, do STJ e do TRF da 4ª Região após a Emenda Constitucional no. 19/98. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/640109>. Acesso em: 19 ago. 2016.

RUSSO, Thiago Nogueira; LEHFELD, Neide Aparecida de Souza. **Controle Jurisdicional das Políticas Públicas que visam concretizar o direito à saúde**. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 23. p. 313-331. Disponível em: <seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/628>. Acesso em: 19 ago. 2016.

SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SAVARIS, José Antonio. **Direito Processual Previdenciário**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

TRANNIN, Alexandre Alberto. **Judicialização da Política Pública: A Fronteira entre Direito e Política na Efetivação do Direito à Educação**, 2014. Dissertação de Mestrado. **Universidade Estadual do Norte do Paraná – CCSA**. Jacarezinho, Paraná. Brasil.

VASCONCELOS, João Paulo Ângelo. **Judicialização das Políticas Públicas e Democracia: Crítica e Consenso**, 2014. Dissertação de Mestrado. **Universidade Estadual do Norte do Paraná – CCSA**. Jacarezinho, Paraná. Brasil.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**, 2005. Tese de Doutorado. **Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Faculdade de Direito**. Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Brasil.

CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO BRASIL POR ESTRANGEIRO E FACILITAÇÃO DA MEDIDA COMO INCLUSÃO DO IMIGRANTE NO MERCADO DE TRABALHO

José Antônio da Silva¹

Valter Foletto Santin²

Antonio Sergio Cordeiro Piedade³

RESUMO

Tendo em vista a possibilidade de considerável aumento na chegada de estrangeiros no Brasil, sendo majoritariamente refugiados sírios e haitianos em virtude da atual situação política e econômica de seus países de origem; faz-se necessária uma revisão nas políticas que o Brasil adota para receber refugiados, principalmente quanto à moradia, alimentação, necessidades básicas, assistência médica, legalização de sua estadia no país, bem como condições de trabalho; para que possam auferir renda própria e reiniciar nova vida na nação que os recebeu. No que tange às políticas nacionais vigentes, observa-se a ausência de uma sistematização eficaz da legislação pertinente ao assunto, a qual precisa ser repensada para que seja adotado um modelo de gestão inclusivo para os refugiados. Considerando a diversidade de oportunidades de trabalho que podem ser oferecidas aos refugiados e suas exigências quanto a experiências, habilidades, capacitações e condições técnicas e legais; nota-se que grande parte das vagas oferecidas exige que o trabalhador seja condutor de veículos automotores, sejam eles automóveis, motocicletas ou veículos de carga; sendo que a

¹ Policial Rodoviário Federal. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Licenciado em Ciências Sociais pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES. Graduando em História pela Universidade Metropolitana de Santos - UNIMES. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito. Pesquisador integrante do grupo de pesquisa Políticas Públicas e Efetivação dos Direitos Sociais – UENP. E-mail: prjose@gmail.com.

² Professor dos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Campus Jacarezinho). Doutor em Direito (USP - Universidade de São Paulo, Brasil) e pós-doutor pelo programa de Pós-doutoramento em Democracia e Direitos Humanos, no *Ius Gentium Conimbrigae*, Centro de Direitos Humanos, sediado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Promotor de Justiça em São Paulo. E-mail: santin@uenp.edu.br.

³ Professor do programa de Mestrado em Direito Agroambiental da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT, Campus Cuiabá). Doutor e Mestre em Direito Penal (PUC – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil). Líder do Grupo de pesquisa Tutela Penal dos Bens Jurídicos Difusos da UFMT. Promotor de Justiça em Mato Grosso. E-mail: as.piedade@uol.com.br.

falta da devida habilitação pode ser um obstáculo no caminho para conseguir um emprego formal, ou até mesmo informal. Dessa forma, pertinente faz-se voltar os holofotes para uma intensiva reflexão acerca dos mecanismos de inclusão de refugiados no mercado de trabalho brasileiro, tendo, nessa pesquisa, a condução de veículos automotores como instrumento para que alternativas sejam conferidas a tal população desamparada por seus países de origem e que precisam de uma efetiva inclusão social nos países que os recebem. Este trabalho utilizou o método interpretativo bibliográfico.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Estrangeiro. Motorista de carro. Trabalho.

INTRODUÇÃO

O fenômeno da globalização facilita o conhecimento e a repercussão mundial de qualquer evento, podendo ser apontado o problema atual de intensa migração de povos, principalmente de árabes para a Europa, em situação de refúgio, para afastamento de ameaça política e social de sofrimento de danos físicos e mentais e até risco à própria vida.

A situação provoca a necessidade de ampliação e desenvolvimento de políticas públicas para inserção de estrangeiros, especialmente para atendimento de demandas humanitárias, no recebimento de refugiados e fornecimento de condições de ingresso no mercado de trabalho, não apenas como ação solidária e humanitária, mas também como forma de integração cultural e aquecimento da economia com a força de trabalho dos imigrantes.

No atual momento sócio-político em que se encontra parte da Europa, pertinente a necessidade de reflexão acerca de toda a problemática atinente aos refugiados; no caso brasileiro pela recepção de imigrantes ou refugiados sírios e haitianos em virtude da atual situação política e econômica de seus países de origem. É necessária uma revisão nas políticas que o Brasil adota para receber refugiados, principalmente quanto à moradia, alimentação, necessidades básicas, assistência médica, legalização de sua estadia no país, bem como condições de trabalho para que possam auferir renda própria e reiniciar nova vida na nação que os recebeu.

Dado o exposto, a ausência de atuação estatal em setores essenciais da sociedade para a contenção de conflitos sociais - que merecem primordial cautela em seu tratamento - acaba por acarretar uma nova marginalização desses imigrantes no país que os recebeu, fazendo com que lhes sejam negados novamente direitos e garantias fundamentais para a efetivação da dignidade da pessoa humana, e, devido a isso, a inclusão no mercado de trabalho demonstra ser importantíssima alternativa para viabilizar a permanência dos refugiados no Brasil, evitando que eles sejam submetidos a trabalho escravo, e ainda, que se envolvam em atividades ilícitas.

Como o mercado de trabalho apresenta muitas restrições, há que se buscar formas de qualificação dos imigrantes que permitam o seu aproveitamento nos mais diversos tipos de emprego como efetiva garantia de inserção no mercado de trabalho. Assim, o presente estudo visa a sistematização e análise da legislação pertinente à condução de veículo automotores por estrangeiros no Brasil como instrumento auxiliar de garantia de emprego aos refugiados que venham a ser recebidos aqui.

Dessa forma, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente, buscou-se - através da pesquisa bibliográfica e da legislação esparsa vigente acerca da temática desenvolvida, bem como com o auxílio do método dedutivo-indutivo -, a apreciação de que o objetivo último de uma eficaz política de inclusão de refugiado passa pela sua inserção no mercado de trabalho e sua proteção como pessoa.

1 REFUGIADOS E GLOBALIZAÇÃO

O processo de imigração no Brasil se iniciou com o descobrimento em 1500, com a chegada dos Portugueses. Posteriormente tivemos o tráfico de escravos da África, seguida pela chegada de Franceses e Holandeses, depois vieram muitos Italianos, os quais, em grande parte, substituíram os escravos nas lavouras (SANTIN, 2007, pp. 131-132; Nova Enciclopédia Ilustrada Folha, p. 476). O Brasil teve grandes ondas migratórias de árabes, japoneses, alemães e mais recentemente a vinda de chineses, coreanos, bolivianos, haitianos e imigrantes de várias nacionalidades que aqui se fixaram e ajudaram a construir e enriquecer o País.

Além da atividade econômica, a imigração provoca a integração entre diferentes imigrantes e também destes com os nativos, resultando na nossa miscigenação racial e cultural, defendida por Gilberto Freyre como uma grande riqueza cultural do Brasil, diante da experiência de relacionamento entre portugueses, negros e indígenas, especialmente no período colonial entre brancos e as raças de cor, pelo “sistema de produção econômica” e por “escassez de mulheres brancas”, no regime da economia patriarcal (FREYRE, 2003, pp. 32-33).

A universalidade dos direitos humanos impede a discriminação dos imigrantes em razão de sua condição de origem e ainda lhes garante o direito ao trabalho em condições de igualdade com os trabalhadores nacionais, conforme preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes da OIT, também chamada de Convenção 97, a qual foi aprovada no Brasil pelo Decreto nº 58.819, de 14 de julho de 1966.

O refugiado é um tipo diferente de migrante, uma vez que não se desloca de sua pátria por voluntariedade, mas por imposição de situações de crises, as quais

não lhe permitem viver adequadamente em seu País. Esses deslocamentos, geralmente em massa, implicam em violações dos direitos humanos dos refugiados e os submetem a condições de vida degradantes. Em tal linha, Valter Foletto Santin salienta que “a movimentação de pessoas e trabalhadores, de uma região para outra e de um país para outro, provoca inúmeros problemas de adaptação social, cultural e psicológica, o que facilita a ocorrência de discriminação pelo povo receptor ” (SANTIN, 2007, p.131).

O processo de globalização vem alterando a dinâmica normal de movimentação de refugiados. Normalmente havia a migração para locais próximos às fronteiras de seus Países de origem, onde permaneciam amontoados em acampamentos, vivendo em condições precárias, no entanto, em virtude da globalização, hoje já se deslocam para diversas partes do mundo, seja legal ou ilegalmente, sempre em busca de melhores condições de vida. A vida em sociedade pressupõe solidariedade e auxílio mútuo entre as pessoas para que viabilize a própria vida em sociedade e a paz social. Nenhuma nação pode se furtar a prestar auxílio humanitário a pessoas em situação de vulnerabilidade.

Para a preservação do migrante trabalhador e sua dignidade humana, igualdade e não discriminação de trabalhador, pela universalidade dos direitos humanos, sendo apropriados mecanismos internacionais de proteção como as Convenções 97 e 143, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, e a efetivação da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias CARVALHO, 2011, p. 193-204).

Há necessidade de minimização das perdas ao migrante e ao refugiado, sendo necessárias providências do Estado receptor sobre a sua identidade, ente que “acolher o refugiado e/ou imigrante e permitir a preservação da sua identidade, com implantação de políticas públicas e movimentos sociais para proteção e preservação dos seus valores”, conforme entendem Ana Luiza Pulcinelli, Rogério Cachichi e Valter Santin (2015, p. 120).

O acesso ao trabalho é um direito assegurado aos refugiados, conforme lembra Gustavo Henrique Paschoal:

A Convenção de Genebra, de 1951, em seus arts. 17, 18 e 19, impõe aos seus signatários o dever de tratamento igualitário aos refugiados no que se refere ao trabalho. De acordo com o instrumento internacional – do qual, recorde-se, o Brasil é parte contratante – os refugiados têm direito ao exercício de profissões assalariadas, não assalariadas ou liberais, devendo receber tratamento tão favorável quanto possível ao dado aos demais estrangeiros, levando-se sempre em conta a especial condição

em que aquelas pessoas se encontram em território brasileiro (PASCHOAL, 2012, p. 110).

Ihering já referia a necessidade de ajuda ao semelhante, mesmo originária de pessoa “tão simples” ou “tão miserável”, porque “uma existência iluminada traz para o mundo abundantes benefícios”, lembrando que “o berço do maior dos homens localizava numa cabana de rara pobreza material” (IHERING, 2004, p.25).

Lafayette Pozzoli defende a posituação de direitos ligados ao humanismo, porque os Direitos humanos “conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável” (POZZOLI, 2002, p. 81).

Ilton Garcia da Costa, Rogerio Cangussu Dantas Cachichi e Zilda Cangussu Dantas Cachichi difundem a ideia de misericórdia em benefício do seu semelhante, até mesmo pela necessidade de socorro prestado pelo Estado, pois “aquele que tem fome, aquele que tem sede, aquele que está nu, aquele que está desesperado, aquele que está doente, o Estado, quando misericordioso, há de socorrer” (COSTA, CACHICHI e CACHICHI, 2016, p. 98).

Em tal postura humanitária figura a ação de misericórdia, de compaixão, inerente à própria condição humana de socorrer o necessitado e da própria postura do Estado de buscar o bem comum e auxiliar os desamparados e necessitados.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Considerando a diversidade de oportunidades de trabalho que podem ser oferecidas aos refugiados e suas exigências quanto a experiências, habilidades, capacitações e condições técnicas e legais; há que se considerar que grande parte das vagas oferecidas exige que o trabalhador seja também condutor de veículos automotores, sejam eles automóveis, motocicletas ou veículos de carga; sendo que a falta da devida habilitação para conduzir veículos automotores pode ser um obstáculo no caminho para conseguir um emprego formal, ou até mesmo informal.

Não há como negar que o direito ao trabalho se insere no rol dos direitos fundamentais, no entanto, trata-se de um direito social que, em virtude da amplitude e abrangência, e ainda das limitações do Estado, não pode ser diretamente oferecido por este. Assim, deve o Estado funcionar como garantidor do direito ao trabalho frente aos particulares que podem figurar como empregadores e também aos indivíduos que buscam efetivar seu direito ao trabalho, por meio de políticas públicas

de fomento ao emprego e de legislação que proteja os direitos dos trabalhadores. Conforme explana Ilton Garcia da Costa:

A nota distintiva encontra-se, portanto, na mediação feita pela legislação, que dará conta de fazer chegar os direitos fundamentais junto às tratativas privadas. No que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, não é nenhuma novidade a existência de legislação intermediadora, no sentido de conceder esses direitos por meio de uma iniciativa particular. (COSTA et al, 2015, p. 268)

Apesar do domínio do mercado de trabalho pela iniciativa privada, o Estado permanece não apenas como garantidor, mas também como regulador das relações trabalhistas, em virtude da vulnerabilidade do trabalhador frente ao empregador. Ainda segundo Ilton Garcia da Costa:

No artigo 1º da Constituição Federal de 1988 se verifica que o Estado brasileiro fez a clara opção pelo sistema econômico capitalista, onde um dos fundamentos é o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), tendo como um dos objetivos garantir desenvolvimento nacional. (...) embora haja nítida opção pelo sistema capitalista, a Constituição Federal, ao regulamentar a atuação da ordem econômica, impõe limites à sua atuação. (COSTA e MIGUEL, 2014, p 215).

Dessa forma, o Estado deve garantir a proteção do trabalhador e também a inclusão do trabalhador no mercado de trabalho, afinal, a proteção do trabalhador será inócua caso este não tenha acesso ao emprego justo. Toda essa proteção visa, além de assegurar o bem-estar do trabalhador, evitar que este seja explorado em seu potencial laboral por meio da redução à condição análoga à de escravo, em respeito à defesa da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Vanessa de Blassio Mazzuti:

Ao Estado incumbe ofertar condições para a existência humana, garantindo a todos, sem qualquer distinção, os meios indispensáveis ao completo desenvolvimento e assegurando os direitos fundamentais previstos na Lei maior. Vê-se, ainda, que nesse Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana desponta como um objetivo a ser alcançado, sendo inerente à própria condição de pessoa humana. (MAZZUTTI, 2012. P. 38).

A universalidade dos direitos humanos, acima de qualquer outro direito regional, está estampada nas normas de direito internacional, sendo, reconhecidamente, direitos supranacionais. Quanto à distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, recorreremos à escurreita lição de Vladimir Brega Filho:

A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos está no fato de os direitos fundamentais estarem reconhecidos e positivos na Constituição de um Estado, enquanto a expressão direitos humanos é utilizada em documentos do direito internacional, dando a esses direitos um caráter transnacional e intemporal. (BREGA FILHO, 2007, p.70)

A geração de empregos depende da situação econômica do País, porém, de toda forma, quanto mais qualificado for o candidato, mais chances terá de não permanecer desempregado. No que tange aos imigrantes há que se levar em conta a sua qualificação adquirida no seu País de origem e ainda a que puder ser oferecida a ele

de acordo com as condições do local em que se encontra. Um dos requisitos que pode pesar muito na hora de conseguir um emprego é o fato do candidato ser habilitado para condução de veículos ou motocicletas, pois muitas profissões exigem o deslocamento do trabalhador e o carregamento de materiais e ferramentas de trabalho, além do próprio emprego de motorista, que também oferece muitas vagas.

Ainda que o emprego oferecido não seja especificamente de motorista, grande parte das empresas exige que o empregado tenha habilitação para conduzir automóvel ou motocicleta, principalmente empresas de prestação de serviços que oferecem os veículos para a locomoção de seus empregados aos locais onde será feito o serviço. Assim, a implantação de políticas públicas voltadas para a qualificação dos refugiados deve proporcionar a legalização da condição de condutor de veículos automotores como forma de possibilitar a obtenção de emprego por partes destes.

3 A CONDUÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NO BRASIL POR ESTRANGEIROS

As normas que estabelecem critérios para condução de veículos automotores por estrangeiros no Brasil fundamentam-se na Convenção sobre Trânsito Viário, celebrada em Viena, em 08 de novembro de 1968, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 33, de 13 de maio de 1980, do Congresso Nacional, pelo Decreto nº 86.714, de 10 de dezembro de 1981 e regulamentadas atualmente pela Resolução nº 360, de 29 de setembro de 2010, do CONTRAN, Conselho Nacional de Trânsito. Em todos os casos, é exigido que o estrangeiro seja maior de 18 anos, que seja penalmente imputável no Brasil e que sua estada no País seja legal.

Nesse diapasão, temos três grupos: um de estrangeiros provenientes de países signatários da Convenção sobre Trânsito Viário de Viena ou de países que adotam a reciprocidade nessa matéria, um grupo de oriundos de outros países, desde que possuam habilitação válida em seus países e ainda um terceiro caso, de pessoas não habilitadas, de qualquer origem.

No primeiro caso, o condutor pode dirigir no Brasil apenas com seu documento de habilitação de origem (no prazo de validade), desde que acompanhado por documento de identificação e documento que comprove sua estada legal no Brasil, até o prazo de 180 dias contados da sua data de entrada no País, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 360/2010, do CONTRAN. Após 180 dias, o condutor deverá submeter-se aos Exames de aptidão Física e Mental e Avaliação Psicológica, nos termos do artigo 147 do CTB, Código de Trânsito Brasileiro, sem necessidade de realizar exames teóricos ou práticos de direção para obter a CNH brasileira, na forma da Resolução nº 360, CONTRAN:

Art. 1º. O condutor de veículo automotor, oriundo de país estrangeiro e nele habilitado, desde que penalmente imputável no Brasil, poderá dirigir no Território Nacional quando amparado por convenções ou acordos internacionais, ratificados e aprovados pela

República Federativa do Brasil e, igualmente, pela adoção do Princípio da Reciprocidade, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, respeitada a validade da habilitação de origem.

§ 1º O prazo a que se refere o caput deste artigo iniciar-se-á a partir da data de entrada no âmbito territorial brasileiro.

§ 2º O órgão máximo Executivo de Trânsito da União informará aos demais órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito a que países se aplica o disposto neste artigo.

§ 3º O condutor de que trata o caput deste artigo deverá portar a carteira de habilitação estrangeira, dentro do prazo de validade, acompanhada do seu documento de identificação.

§ 4º O condutor estrangeiro, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de estada regular no Brasil, pretendendo continuar a dirigir veículo automotor no âmbito territorial brasileiro, deverá submeter-se aos Exames de aptidão Física e Mental e Avaliação Psicológica, nos termos do artigo 147 do CTB, respeitada a sua categoria, com vistas à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação.

§ 5º Na hipótese de mudança de categoria deverá ser obedecido o estabelecido no artigo 146 do Código de Trânsito Brasileiro.

§ 6º O disposto nos parágrafos anteriores não terá caráter de obrigatoriedade aos diplomatas ou cônsules de carreira e àqueles a eles equiparados (Resolução nº 360, CONTRAN).

Caso o condutor seja regularmente habilitado no País de origem, porém seu documento de Habilitação não seja reconhecido pelo Governo Brasileiro em virtude de seu País não ser signatário da Convenção de Viena e não ter acordo de reciprocidade, deverá substituir a sua Habilitação de origem pela Carteira Nacional de Habilitação junto ao órgão ou entidade executiva de trânsito do Estado em que se encontre, após ser aprovado nos Exames de Aptidão Física e Mental, Avaliação Psicológica e de Direção Veicular. Verifica-se aqui a obrigação do candidato realizar e ser aprovado no exame prático de direção veicular para a categoria pretendida, de acordo com o artigo 2º da Resolução 360/2010:

Art. 2º. O condutor de veículo automotor, oriundo de país estrangeiro e nele habilitado, em estada regular, desde que penalmente imputável no Brasil, detentor de habilitação não reconhecida pelo Governo brasileiro, poderá dirigir no Território Nacional mediante a troca da sua habilitação de origem pela equivalente nacional junto ao órgão ou entidade executiva de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal e ser aprovado nos Exames de Aptidão Física e Mental, Avaliação Psicológica e de Direção Veicular, respeitada a sua categoria, com vistas à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação. (Resolução nº 360, CONTRAN).

No terceiro caso temos a situação que pode ser a da maioria dos jovens estrangeiros que estão chegando ao Brasil na condição de refugiados, ou seja, estrangeiro não habilitado em seu País de origem, independentemente de ser signatário da Convenção de Viena ou beneficiário de reciprocidade ou não. A esses

estrangeiros se aplica toda a legislação de trânsito brasileira, devendo satisfazer todas as exigências previstas na legislação como se brasileiros fossem:

Art. 4º. O estrangeiro não habilitado, com estada regular no Brasil, pretendendo habilitar-se para conduzir veículo automotor no Território Nacional, deverá satisfazer todas as exigências previstas na legislação de trânsito brasileira em vigor. (Resolução nº 360/CONTRAN).

Em todos os casos em que se faz necessária a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação o estrangeiro deverá portar o RNE – Registro Nacional de Estrangeiro, o qual é concedido ao estrangeiro admitido na condição de temporário, permanente, asilado ou refugiado, o qual é obrigado a se registrar e a se identificar no Ministério da Justiça, com a Polícia Federal no prazo de 30 dias após sua entrada no Brasil. Além do Registro Nacional de Estrangeiro, será necessária a inscrição do estrangeiro no Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal do Brasil, cujo registro atualmente é feito facilmente junto a qualquer agência da Receita Federal ou em qualquer Consulado Brasileiro.

A lista de países signatários da Convenção de Viena e dos Países que têm acordo de reciprocidade com o Brasil consta de Anexo do Decreto 86.714, de 1981. Vemos que especificamente Síria e Turquia não se enquadram como signatários da Convenção de Viena e também não têm acordo de reciprocidade com o Brasil, assim, os refugiados desses locais que já são habilitados deverão ser aprovado nos Exames de Aptidão Física e Mental, Avaliação Psicológica e de Direção Veicular para conseguir obter a permissão para dirigir veículos automotores no Brasil, enquanto os que ainda não têm habilitação deverão se submeter a todos os procedimentos para obter permissão para dirigir, como se Brasileiros fossem. Já os Haitianos habilitados no Haiti deverão apenas submeter-se aos Exames de aptidão Física e Mental e Avaliação Psicológica, para obterem a CNH brasileira, uma vez que o Haiti é signatário da Convenção de Viena e também tem acordo de reciprocidade com o Brasil.

Ressalte-se que a Resolução 360/2016 revogou diversos artigos da Resolução 168/2004, retirando a obrigatoriedade de apresentação de tradução juramentada do documento de habilitação estrangeiro, sendo que hoje basta a apresentação da habilitação acompanhada de documento de identidade, desde que estejam dentro do prazo de validade.

Embora as regras que autorizam a condução de veículos por estrangeiros no Brasil tenham como foco principal o incremento do turismo e a facilidade de locomoção de turistas no País, elas podem, e devem, se aplicar a imigrantes, seja como forma de proporcionar simples facilidade de locomoção, seja para auxiliar na

obtenção de emprego e renda. Como exemplo de fomento ao turismo, o CONTRAN editou a Resolução nº- 578, de 24 de fevereiro de 2016, que estende o direito de conduzir veículos no Brasil com suas habilitações de origem aos turistas de todos os Países que participarão das Olimpíadas de 2016, somando 102 Países aos que já possuem acordo com o Brasil. Essa autorização da Resolução 578/2016 terá validade do dia 1º de julho de 2016 a 31 de dezembro de 2016.

O assunto tem muita importância porque a pessoa habilitada em país não signatário da Convenção de Viena não pode conduzir veículo automotor no Brasil e se o fizer pode incorrer em crime de direção de veículo sem habilitação (art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro).

Também seria interessante a adequação dos cursos oferecidos por organizações públicas e sociais (SENAC, SENAI, SENAT), visando especificamente imigrantes na condição de refugiados, para que não fiquem desempregados no Brasil e que se integrem de forma mais rápida à nova vida na sua nova casa.

CONCLUSÃO

O Brasil é reconhecido como uma das maiores democracias do nosso planeta, assim, não pode ficar inerte em relação aos problemas sociais que afligem a humanidade, principalmente os problemas que são diretamente decorrentes de violações de direitos humanos, uma vez que somos signatários dos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos e temos uma Constituição que é referência nessa área. Some-se a isso a tradição de solidariedade e hospitalidade do povo brasileiro e sua histórica formação multicultural, afinal, somos frutos da miscigenação de vários povos, e por isso, uma nação extremamente democrática, receptiva e misericordiosa.

A atual crise de refugiados sírios - e outras crises que certamente ocorrerão em decorrência das turbulências políticas e bélicas em alguns Países - exige que o Brasil se posicione concretamente em favor de um grande contingente de pessoas que serão excluídas de seus lares e dificilmente encontrarão quem as receba, haja vista o excesso de refugiados já alojados em alguns Países que se prontificam a recebê-los.

As políticas voltadas aos imigrantes devem ser atualizadas e expandidas, oferecendo não apenas abrigo, mas também condições de estabelecimento definitivo das pessoas e possibilidade real de acesso à educação, saúde, segurança e outros direitos fundamentais, incluindo o direito ao trabalho, para a sua manutenção digna.

Neste sentido, a implantação de programas de facilitação de acesso para obtenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) se mostra como um instrumento

de baixo custo para a qualificação dos estrangeiros e sua melhor inserção no mercado de trabalho.

A atual legislação já permite o reconhecimento imediato das habilitações de estrangeiros e sua conversão em Carteira Nacional de Habilitação no Brasil, no entanto, há que se atualizar a legislação visando a extensão desse direito a imigrantes oriundos de outros locais, considerando a situação de cada grupo de refugiados singularmente. Neste sentido, interessante seria a adequação dos cursos oferecidos por organizações públicas e sociais (SENAC, SENAI, SENAT), visando especificamente imigrantes na condição de refugiados, para que não fiquem desempregados no Brasil e que se integrem de forma mais rápida à nova vida na sua nova casa.

REFERÊNCIAS:

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das violações de direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44, n. 175, p. 67-79, jul./set. 2007.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Mecanismos internacionais de proteção ao trabalhador migrante. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto – SP: UNAERP, n. 20, p. 193-204, 2011. Disponível em: <<http://www9.unaerp.br/revistas/index.php/paradigma/article/view/96>>.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO – CONTRAN. Resolução nº 360/2010. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/download/resolucoes/resolucao_contran_360_10.pdf> Acesso em: 20 mar. 2016

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO – CONTRAN. Resolução nº 578/2016. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao5782016.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2016

COSTA, Ilton Garcia da et al; O acesso do idoso ao mercado de trabalho: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais. Conpedi, 2015. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/grv61507Qs7EtPjA.pdf>. Acesso em 20 mar. 2016.

COSTA, Ilton Garcia; MIGUEL, José Antonio; Política deliberativa e democracia participativa na negociação coletiva de trabalho: uma análise para a valorização do trabalho humano. **Revista de Direito Público**, Londrina – PR., v.9, n.2, p.203-222, mai./ago.2014.

COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogerio Cangussu Dantas; CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. Amor e misericórdia: a flor e o fruto. In: SANTOS, Ivanaldo e POZZOLI, Lafayette (orgs.). **Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor**. São Paulo: Cultor de Livros, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em 15 mar. 2016.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed., São Paulo: Global, 2003.

IHERING, Rudolf Von. **O Universo do Direito**. Belo Horizonte: Líder. 2004.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. **Vitimologia e Direitos Humanos**: O Processo Penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

OIT. **Convenção nº 97 da OIT sobre trabalhadores Migrantes**, Organização Internacional do Trabalho, 1949. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OIT-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho/convencao-no-97-da-oit-trabalhadores-migrantes-revista-em-1949.html>. Acesso em: 09 nov. 2015.

PASCHOAL, Gustavo Henrique. **Trabalho como Direito Fundamental e a Condição de Refugiado no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.

POZZOLI, Lafayette. Humanismo = dignidade da pessoa humana. **Revista Em Tempo**. Marília/SP: UNIVEM, v. 4, ago. 2002, pp. 78-82. In: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/126>. Acesso em 19 jul. 2016.

PULCINELLI, Ana Luiza Godoy; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas; SANTIN, Valter Foletto. Refugiados de ontem e de hoje: uma história de exclusão social. In: MÜLLER, Maria Cristina (org.). **Anais do VI Encontro de egressos e estudantes de Filosofia da UEL, VI Ciclo Hannah Arendt - Brasil/Venezuela e I Jornada sobre ensino de Filosofia**. 2016. Londrina/PR., p. 109-121. Disponível em <http://www.uel.br/cch/filosofia/pages/arquivos/Eventos/Anais%20completos%202016%20com%20ISBN.pdf>.

SANTIN, Valter Foletto. Migração e Discriminação de trabalhador. **Revista Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR: UENP, n. 7, p. 131-140, 2007. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/76/76>. Acesso em: 16 jul. 2016.

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

GRUPO DE TRABAJO 7:

**“Paz y Derechos Humanos en
Lima Norte”**

LOS ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA COMO UNA ALTERNATIVA DE CONCLUSIÓN DEL PROCESO INTERNACIONAL EN UN ESTADO QUE BUSCA LA RECONCILIACIÓN Y PAZ: CASOS PERUANOS

Doris M. Yalle Jorge¹

RESUMO

1 SOLUCIÓN AMISTOSA EN EL PROCEDIMIENTO INTERNACIONAL

Es preciso mencionar que en el país se vivió una etapa en la que se dio una situación de permanente vulneración de los derechos humanos y que, conforme lo señaló la Comisión de la Verdad y Reconciliación, habría abarcado el período 1980 – 2000. Este conflicto interno contribuyó a generar un consenso en la mayoría de personas a favor de la paz. En efecto, la mayoría de los casos presentados en contra del Estado peruano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En adelante “CIDH” o la “Comisión Interamericana”) se presentaron en esta etapa, casos relacionados a ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, ceses colectivos, despidos arbitrarios, destitución de magistrados, entre otros. Los casos más actuales están relacionados a la afectación del medio ambiente o vulneración de los derechos de las comunidades.

Uno de los aspectos que el Estado peruano ha considerado es que la protección de los derechos y la reparación ante la vulneración de los mismos es el principal marco para la reconciliación. En ese sentido, el Estado peruano ha buscado dar solución a muchos de estos casos a través de lograr una solución amistosa con las partes afectadas, reconociendo su responsabilidad internacional, en la cual el papel de la Comisión Interamericana es básicamente conciliadora. Es aquella paz y reconciliación que también se verá reflejada en la adopción de acuerdos amistosos en

¹ Abogada, egresada de la Maestría en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente, abogada senior de la procuraduría Pública Especializada Supranacional del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; docente de la Academia de la Magistratura y del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional. Desde el año 2004 representa al Estado peruano en su condición de agente alterna del Perú ante el Tribunal Supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (San José de Costa Rica).

los casos sobre violaciones de derechos humanos y ese acuerdo implica una reparación integral que busca resarcir el daño ocasionado, pues la reparación es un acto de justicia y un deber de reconstruir lo dañado. De esta manera, el Estado ha buscado reparar a las víctimas a través de un reconocimiento internacional por la afectación de los derechos humanos, constituyendo esta reparación instrumentos de reconciliación.

Dicho ello, el marco internacional de un acuerdo de solución amistosa lo encontramos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (En adelante "CADH" o "Convención Americana") en su artículo 48.1 literal (f) el cual establece que la Comisión Interamericana, al recibir una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra la CADH, se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en la referida Convención. Dicha disposición es concordante con lo establecido en el artículo 41.1 del Reglamento de la CIDH².

Si se llega a una solución amistosa conforme a lo dispuesto en el artículo 48.1 f) de la Convención Americana, la Comisión Interamericana elaborará un Informe que será transmitido al peticionario y al Estado involucrado, el cual será posteriormente publicado. Dicho Informe expondrá los hechos del caso y los acuerdos logrados entre las partes, los cuales tienen fuerza vinculante, una vez haya sido aprobado por la CIDH³.

De no lograrse una solución amistosa, la Comisión Interamericana redactará un Informe, el que contendrá una exposición de los hechos, materia del proceso internacional; de las acciones emprendidas por los peticionarios o sus representantes; y las acciones realizadas por los órganos competentes del Estado involucrado en la presunta transgresión de derechos humanos. Asimismo, la Comisión puede formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas, acompañadas de las conclusiones a las que arribe dicho organismo supranacional.

Vale precisar que los Estados partes deben un estricto cumplimiento a sus obligaciones adquiridas con la firma de la CADH, y de otros instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En tal sentido, somos conscientes de que toda violación a una obligación internacional constituida por medio de una acción u omisión, comporta el deber de repararla íntegramente, en este caso, esencialmente

² La Comisión se pondrá a disposición de las partes en cualquier etapa del examen de una petición o caso, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de ellas a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana y otros instrumentos aplicables.

³ Ver lo dispuesto en el artículo 49 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

el deber de reparar a las víctimas el daño tanto moral como material, así como: “[...] el deber jurídico de prevenir razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a sus alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.⁴

En tal virtud, el Estado responsable de violar una norma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está obligado jurídicamente, entre otras cosas, a dar a las víctimas de la violación una reparación suficiente, efectiva y rápida.⁵

Al respecto, un Estado democrático no está exento de cometer errores y justamente cuando reconoce su responsabilidad internacional, es que conviene en llegar a un acuerdo de solución amistosa. Este reconocimiento, ante la transgresión de una disposición de la CADH, es importante y recomendable, pues el Estado que acepta su responsabilidad, evita su desprestigio ante la comunidad internacional, así como el costo dinerario y el tiempo que significa el continuar incurso en un proceso de esta naturaleza. Y si el caso es sometido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En adelante “Corte IDH” o “Corte Interamericana”), lo alegado resulta más oneroso, debido a que el Agente del Estado deberá acudir a las Audiencias programadas por la Corte Interamericana, lo que implica gastos por conceptos de viajes, viáticos, y hasta de honorarios profesionales.⁶

En conclusión, en aquellos casos en los que resulta evidente la responsabilidad del Estado, es preferible hacerlo, pues implica coadyuvar a la imagen del Perú como país cumplidor de sus obligaciones internacionales, un ahorro no sólo de recursos del Estado y de tiempo, sino el objetivo principal de una búsqueda de reconciliación con las víctimas de violaciones de derechos humanos al reconocer responsabilidad internacional.

Así, el Perú ha reconocido responsabilidad internacional en una serie de casos, presentándose dos variables, aquellos casos en los que el Estado peruano se puso a disposición de la CIDH para llegar a una eventual solución amistosa y aquellos en los que la CIDH fue quien se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa. Vale señalar que también los peticionarios pueden

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia del 29 de Julio de 1988. Párrafo 174.

⁵ Informe Final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, sobre el derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales. E/CN.4/2000/62, de 18 de enero de 2000.

⁶ Mediante Resolución Ministerial N° 235-2002-JUS, publicada el 13 de julio de 2002 en el Diario Oficial “El Peruano” se dispone contratar estudio de abogados para la defensa del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lori Berenson Mejía.

solicitar a la CIDH el inicio de las conversaciones tendientes a lograr una solución amistosa.

2 SITUACIONES QUE SE PRESENTAN PARA UNA EVENTUAL SOLUCIÓN AMISTOSA: DISPOSICIÓN DEL ESTADO PERUANO, LAS PRESUNTAS VÍCTIMAS Y LA CIDH

Es preciso señalar que mediante Decreto Legislativo N° 1068⁶⁷, se crea el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, el cual tiene como tiene por objeto la creación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones, la que está a cargo de los Procuradores Públicos, cuyo ente rector es el Ministerio de Justicia y está representado por el Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

El Decreto Legislativo, antes señalado, menciona en su artículo 20 que el Procurador Público Supranacional ejerce la defensa jurídica del Estado en instancias Supranacionales y adquiere la denominación de Agente del Estado Peruano ante la Corte Supranacional. Este Procurador Público puede proponer la designación del Agente Alterno que lo asistirá en la defensa jurídica del Estado en la Corte Supranacional

En cuanto al procedimiento de solución amistosa, se señala en el artículo 29 del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, que la suscripción de un acuerdo de solución amistosa será autorizada por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado y formalizada con Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Justicia y de otros sectores involucrados, de ser el caso. Cuando el caso comprenda a otras entidades del Estado distintas al Poder Ejecutivo, se deberá contar con la opinión favorable del Titular de la entidad.

Dicho esto, es pertinente evaluar tres de las variables, que más se han presentado durante el proceso de los casos peruanos, a efectos de llegar a una eventual solución amistosa:

- a) Cuando el Estado peruano, por iniciativa propia, manifiesta su decisión de llegar a una solución amistosa, mostrando voluntad de lograr un acuerdo común.

⁶⁷ Publicado en el diario oficial "El Peruano" el 28 de junio de 2008.

- b) Cuando la CIDH se pone a disposición de las partes para lograr una solución amistosa, como en el caso.
- c) Cuando las presuntas víctimas se ponen a disposición para llegar con el Estado peruano a un acuerdo favorable.

2.1 CASOS EN LOS CUALES EL ESTADO PERUANO SE PUSO A DISPOSICIÓN DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA A FIN DE LLEGAR A UNA EVENTUAL SOLUCIÓN AMISTOSA

2.1.1 Comunicado de Prensa Conjunto

Durante el Gobierno de Transición democrática el Estado peruano suscribió, con fecha 22 de febrero de 2001, el Comunicado de Prensa Conjunto⁸, en el marco de la nueva política gubernamental del Perú en materia de protección de los derechos humanos y como parte de un conjunto de medidas que adoptó a nivel nacional e internacional relacionadas con la recuperación de la institucionalidad democrática, la reconstrucción del Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos en Perú. Este Comunicado de Prensa constituyó la mayor demostración de voluntad de parte del Estado peruano con la finalidad de concluir un grupo amplio de procesos que se seguían ante la Comisión Interamericana. En ese sentido, el Estado peruano presentó una propuesta para dar solución a un número importante de casos, asumiendo los siguientes compromisos:

- a) Casos en los cuales el Estado tomó la iniciativa para llegar a una eventual solución amistosa en el marco de las disposiciones contenidas en los artículos (48)(1)(f) y 49 de la Convención Americana: 10.918 (Sindicato Unitario de Trabajadores de la Educación en el Perú); 12.033 (Rómulo Torres Ventocilla); 12.035 (Pablo Ignacio Livia Robles); 12.084 (SITRAMUN) y 12.191 (María Mamérita Mestanza Chávez).
- b) Casos en los cuales el Estado asumió el compromiso de reconocer responsabilidad y adoptar medidas para restituir los derechos afectados y/o reparar el daño causado: 11.149 (Augusto Alejandro Zúñiga Paz); 11.277 (Eduardo C. Carrillo y otros); 11.756 (Leonor La Rosa Bustamante); 11.045 (La Cantuta) y 12.095 (Mariela Barreto Riofano)
- c) Casos con recomendaciones formuladas por la Comisión en informes finales adoptados y publicados de conformidad con el artículo 51 de la Convención Americana⁹; y,

⁸ El Comunicado de Prensa Conjunto se suscribió durante la realización del 110º Período Ordinario de Sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

⁹ El Comunicado de Prensa Conjunto suscrito entre el Estado peruano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos suscrito el 22 de febrero de 2001, anexa una lista sobre los 102 informes (que comprenden 133 casos) a que se refiere este literal, respecto a los cuales el Estado se ha comprometido a buscar soluciones integrales a las violaciones a los derechos humanos determinadas por la CIDH en dichos informes.

- d) Casos con recomendaciones formuladas por la Comisión en informes adoptados de conformidad con el artículo 50 de la Convención.¹⁰

Uno de los primeros pasos para el cumplimiento de los compromisos, antes mencionados, fue la creación de la Comisión de Trabajo Interinstitucional mediante Decreto Supremo N° 005-2002-JUS, publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, el 26 de febrero de 2002. El objetivo de la misma se orientó a dar seguimiento y atención a los casos comprendidos en los literales C) y D) del Comunicado de Prensa Conjunto, relativos a desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y torturas.

Esta Comisión de Trabajo Interinstitucional realizó las siguientes funciones:

- a) Seguimiento del cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado peruano, y b) Diseñar un Programa Integral de Reparaciones No Dinerarias a favor de las víctimas y/o familiares de las víctimas a las que se hizo referencia en los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Con fecha 29 de abril de 2003, la Comisión en pleno suscribió el Informe Final, en el cual se establecieron las siguientes recomendaciones:

- a) La creación de una Secretaría Técnica para el cumplimiento de las recomendaciones del Decreto Supremo 005-2002-JUS, la cual estuvo conformada por dos secretarías: uno del entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social y el otro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través del Consejo Nacional de Derechos Humanos;
- b) Propuesta de Atención Integral: Salud física y mental, programa de becas, rehabilitación económica y productiva, ayuda humanitaria y reparación simbólica; y,
- c) Los Comisionados recomendaron la incorporación en la estructura del Ministerio Público de las Fiscalías Provinciales Penales de Derechos Humanos, competentes para conocer de los delitos contra la humanidad previstos en el Título XIV-A del Código Penal (Genocidio, Desapariciones Forzadas, Discriminación, Manipulación Genética etc.).

Es preciso afirmar que el Estado peruano, a través de la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Multisectorial de Alto Nivel encargada del seguimiento de las acciones y políticas del Estado en los ámbitos de la paz, la reparación colectiva y

¹⁰ Conforme lo señala el Comunicado de Prensa Conjunto suscrito entre el Estado peruano y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos suscrito el 22 de febrero de 2001, este literal “ (...)comprende 26 casos que se emitieron recientemente y que aún no han sido publicados. Respecto a estos casos el Estado se ha comprometido igualmente a buscar soluciones integrales a las violaciones a los derechos humanos determinadas por la CIDH en dichos informes. “.

la reconciliación nacional (CMAN), impulsó y monitoreó las recomendaciones contenidas en el Informe Final, antes citado, referidas al programa integral de reparaciones no dinerarias en materia de salud, educación y vivienda a favor de los beneficiarios, los cuales, tal como se ha señalado, comprende a víctimas y familiares de víctimas de desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y tortura comprendidos en los literales c) y d) del Comunicado de Prensa Conjunto. Es preciso indicar que a algunas recomendaciones a la fecha se les sigue haciendo seguimiento.

Asimismo, debo señalar que el Estado peruano, durante los últimos años ha iniciado una serie de conversaciones con las presuntas víctimas, en algunos casos, a fin de lograr un posible acuerdo amistoso, como los que inició con un grupo de ex trabajadores de Petroperú (84 presuntas víctimas)¹¹, el cual tuvo hasta tres intentos de lograr una eventual solución amistosa; sin embargo, estos intentos fracasaron pues las expectativas de reparación de las presuntas víctimas eran bastante elevadas. Asimismo me permito citar que en el mes de febrero de 2017, el Estado peruano se puso a disposición de iniciar conversaciones con la señora Norka Moya Solís a fin de intentar lograr un acuerdo amistoso, lo cual está pendiente, esto significa que podría lograrse un acuerdo amistoso o podría no llegarse a un acuerdo común, de darse esta última opción, el trámite ante la Comisión Interamericana continuaría.

2.2 CASOS EN LOS CUALES LA COMISIÓN INTERAMERICANA SE PUSO A DISPOSICIÓN DE LAS PARTES A FIN DE LLEGAR A UNA EVENTUAL SOLUCIÓN AMISTOSA

La Comisión Interamericana durante el trámite de las peticiones, generalmente durante la etapa de fondo¹², se pone a disposición de las partes para que decidan si inician una etapa de solución amistosa o no. Alguno de los casos en los cuales la CIDH se puso a disposición de las partes para lograr un posible acuerdo amistoso fueron:

1) Caso CIDH N° 12.384 - Sindicato de Funcionarios, Profesionales y Técnicos de la Empresa del Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SIFUSE). Mediante Nota CIDH s/n del 10 de mayo de 2002, la CIDH se puso a disposición de las partes a efectos de lograr una solución amistosa. En este caso, no prosperó la posibilidad de

¹¹ Es preciso indicar que el caso relativo a los ex trabajadores de Petroperú fueron acumulados a los casos relacionados a ex trabajadores del Ministerio de Educación, ex trabajadores de la Empresa Nacional de Puertos S.A. y los ex trabajadores del Ministerio de Economía y Finanzas, estos casos acumulados están

¹² En la expedición de su Informe de Admisibilidad o posterior a ella.

concluir el caso, no hubo acuerdo en las pretensiones por reparación. Este caso finalmente culminó con la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 4 de marzo de 2011, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2) Caso CIDH N° 12.191 – María Mamérita Mestanza Chávez. Mediante Nota del 27 de octubre de 2000, la CIDH se puso a disposición de las partes a efectos de lograr una solución amistosa. En este caso relacionado a una víctima de esterilizaciones forzadas culminó con la firma de un acuerdo de solución amistosa entre el Estado peruano y los representantes de la víctima. El acuerdo de solución amistosa se suscribió en agosto de 2003, mediante el cual el Estado peruano reconoció responsabilidad internacional.

3) Caso CIDH N° 12.078 – Ricardo Semoza Di Carlo. Mediante nota CIDH s/n de fecha 24 de octubre de 2001, de conformidad a lo previsto en el artículo 38 (2) del Reglamento, la Comisión Interamericana se puso a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa sobre el asunto. Este caso está relacionado al Mayor de la Policía Nacional del Perú Ricardo Semoza Di Carlo quien fue pasado de manera arbitraria a la situación de retiro mediante Resolución Suprema N° 315-90-IN-DM de 31 de julio de 1990. De esta manera el Estado peruano suscribió con dicha persona un acuerdo de solución amistosa el 11 de marzo de 2004.

4) Caso CIDH N° 12.078 – Augusto Alejandro Zúñiga Paz. Mediante nota CIDH s/n del 14 de enero de 1999, la CIDH se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa.

El peticionario señaló que era abogado y trabajaba como defensor de los derechos humanos en el Perú. Alegó que el 15 de marzo de 1991 recibió en su oficina, la Organización no Gubernamental Comisión de Derechos Humanos (COMISEDH), un sobre de manila con membrete de la Secretaría de la Presidencia de la República, que resultó contener una carga de 50 gramos de explosivo. Refiere que dicho sobre explotó al abrirlo, y que como consecuencia de tal atentado el peticionario perdió su brazo izquierdo. Mencionó que venía sufriendo constantes amenazas destinadas a intimidarlo para que abandonara el patrocinio del caso relacionado con la desaparición forzada del estudiante Ernesto Rafael Castillo Páez, que fue conocido por la CIDH inicialmente y luego por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Señala que numerosas personalidades coincidieron en atribuir responsabilidad, por el atentado del que fue víctima el doctor Zúñiga Paz, a las fuerzas de seguridad, dada la conexión entre los hechos y el desarrollo del proceso del estudiante Castillo Páez y dada la especificidad del explosivo utilizado debido a que la circulación del mismo estaba bajo el control de las fuerzas armadas. Asimismo, señaló la víctima que la investigación que estaba siendo conducida por el Fiscal 19 Provisional en lo Penal arrojaba indicios suficientes para demostrar que la circulación del explosivo utilizado estaba bajo control de las fuerzas armadas, pero que el 3 de enero de 1992 se trasladó dicha investigación a la Décima Fiscalía Provisional en lo Penal de Lima, argumentándose que había caducado el encargo de la Fiscalía 19 *Ad-hoc* y ordenándose el archivamiento provisional del caso mediante una resolución emitida el 27 de abril de 1992. Refiere que el 16 de septiembre de 1992 el Fiscal Superior Especial para asuntos de Terrorismo confirmó dicha resolución de archivamiento.

El Estado peruano suscribió un acuerdo de solución amistosa con esta persona el 10 de octubre de 2003.

5) Petición N° 185/2002 – Roger Herminio Salas Gamboa, ex Magistrado del Poder Judicial. Mediante Informe de Admisibilidad N° 14/03, aprobado en el curso del 117º Período Ordinario de Sesiones de la CIDH, dicho organismo supranacional se puso a disposición de las partes para llegar a una solución amistosa. El doctor Roger Herminio Salas Gamboa señaló que previo concurso público fue nombrado Vocal de la Corte Suprema de Justicia del Perú mediante Resolución Suprema N° 105-90-JUS de 25 de

mayo de 1990. Dicho nombramiento fue ratificado según Resolución Senatorial N° 1093-90 publicada el 21 de septiembre de 1990, y le fue expedido el título de Magistrado con fecha 19 de septiembre de 1990. El juramento al cargo lo hizo el 27 de septiembre de 1990, hechos todos ocurridos bajo vigencia de la Constitución Política de 1979 que no preveía la ratificación periódica de los magistrados y garantizaba la permanencia en el servicio hasta los sesenta años, mientras observaran buena conducta e idoneidad en su función.

Seguidamente informó que luego de haberse instaurado en el país el gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional por Alberto Fujimori Fujimori el 5 de abril de 1992, mediante Decreto Ley N° 25423 publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de abril de 1992, se le cesó junto a otros doce vocales Supremos Constitucionales sin expresión de causa. Por lo anterior recurrió en acción de amparo, la que fue resuelta finalmente por el Tribunal Constitucional el 27 de septiembre de 1997, que dispuso su reincorporación como Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, con el reconocimiento para efectos pensionales del tiempo no laborado por razón del cese sin goce de haber.

Que pese a la decisión judicial reseñada, el gobierno del presidente Fujimori, para evitar su cumplimiento, promulgó una serie de decretos leyes y leyes pero finalmente fue reincorporado junto con otros magistrados el 14 de mayo de 2001, funcionarios que tampoco habían ejercido las funciones jurisdiccionales en el período comprendido entre el mes de enero de 1994 y el mes de diciembre de 2000. Reiniciadas sus actividades judiciales, le correspondió presidir por antigüedad la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

El Estado peruano suscribió un acuerdo de solución amistosa con el doctor Roger Salas Gamboa 10 de octubre de 2003, llegando a ser reincorporado en el cargo de Presidente de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

2.3 SITUACIONES EN LOS CUALES LAS PRESUNTAS VÍCTIMAS CONSIDERAN PONERSE A DISPOSICIÓN PARA LOGRAR UNA EVENTUAL SOLUCIÓN AMISTOSA

Las presuntas víctimas que interponen su denuncia ante la Comisión Interamericana, durante el trámite de las peticiones y en cualquier etapa solicitan que el Estado peruano pueda llegar a una solución amistosa. Se ha dado la situación que algunos peticionarios han solicitado, a través de comunicaciones presentadas al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, conversar para lograr un acuerdo amistoso incluso en denuncias que aún no han sido notificadas por la Comisión Interamericana.

En aquellas denuncias que han sido notificadas al Estado, generalmente hacen un pedido de solución amistosa por los siguientes motivos:

- a) Por tener la petición muchos años en trámite, no importando si tiene o no un Informe de Admisibilidad. Tener un Informe de Admisibilidad significa estar en la etapa de fondo en la que la Comisión Interamericana presume la vulneración de derechos humanos establecidos en la CADH.

- b) Por encontrarse la petición con un Informe de Admisibilidad.
- c) Por tener un fallo que acredita la vulneración de derechos humanos, como una Ejecutoria Suprema a su favor o una Sentencia del Tribunal Constitucional que declara Fundada su pretensión.

Muchos intentos o acuerdos de solución amistosa se iniciaron por pedido de las presuntas víctimas.

3 CASOS EN LOS CUALES EL ESTADO PERUANO HA SUSCRITO ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA

Se puede dividir en dos etapas diferenciadas la actitud del Estado peruano en lo relativo a la suscripción de acuerdos de solución amistosa; una primera etapa del año 2000 al 2007¹³, en la cual el Estado peruano suscribió 11 (once) acuerdos de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y 03 (tres) acuerdos de solución amistosa ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En una segunda etapa que abarca los años 2008 – 2017 se habilitó títulos a varios magistrados y se suscribieron dos acuerdos de solución amistosa entre dos magistrados con el Estado peruano.

En esta primera etapa 2000 - 2007, los casos que han concluido procesalmente ante la CIDH (11) y la Corte IDH (3), por haber suscrito un acuerdo de solución y/o de reparación, son los siguientes:

3.1 ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA SUSCRITOS ANTE LA COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, PERÍODO 2000 – 2007

En este período se suscribió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos once (11) acuerdos de solución amistosa.

- 1) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 12.041 – Marina Machaca Apaza, suscrito el 06 de marzo del 2000. Mediante dicho acuerdo de solución amistosa el Estado Peruano reconoció su responsabilidad internacional por los actos violatorios

¹³ Es preciso mencionar que en el año 2000 estaba en funcionamiento la Dirección de Promoción y Difusión de Derechos Humanos del Consejo Nacional de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, y esta dirección desde el año 1993 hasta el año 2000 fu la que atendió y dio seguimiento a los procesos que se seguían contra el Estado peruano ante la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; es en el año 2001 se creó la Comisión Especial de Seguimiento y Atención de Procedimientos Internacionales (CESAPI) la que funcionó dentro de lo que es hasta el día de hoy el Consejo Nacional de Derechos Humanos.

a la libertad sexual de la señorita Marina Machaca Apaza perpetrados por el médico Gerardo Salmón Horna, funcionario del Ministerio de Salud. El Estado reconoció su responsabilidad¹⁴ y se comprometió a reparar los daños causados a la peticionaria; efectuar los correctivos necesarios para que hechos similares no vuelvan a ocurrir, y adoptar medidas de reparación tanto moral como material.

2) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 12.095 – Mariela Barreto Riofano, suscrito el 22 de diciembre de 2001, En dicho acuerdo se contempló el pago de una indemnización económica¹⁵, así como el otorgamiento de reparaciones no dinerarias.¹⁶

3) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 11.756 – Leonor La Rosa Bustamante, suscrito el 18 de febrero de 2002. En dicho acuerdo se contempló el pago de una indemnización económica¹⁷, así como medidas no patrimoniales¹⁸ y el otorgamiento de reparaciones no dinerarias.¹⁹

4) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 12.035 –Pablo Livia Robles, suscrito el 25 de julio de 2002. El Estado peruano reconoció responsabilidad internacional en base a los artículos 1°(1), 2°, 8°, 23°, 24°, 25° de la CADH, en agravio de la víctima Pablo Ignacio Livia Robles. El Estado peruano reincorporó al peticionario en el cargo de Fiscal Provincial Titular en lo Penal de Lima Asimismo, se le reconoció a la víctima una indemnización²⁰, la cual fue entregada en el mes de febrero de 2004.

5) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 11.317- General (r) Rodolfo Robles Espinoza, suscrito en octubre de 2003.²¹ El Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional en base a los artículos 5, 7, 8, 9, 11, 13, 25 y 1(1) de la CADH, en agravio de la víctima Rodolfo Robles Espinoza. El Estado peruano reconoció a la víctima una indemnización²², que incluyó daño material, daño moral, lucro cesante y cualquier gasto en el que se hubiere incurrido como consecuencia de los hechos

¹⁴ Debo señalar que hubo un demora en tomar acciones de investigación y sanción contra este médico del Hospital “Carlos Monge Medrano” de Puno, lo que implicó que continuara trabajando, debido a ello una menor de 17 años fue víctima por actos contra el pudor por este médico, quien las captaba con engaños en el mismo Hospital.

¹⁵ Indemnización ascendente a la suma de US\$156,923.87 (Ciento cincuentaseis mil novecientos veintitres y 87/100 dólares americanos), en calidad de lucro cesante, daño material y daño moral, la cual ya fue cancelada.

¹⁶ Salud y educación a favor de las menores hijas de la señora Mariela Barreto. Así como determinar la identidad de los responsables, a fin de ser sancionados por los hechos relativos al presente caso.

¹⁷ Indemnización ascendente a la suma de US \$120,000.00 Dólares Americanos, a favor de la víctima, la cual fue entregada.

¹⁸ Como el otorgamiento de prestaciones de salud y garantías personales tanto para ella como para sus hijos.

¹⁹ Salud y educación a favor de los menores hijos de la señora Leonor La Rosa. Así como determinar la identidad de los responsables, a fin de ser sancionados por los hechos relativos al presente caso.

²⁰ Indemnización ascendente a la suma de \$20,000.000 dólares americanos por concepto de indemnización, que incluye daño material, daño moral y lucro cesante.

²¹ Con fecha 12 de diciembre de 2002, se publica en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Suprema N° 268-2002-JUS, mediante la cual se autoriza al ex-Ministro de Justicia, Dr. Fausto Humberto Alvarado Doderó, a suscribir el Acuerdo de Solución Amistosa en el caso CIDH N° 11.317 – Rodolfo Robles Espinoza.

²² Indemnización ascendente a la suma de US\$40,000 (Cuarenta mil dólares americanos)

violatorios. Asimismo, con fecha 11 de junio de 2003 se realizó una ceremonia de desagravio público en favor del General (r) Rodolfo Robles Espinoza.²³

6) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 12.191 - María Mamérita Mestanza Chávez, suscrito el 26 de agosto de 2003²⁴. En este caso, el Estado reconoció responsabilidad internacional por la violación de los artículos 1.1, 4, 5 y 24 de la CADH, así como el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, en agravio de la víctima María Mamérita Mestanza Chávez.²⁵

7) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 11.149 – Augusto Alejandro Zúñiga Paz, suscrito el 13 de febrero de 2003²⁶. Mediante el referido acuerdo de solución el Estado peruano reconoció responsabilidad internacional en la violación de los artículos 1.1, 2, 5.1, y 8.1 de la CADH²⁷.

8) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH N° 12.078 – Ricardo Semoza Di Carlo, suscrito el 24 de octubre de 2003. Mediante dicho acuerdo el Estado peruano reconoció responsabilidad internacional en base a los artículos 1° inciso 1) y artículo 25° de la CADH, en agravio de Ricardo Semoza Di Carlo. Debe señalarse, que el peticionario tenía como pretensión económica la suma de \$100,000.00 (Cien mil dólares americanos), pero renunció de manera expresa a toda indemnización dineraria,

²³ Dicha ceremonia contó con la presencia del Ministro de Defensa, Ministro de Justicia, el Alto mando del Ejército e invitados del General (r) Rodolfo Robles.

²⁴ Con fecha 12 de diciembre de 2002, se publica en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Suprema N° 267-2002-JUS, mediante la cual se autorizó al ex Ministro de Justicia, doctor Fausto Alvarado Doderio, a suscribir el Acuerdo de Solución Amistosa en el caso CIDH N° 12.191 – María Mamérita Mestanza Chávez.

²⁵ El Estado se comprometió a realizar las investigaciones administrativas y penales a fin de determinar a los responsables de los actos de vulneración del derecho al libre consentimiento de la señora María Mamérita Mestanza Chávez, para que se sometiera a la ligadura de trompas, lo que originó su abrupta muerte. Asimismo, estableció una indemnización a favor de los beneficiarios ascendente a US\$10,000.00 dólares americanos para cada uno de los beneficiarios: el esposo superstita e hijos de la señora María Mamérita Mestanza, por concepto de reparación del daño moral. Se determinó la suma de US \$2,000.00 dólares americanos, por concepto de gastos de velorio y entierro de la señora Mestanza. Asimismo, el Estado Peruano se compromete a otorgar a los beneficiarios, por única vez, la suma de US \$57,000.00 dólares americanos, por concepto del tratamiento de rehabilitación psicológica, que requieren los beneficiarios como consecuencia del fallecimiento de la señora María Mamérita Mestanza Chávez. También lo relativo a educación tratándose de los menores beneficiarios.

²⁶ Con fecha 08 de marzo de 2003 se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Suprema N° 024-2003-JUS, mediante la cual se autorizó al entonces Ministro de Justicia a suscribir un Acuerdo de Solución Amistosa en el caso CIDH N° 11.149 – Augusto Alejandro Zúñiga Paz.

²⁷ Se reconoció a la víctima la suma de sesenta mil dólares americanos (\$60,000.000) por concepto de indemnización, que incluye daño material, daño moral y lucro cesante, indemnización que ha sido entregada el 20 de febrero de 2004. Asimismo, el Estado peruano se comprometió a garantizar el acceso a los recursos de la jurisdicción interna a la víctima o a su representante y/o abogados para hacer efectivo su derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación y actuar diligentemente ante las autoridades competentes para que éstas procedan a la investigación y sanción de todos los responsables de los hechos imputados. De otra parte se compromete a otorgar al beneficiario atención médica gratuita a través del sistema de salud público del Ministerio de Salud, incluyendo medicinas, rehabilitación y mantenimiento de la prótesis del brazo izquierdo.

considerando que su reincorporación a la Institución policial reviste un contenido ético de valor especial y superior al material.²⁸

9) Acuerdo de Solución Amistosa en la Petición 185/2002 – Roger Herminio Salas Gamboa, suscrito el 16 de diciembre de 2005.²⁹ El Estado peruano reconoció su responsabilidad respecto a lo establecido en los artículos 1º, 8º 1), 11º, 23º 1), 24º y 25º de la CADH, en agravio del Dr. Roger Herminio Salas Gamboa. Asimismo, se ordenó rehabilitarle el título de Vocal Titular de la Corte Suprema de Justicia de la República, a efectos que reasuma sus funciones.³⁰

10) Acuerdo de Solución Amistosa en el Caso CIDH Nro. 12.033 – Rómulo Torres Ventocilla, suscrito el 09 de febrero de 2006³¹. El Estado peruano reconoce su responsabilidad respecto a lo establecido en los artículos 8º inciso 1, 11º, 23º, inciso 1 c), 24º y 25º inciso 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por el agravio en perjuicio de Rómulo Torres Ventocilla durante el período de tiempo comprendido entre el 24 de abril de 1992, fecha en que fue arbitrariamente cesado, y el 25 de julio de 2002, fecha en la que fuera reincorporado efectivamente al Poder Judicial.

11) Solución Amistosa que comprende a Magistrados y Fiscales No Ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura. Con fecha 03 de septiembre de 2004, fue emitida la Resolución Suprema N° 207-2004-JUS, mediante la cual se conformó la *“Comisión de Alto Nivel encargada de elaborar una Propuesta de Solución Amistosa relativa a los Casos de Magistrados no Ratificados por el Consejo Nacional de la*

²⁸ Debe señalarse que el Estado peruano reconoció al peticionario, en calidad de indemnización, los siguientes beneficios:

- a) Reconocimiento del tiempo que estuvo apartado arbitrariamente de la Institución, como tiempo real y efectivo y a consecuencia del mismo, las prerrogativas y derechos inherentes a su grado en ejecución del artículo 2º de la Resolución Suprema N° 0501-2003-IN/PNP del 29 de agosto de 2003, incluyendo los beneficios económicos que se derivan, sin que ello implique el pago de los salarios y demás remuneraciones dejadas de percibir desde la fecha de su pase al retiro.
- b) Reincorporación inmediata a la Escuela Superior de la Policía Nacional del Perú (ESUPOL) a fin de que continúe el Curso de Estado Mayor para Mayores y Comandantes P.N.P. que venía realizando al momento de pasar a la situación de retiro.
- c) Regularización de los haberes, a partir de la fecha de su reincorporación, tomando en cuenta el nuevo cómputo del tiempo de servicios.
- d) Devolución del seguro de retiro de oficiales (FOSEROF y AMOF y otros) en mérito a lo dispuesto en el artículo 4º de la Resolución Suprema N° 0501-2003-IN/PNP del 29 de agosto de 2003.
- e) realización de una ceremonia pública. (La cual está pendiente)

²⁹ El día 18 de noviembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Suprema N° 243-2005-JUS: “Autorizan al Ministro de Justicia la suscripción del Acuerdo de Solución Amistosa en el caso CIDH N° 185/2002-Roger Herminio Salas Gamboa”.

³⁰ Adicionalmente, es conforme a derecho que el Estado peruano se comprometa a reconocer el tiempo de servicios no laborados, contados desde el 19 de septiembre de 2001 hasta la fecha de su efectiva reposición, para los efectos del cómputo de su tiempo de servicios, jubilación y demás beneficios laborales dejados de percibir. El Estado Peruano reconoció asimismo la cantidad de US\$ 20,000.00 dólares americanos (Veinte mil con 00/100 Dólares Americanos) por concepto de daño moral, atendiendo a la especial circunstancia de su no ratificación y demás hechos expuestos en la cláusula primera de este documento.

³¹ Con fecha 29 de diciembre de 2005 se ha publicado en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Suprema N° 271-2005-JUS: “Autorizan al Ministro de Justicia la suscripción del Acuerdo de Solución Amistosa en el caso CIDH N° 12.033”.

Magistratura que han interpuesto denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

Por Resolución Suprema N° 261-2005-JUS se autorizó al Ministro de Justicia a suscribir el Acuerdo de Solución Amistosa en las peticiones o casos ante la Comisión Interamericana relativos a Magistrados no ratificados por el Consejo Nacional de la Magistratura.

Mediante Resolución 156-2006-CNM se habilitó títulos a treinta y tres (33) jueces; por Resolución 157-2006-CNM se habilitó títulos a veinte (20) fiscales; por Resolución 019-2007-CNM se habilitó títulos a trece (13) fiscales; por Resolución 020-2007-CNM se habilitó títulos a catorce (14) fiscales; por Resolución 123-2007-CNM se habilitó títulos a sesenta y uno (61) magistrados; por Resolución 319-2007-CNM se habilitó títulos a once (11) magistrados y por Resolución 320-2007-CNM se habilitó títulos a tres (03) magistrados.

Asimismo, en este período se suscribieron tres (03) acuerdos de Reparación Integral ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1) Caso CDH Nro. 11.528 – Barrios Altos. (Sentencia de fondo y/o reparaciones de fecha 14 de marzo de 2001)

Con fecha 19 de febrero de 2001 el Estado peruano informó a la Corte Interamericana su reconocimiento de responsabilidad internacional en los hechos materia del presente caso. Finalmente, el Estado reconocería responsabilidad internacional por la violación del derecho a la protección judicial y a las garantías judiciales, consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con ocasión de haber omitido realizar una investigación exhaustiva de los hechos y de no haber sancionado debidamente a los responsables de los crímenes cometidos en agravio de las personas mencionadas.

El Estado peruano y los representantes de las víctimas fallecidas y víctimas sobrevivientes suscribieron un Acuerdo de Reparación Integral el 22 de agosto de 2001.

2) Caso CDH Nro. 10.009 – Durand y Ugarte.

El 26 de noviembre de 2001 el Estado remitió a la Corte el “Acuerdo de reparación integral a los familiares de las víctimas en el caso Durand y Ugarte”, formalmente celebrado entre el Estado, los familiares de las víctimas y sus representantes, suscrito el mismo día en Lima, Perú.

3) Caso CDH Nro. 11.768 – Pedro Huilca Tecse.

El Estado peruano se allanó a las pretensiones formuladas en la demanda por los familiares de la víctima, reconociendo la responsabilidad del Estado Peruano, y proponiendo, además, la firma de un Acuerdo de Solución Amistosa, acorde con las obligaciones que dimanarían de la Convención Americana de Derechos Humanos ratificada por el Estado peruano. Con fecha 03 de marzo de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expidió la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. La Corte IDH mediante la sentencia precitada³² de fecha 3 de marzo de 2005, homologó el Acuerdo de Solución Amistosa suscrito por las partes, y aceptó el allanamiento del Estado Peruano.

Es preciso señalar que existe una diferencia sustancial entre allanamiento y solución amistosa. Al respecto, de conformidad con el Capítulo V del Reglamento de la Corte IDH, un proceso iniciado ante ella puede terminarse de diferentes modos, a saber, por sentencia de fondo, por desistimiento de la parte demandante, por el allanamiento del demandado a las pretensiones de la contraparte, así como por medio de una solución amistosa, un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio.

Cuando se está frente a un allanamiento, corresponde a la Corte IDH, en el ejercicio de sus poderes inherentes de tutela judicial internacional de los derechos humanos, determinar si el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por un Estado demandado ofrece una base suficiente, en los términos de la Convención Americana, para continuar o no el conocimiento del fondo o si, en su caso, procede la determinación de las eventuales reparaciones, de conformidad con los artículos 53.2 y 55 del Reglamento de la Corte IDH.

³² La CDH decidió que:

1. Ha cesado la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso.
2. Conforme a los términos del allanamiento efectuado por el Estado, éste violó los derechos consagrados en los artículos 4.1 (Derecho a la Vida) y 16 (Libertad de Asociación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e incumplió la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio del señor Pedro Huilca Tecse, en los términos de los párrafos 64 a 79 de la presente Sentencia.
3. Conforme a los términos del allanamiento efectuado por el Estado, éste violó los derechos consagrados en los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, e incumplió la obligación establecida en el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de los siguientes familiares del señor Pedro Huilca Tecse: la señora Martha Flores Gutiérrez, pareja de la víctima; sus hijos, Pedro Humberto Huilca Gutiérrez, Flor de María Huilca Gutiérrez, Katuska Tatiana Huilca Gutiérrez, José Carlos Huilca Flores, e Indira Isabel Huilca Flores, así como de Julio César Escobar Flores, éste último hijastro de la víctima e hijo de la señora Martha Flores.

El allanamiento y la solución amistosa son dos modos diferentes de terminar un proceso, no pueden coexistir. El allanamiento consiste en una manifestación unilateral de la voluntad por parte del Estado y la solución amistosa se conforma por el acuerdo al que llegan las partes en una contienda.

3.2 ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA SUSCRITOS ANTE LA COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, PERÍODO 2008 – 2017

Es preciso aclarar que después del año 2005 no se ha vuelto a suscribir un acuerdo de Reparación Integral ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, los acuerdos de solución amistosa que se suscribieron en este período fueron:

Por Resolución 133-2008-CNM se habilitó el título a un fiscal; por Resolución 122-2011-CNM se habilitó títulos a veintiún (21) magistrados y por Resolución 123-2008-CNM se habilitó títulos a cinco (05) magistrados.

Asimismo, se suscribieron acuerdos de solución amistosa en las siguientes peticiones:

- 1) Tito Guido Gallegos Gallegos (P -1339 – 07).
- 2) Jesús Salvador Ferreyra Gonzales (P-288-08).

Mediante Resolución Suprema N° 193-2016-JUS del 20 de octubre de 2010 se formalizó el Acuerdo del Consejo de Defensa Jurídica del Estado de fecha 11 de mayo de 2016, a fin de que se suscriba el Acuerdo de Solución Amistosa con los Magistrados no Ratificados Tito Guido Gallegos Gallegos y Jesús Salvador Ferreyra Gonzales; y, autorizaron al Procurador Público Especializado Supranacional para que en representación del Estado peruano suscriba un Acuerdo con los magistrados antes mencionados.

4 SOBRE LA EJECUCIÓN DE LOS ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA: ASPECTOS PECUNIARIOS Y NO PECUNIARIOS

4.1 ASPECTOS DE CARÁCTER PECUNIARIO

Debo señalar que a nivel interno la manera como se ejecuta un acuerdo de solución amistosa puede adquirir diversas modalidades, lo cual es una decisión libre del Estado peruano. Como regla general esta decisión no puede ser observada por el organismo supranacional. De esta manera, entre las modalidades de solución amistosa interna tenemos:

4.1.1 Tratándose de asuntos pecuniarios existen diversas posibilidades

Que el pago de las reparaciones acordadas se obtenga del Presupuesto de la República. Es preciso indicar que anteriormente se hizo con dinero del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en perjuicio del Estado (FEDADOI)³³. Es preciso tener en cuenta que a partir de lo señalado en el artículo 53° del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1068 del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, señala que “Las Entidades del Estado asumirán con recursos propios el cumplimiento de las sentencias. Cuando sean dos o más las entidades obligadas al pago, éste se realizará de manera mancomunada y en partes iguales, con conocimiento del Consejo. Cuando en la Sentencia no se individualice a la Entidad del Estado obligada al cumplimiento de la obligación o del pago, será el Consejo quien lo determine, mediante el respectivo Acuerdo.” Con ello se entiende que es la entidad involucrada en la vulneración de un derecho humano la que deberá asumir el pago del concepto de reparación determinado ya sea en un acuerdo de solución amistosa o en una Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tratándose de reparaciones dinerarias, el Estado peruano viene dando cumplimiento a aquellas establecidas en las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y también a las indemnizaciones determinadas vía acuerdos de solución amistosa en casos que se encuentran ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Debe precisarse, que hasta el año 2007 aproximadamente el 60% de los casos atendidos y que dispusieron reparaciones dinerarias, fueron asumidos con dinero del FEDADOI; el 40% fue asumido con Presupuesto del Ministerio de Justicia. Una vez que se creó el Sistema del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, como apreciamos, las reparaciones deberán ser asumida con dinero de la entidad que ha vulnerado derechos humanos o de manera solidaria con otra entidad. Esta figura de pago de manera solidaria, al mes de agosto de 2017, es aún una figura que no se ha presentado o resuelto en algún caso en específico.

Quizás la situación que más se acerca a un pago solidario es el pago de las reparaciones en el caso “Aguado Alfaro y otros Vs. Perú” conocido como el caso “Trabajadores cesados del Congreso”. Sin embargo, es una situación que se ha presentado de manera imprevista una parte de las reparaciones (daño material) ha sido asumida por el Congreso de la República y lo relacionado a la reparación por daño inmaterial está siendo asumida en parte por el Ministerio de Justicia y Derechos

³³ Mediante Ley N° 28476, se aprobó la Ley del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado – FEDADOI. Asimismo, de conformidad con el artículo 3 del Decreto Supremo N° 082-2005-PCM, publicado el 27 de octubre de 2005 en el Diario Oficial “El Peruano”, la Secretaría Técnica del Fondo Especial de Administración del Dinero Obtenido Ilícitamente en Perjuicio del Estado - FEDADOI, quedó a cargo del Ministerio de Justicia.

Humanos en atención a lo señalado en la Ley N° 27775³⁴, algo que está por resolverse pues se trata de personas que trabajaron en el Congreso de la República y a ello además se debe tener presente lo señalado en el artículo 53° del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS, antes citado.

4.2 ASPECTOS DE CARÁCTER NO PECUNIARIO COMO LA REINCORPORACIÓN

Trataré el tema de maneras sucinta pues este aspecto es bastante amplio. Tratándose de una solución amistosa, el Sector Justicia en representación del Poder Ejecutivo no tendría manera de obligar a una entidad estatal de que cumpla con la reincorporación de la víctima a su cargo que desempeñaba antes de la violación de sus derechos humanos. Por ello, es necesario que tratándose de casos referidos a reincorporaciones que deberán ser ejecutadas por organizaciones autónomas, es recomendable que deban ser ellas partes suscribientes en ese extremo del acuerdo de solución amistosa. Así sucedió en el caso del P.N.P Ricardo Semoza Di Carlo, solución amistosa que fuera suscrita el 24 de octubre de 2003, en la cual firmaron el Ministerio del Interior (Sector del Ejecutivo involucrado directamente), El Ministro de Justicia y el peticionario.³⁵

En consecuencia vemos que es recomendable que la parte nacional involucrada suscriba el acuerdo de solución amistosa para asegurar el mejor cumplimiento.

Hay otros casos en los que la otra parte involucrada no ha firmado el acuerdo de solución amistosa pero se ha comprometido verbalmente a la reincorporación de la víctima. Así ha sido en el caso CIDH N° 12.035 relacionado al Fiscal Pablo Livia Robles, quien fuera reincorporado por la titular del Ministerio Público, no obstante no hubiera suscrito el referido acuerdo. En el supuesto caso de que la reincorporación no se realice, el caso seguirá su curso ante la Comisión Interamericana y eventualmente ante la Corte IDH.

También ha ocurrido que el proceso de solución amistosa concluyó sin un resultado positivo, como consecuencia de no llegarse a un consenso entre las partes, debido a que por un lado los peticionarios solicitaban su reposición y el pago de sus sueldos caídos y, por otro, la entidad generadora de la violación de sus derechos humanos ofreció sólo una indemnización monetaria, señalando que no era posible la reincorporación de los ex trabajadores por falta de presupuesto o porque esas plazas ya no existían dentro de la estructura organizacional de la empresa.

³⁴ Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales.

³⁵ El señor Ricardo Semoza Di Carlo fue reincorporado mediante Resolución N° 0501/2003-IN/PNP de fecha 29 de agosto de 2003.

4.3 ASPECTOS DE CARÁCTER NO PECUNIARIO COMO SALUD, EDUCACIÓN, TRABAJO Y OTROS

Se ha considerado las reparaciones de carácter no dinerario como una forma de reparación integral a las víctimas y /o beneficiarios de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

Puedo señalar que hasta el año 2007 en los procesos de solución amistosa se conformaron en algunos casos Comisiones Multisectoriales para arribar a una eventual solución amistosa en la cual se incorporaron representantes de los Ministerios de Educación, Salud y Trabajo con el fin de coordinar y viabilizar de manera integral el cumplimiento de las reparaciones. Una reparación integral constituye una responsabilidad y deber del Estado, a fin de restituir derechos ciudadanos a quienes fueron afectados.

Por ejemplo en el Caso CDH-11.528-Barrios Altos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló como reparaciones no pecuniarias lo siguiente:

- a) Atención gratuita en el establecimiento de salud correspondiente a su domicilio y en el hospital o instituto especializado de referencia correspondiente, en las áreas de: atención de consulta externa, procedimientos de ayuda diagnóstica, medicamentos, atención especializada, procedimientos diagnósticos, hospitalización, intervenciones quirúrgicas, partos, rehabilitación traumatológica y salud mental.
- b) Becas a través del Instituto Nacional de Becas y Crédito Educativo.
- c) Materiales educativos; textos oficiales para alumnos de educación primaria y secundaria; uniformes; útiles escolares y otros.
- d) Publicar la sentencia de la Corte en el Diario Oficial El Peruano, y difundir su contenido en otros medios de comunicación.
- e) Erigir un monumento recordatorio.

5 EL DERECHO DE HOMOLOGAR LAS SOLUCIONES AMISTOSAS POR PARTE DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA

Como ya hemos afirmado los Estados partes en estricto cumplimiento de sus obligaciones adquiridas con la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y de otros instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, y consiente de que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente, constituyendo la reparación pecuniaria y la sanción penal de los responsables la forma más justa y equitativa de hacerlo, en tal virtud aceptan su responsabilidad internacional resolviendo llegar a una solución amistosa de conformidad con lo establecido en los artículos 48.1 lit. (f), 49, de la Convención Americana sobre

Derechos Humanos y 45 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido se pone a conocimiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el Acuerdo de Solución Amistosa, con el objeto que este organismo lo homologue y ratifique en todas sus partes. El procedimiento de homologación se da cuando la Comisión reitera su reconocimiento al Estado parte por su voluntad de resolver el caso a través de medidas compensatorias, incluyendo las necesarias para sancionar a los responsables de las violaciones alegadas. En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos reitera asimismo su reconocimiento a la peticionaria por la aceptación de los términos del acuerdo en referencia.

Debe señalarse que la CIDH seguirá acompañando el cumplimiento del compromiso asumido por el Estado parte relativo al enjuiciamiento y sanción de los responsables de las violaciones alegadas y la cancelación de los intereses por mora, compromisos que no han sido cumplidos hasta la fecha.

La CIDH ratifica que la modalidad de solución amistosa contemplada en la Convención Americana permite la terminación de los casos individuales en forma no contenciosa, y ha demostrado, en casos relativos a diversos países, ofrecer un vehículo importante de solución de presuntas violaciones, que puede ser utilizado por ambas partes (peticionaria y Estado).

En ese sentido, la CIDH insta a los Estados partes a tomar las medidas necesarias para cumplir con el compromiso pendiente relativo al enjuiciamiento y sanción de los responsables de las violaciones alegadas y a continuar con el seguimiento y la supervisión de todos y cada uno de los puntos del acuerdo amistoso, y en este contexto, todo Estado debe cumplir con su compromiso de informar a la CIDH del cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del arreglo amistoso al que se haya arribado.

Podemos concluir entonces que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se reserva el derecho de homologar las soluciones amistosas a fin de imprimirle el carácter de obligatoriedad al compromiso asumido mediante el Acuerdo de Solución Amistosa y a fin de garantizar su irrestricto cumplimiento.

6 ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LOS ACUERDOS DE SOLUCIÓN AMISTOSA

La etapa procesal oportuna para invitar o solicitar el inicio de un procedimiento de solución amistosa, es en el momento en el que la Comisión

Interamericana admite la petición como caso para iniciar su estudio del fondo, según ha sido la práctica reciente del precitado órgano supranacional.

La solución amistosa permite generar espacios de diálogo entre peticionarios y Estados, donde estos pueden alcanzar acuerdos que establezcan medidas de reparación beneficiosas para las presuntas víctimas, como una forma de reconciliación con las víctimas, cuando es evidente la violación de los derechos humanos.

Para que un acuerdo de solución amistosa sea efectivo, primero debe haber la voluntad de las partes de llegar a una solución amistosa del asunto y además debe darse el cumplimiento de las medidas de reparación que contempla el acuerdo de solución amistosa, muchos acuerdos han sido observados pues algunos aspectos no se han podido a la fecha cumplir, específicamente el tema de investigación.

La manera como se ejecuta un acuerdo de solución amistosa puede adquirir diversas modalidades, lo cual es una decisión libre del Estado peruano. Como regla general esta decisión no ha sido jamás observada por el organismo supranacional. Hay un acaso en el cual la víctima renunció a la reparación económica si es que se le daba prioridad a su reincorporación en la institución donde trabajaba (Caso Ricardo Semoza Di Carlo). Asimismo, algunos casos de solución amistosa han contemplado en un 70% reparaciones de carácter no dinerario (Caso Marina Machaca Apaza).

Se ha considerado las reparaciones de carácter no dinerario como una forma de reparación integral a las víctimas y /o beneficiarios de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

CONCLUSIONES

1. Un Estado responsable de violar una norma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está obligado jurídicamente, entre otras cosas, a dar a las víctimas de la violación una reparación suficiente, efectiva y rápida.

2. En el año 2008 se crea en el Perú el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, el cual tiene como tiene por objeto la creación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado con la finalidad de fortalecer, unificar y modernizar la defensa jurídica del Estado en el ámbito local, regional, nacional, supranacional e internacional, en sede judicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional, órganos administrativos e instancias de similar naturaleza, arbitrajes y conciliaciones, la que está a cargo de los Procuradores Públicos, cuyo ente rector es el Ministerio de

Justicia y está representado por el Presidente del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

3. El Procurador Público Supranacional ejerce la defensa jurídica del Estado en instancias Supranacionales y adquiere la denominación de Agente del Estado Peruano ante la Corte Supranacional. Este Procurador Público puede proponer la designación del Agente Alterno que lo asistirá en la defensa jurídica del Estado en la Corte Supranacional.

4. La suscripción de un acuerdo de solución amistosa será autorizada por el Consejo de Defensa Jurídica del Estado y formalizada con Resolución Suprema refrendada por el Ministro de Justicia y de otros sectores involucrados, de ser el caso. Cuando el caso comprenda a otras entidades del Estado distintas al Poder Ejecutivo, se deberá contar con la opinión favorable del Titular de la entidad.

5. Las vías para iniciar una eventual solución amistosa se da: a) Cuando el Estado Peruano se pone a disposición de la CIDH a fin de llegar a una eventual solución amistosa; b).- Cuando la CIDH se ha puesto a disposición de las partes a fin de llegar a una eventual solución amistosa; y c) cuando el peticionario se pone a disposición para lograr una solución a la controversia.

6. La manera como se ejecuta un acuerdo de solución amistosa puede adquirir diversas modalidades, lo cual es una decisión libre del Estado peruano. Como regla general esta decisión no es observada por el organismo supranacional.

7. La entidad involucrada en una vulneración de derechos humanos establecidos en la Convención Americana es la que deberá asumir el pago de las reparaciones a las que se haya acordado en un acuerdo de solución amistosa. Si se tratan de más de una entidad deberán asumir en forma solidaria.

8. Se ha considerado las reparaciones de carácter no dinerario como una forma de reparación integral a las víctimas y /o beneficiarios de las víctimas de violaciones de derechos humanos, pues una reparación integral constituye una responsabilidad y deber del Estado, a fin de restituir derechos ciudadanos a quienes fueron afectados.

9. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se reserva el derecho de homologar las soluciones amistosas a fin de imprimirle el carácter de obligatoriedad al compromiso asumido mediante el Acuerdo de Solución Amistosa y a fin de garantizar su irrestricto cumplimiento.

10. Uno de los aspectos que el Estado peruano ha considerado es que la protección de los derechos y la reparación ante la vulneración de los mismos es el principal marco para la reconciliación entre las partes involucradas.

11. El Estado peruano ha buscado dar solución a muchos de violaciones de derechos humanos a través de acuerdos de solución amistosa con las partes afectadas, reconociendo su responsabilidad internacional y de una forma en búsqueda de aquella paz y reconciliación anhelada.

12. Mediante un acuerdo de solución amistosa se busca una reparación integral que pueda resarcir el daño ocasionado, pues la reparación es un acto de justicia y un deber de reconstruir lo dañado. De esta manera, el Estado ha buscado reparar a las víctimas a través de un reconocimiento internacional por la afectación de los derechos humanos, constituyendo esta reparación instrumentos de reconciliación.

REFERÊNCIAS

EL DERECHO A LA PAZ EN CONTEXTOS POST CONFLICTO: ¿SIGNIFICADO NORMATIVO O SIMBÓLICO?

Juan Alberto Castañeda Méndez ¹

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo brindar algunas reflexiones a modo de respuesta frente a al problema; si el derecho a la paz en situación de post conflicto, tiene un significado normativo constitucional como valor o simplemente es un discurso retórico como efecto contrario a una determinada situación. Para tal propósito me serviré del caso colombiano a través de la jurisprudencia de su Corte Constitucional.

Palabras Claves: Derecho a la Paz, Corte Constitucional Colombiana, Post conflicto, Normativo, Simbólico.

INTRODUCCIÓN

Reflexionar sobre el derecho a la paz en términos de una sociedad latinoamericana, puede resultar un poco idílico, en tanto que los contextos en que se desarrolla nuestra américa son categorías de guerra, conflictos como discusiones de todo orden; sin embargo, quepa la posibilidad de pensar en otros términos como revertir dicha situación como una suerte de obligación moral y cumplimiento de la función social del Derecho.

Bajo el mencionado esquema de cambio, pensaremos la categoría del derecho fundamental a la Paz desde la perspectiva Constitucional como Internacional, junto con los imaginarios sociales que se tiene al respecto.

Para tal propósito nos centraremos en la configuración de la paz, antes que en contextos doctrinarios u otros escenarios que podría distraernos del objetivo propuesto.

¹ Abogado. Socio fundador del Grupo Consultor Jurídico y Académico Íncpius Sac. Presidente del Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades Apex Iuris. Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de la Libertad. Director de la Sociedad de Filosofía de Derecho y Estado Constitucional Apex Iuris. Director de la Revista Interdisciplinaria "Asimetría". Director General de los Cuadernillos de Investigación Especializada "Derecho & Razón". Publicaciones y Ponencias en sede nacional e internacional sobre Constitucionalismo Global, Derechos Fundamentales, Derecho Procesal y Filosofía del Derecho.

I CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PAZ

Es innegable que el derecho a la Paz ha sido conceptualizado desde las diversas mutaciones o modificaciones constitucionales que podrían haber sufrido la norma suprema de cada país.

Sin mayor preámbulo preguntémosnos; ¿es la paz un derecho?, de manera independiente cómo esté configurado de manera legal o vinculado a qué derecho, nos importa conocer cómo se comprende la Paz en situaciones extremas o contrarias a sus presupuestos que se busca en cada país.

En este sentido, la Corte Constitucional parte del supuesto de que hay conceptos como la paz que son imposibles de definir contrafácticamente, puesto que el sistema jurídico es capaz de indicar, de manera contrafáctica, que no se está en guerra (se ha firmado una rendición, por ejemplo), pero no puede, sin embargo, decretar la paz. Esta, entendida como una ausencia de un grado superlativo de violencia – pues paz no necesariamente es mero antónimo de la guerra—, se verifica, es un hecho empírico o, como mínimo, un estado de cosas que únicamente se percibe anímicamente. Ello apareja que el arsenal conceptual del sistema del derecho es incapaz de abarcar y aprehender el concepto de paz. Este es un supuesto del sistema².

Se puede observar a su vez que la sentencia T-439 de 1992, recurriendo a la teoría de la indivisibilidad de los derechos (consagrada entre otros en el Protocolo de San Salvador) que el derecho a la paz es un presupuesto del goce de los demás derechos consagrados en la Constitución Colombiana. La corte constitucional asume así una nueva concepción que implica a la teoría de los derechos en sentido siguiente: *el asunto de las generaciones tiene un valor académico e histórico si se quiere, pero desde el punto de vista jurídico todos tienen una relación inescindible con el principio de dignidad humana*³.

Ahora bien, de la discusión entre derechos civiles y derechos sociales sobre sus judicialización, parece suceder lo mismo sobre el derecho a la paz. Si bien es cierto que no necesariamente todos los derechos son tutelables (entre ellos la paz) aquello no quiere significar que no tenga una relación muy estrecha con otros derechos conexos que la Constitución o los Tratados lo regula. Es más la distinción clásica entre derechos de abstención (tutelables) y derechos de prestación (no tutelables) se desvanece con el derecho a la paz, porque según la Sentencia T-102 de 1993, el derecho a la paz tiene como correlato:

² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-695/02. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

³ La relación entre paz y dignidad fue trabajada en la Sentencia C-328 de 2000.

- i) Una obligación de abstención por parte del Estado en el sentido de evitar a toda costa tomar acciones que lleven a su perturbación; y
- ii) Acción por parte de las autoridades, en el entendido de enlazar sus funciones para el logro de esta.

Ahora bien, uno de los mayores desarrollos del derecho a la paz se ha realizado a través de la concreción de sus límites o excepciones, como el caso de la guerra justa, el derecho humanitario y la justicia transicional⁴.

Avanzando un poco más, la Sentencia C-370 de 2006 – que resulta ser un hito en el entendimiento del derecho a la paz – siguiendo muy de cerca los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte ha establecido que uno de los límites del derecho a la paz es el logro de la justicia. Es decir; gracias al bloque de constitucionales que incorpora dentro del diálogo interno de los derechos a los tratados internacionales, se posibilita que la paz sea una categoría de exigencia en términos de promoción, defensa como también de sanción.

Por otro lado; relación entre justicia y paz es casi que inexorable. Se puede pensar y decir sin temor a reparos que la justicia viene ser aquel valor que complementa la paz; es decir, sin ningún tipo o rasgo de justicia formal o material no se podría estar hablando de paz. Para esto resulta, así como se pretende el derecho a la paz conocer en tanto valor normativo constitucional o usado como discurso retórico de sólo entenderlo como en antónimo de la guerra, que reflexionar sobre el deber de contribuir a la paz.

Sobre el deber de contribuir a la paz, resulta muy ilustrativa la Sentencia C-876 de 2002, mediante la cual la Corte Constitucional analiza el concepto de paz desde la perspectiva de los *deberes del Estado y los ciudadanos en materia impositiva*⁵. En esta línea, señala la Corte:

⁴ En ese sentido puede verse por ejemplo la Sentencia C-139 de 1993 (Magistrado ponente: Jorge Arango) en la cual se desarrolla la otra cara de la paz: su dimensión como un deber. Aunque no esté definido de forma autónoma se le relaciona con el principio de solidaridad. En el caso algunas personas interpusieron una acción de tutela para que removieran una estación de policía que según los accionantes ponía su vida en riesgo porque era una invitación a un ataque de la guerrilla. En ese sentido, se dijo que en virtud de la paz como deber en unión con el principio de solidaridad, se deben soportar ciertas cargas para el logro efectivo de la paz y por esa razón se denegó la solicitud.

⁵ La norma demandada fue el Decreto 1338 de 2002 “Por medio del cual se crea un impuesto especial destinado a atender los gastos del Presupuesto General de la Nación necesarios para preservar la seguridad democrática”, expedido en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 213 superior y en desarrollo del Decreto 1387 del 11 de agosto de 2002 que declaró el Estado de Conmoción Interior en todo el territorio nacional. La Corte lo declaró exequible en el entendido en que debe estar directa y específicamente encaminado a conjurar las causas de la perturbación.

Se entiende la paz como lo contrario de la guerra (...) No significa lo anterior, que la paz sea sólo lo opuesto a la guerra, significa también cooperación interestatal, y entre los individuos de una nación, aprecio mutuo y conciencia del valor de la seguridad. Es igualmente un clima de tranquilidad en el desarrollo de las actividades humanas. Porque la paz es un logro del buen uso de la libertad de las conductas sociales e individuales⁶.

Hasta aquí hemos visto, la concepción sobre del derecho, sus límites, deberes de contribuir y ahora corresponde saber qué medidas atiende la corte frente al derecho de la paz a fin de asegurarla. Para ello es necesario citar también la decisión contenida en la Sentencia C-422/02, en la cual el Honorable Tribunal declara exequible condicionadamente la norma demandada⁷ relativa a la facultad de la autoridad para imponer una medida de policía – multa – a quien se niega a proporcionar datos requeridos para el cumplimiento de una finalidad de interés general⁸. Allí se establece que los límites de las autoridades públicas para el ejercicio de sus funciones están determinados por los derechos fundamentales de los administrados, lo que en otras palabras expresa el mandato constitucional consistente en que el Estado no puede realizar exigencias que desborden el contenido de los deberes ciudadanos en nombre del mantenimiento de la paz.

Finalmente, sobre el tema de la solución pacífica de conflictos de carácter no internacional e internacional, la Corte Constitucional en Sentencia C-991/00, recordó que la paz real y la no violencia son fines que se logran bajo los presupuestos de la diferencia y la tolerancia. Esto supone incorporar el elemento de alteridad tratado anteriormente, a la par con el concepto de cooperación internacional el cual, en el caso bajo examen, es imprescindible para cumplir con la obligación internacional de prohibir las minas antipersonales y procurar su destrucción⁹.

⁶ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-876/2002. Magistrados ponentes: Álvaro Tafur Galvis, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño, Jaime Araujo Rentera, Clara Inés Vargas Hernández, Eduardo Montealegre Lynett, Rodrigo Escobar Gil y Manuel José Cepeda Espinosa.

⁷ La norma demandada es el artículo 31 del Decreto-Ley 522 de 1971, cuyo texto señala: “[e]l que requerido por funcionario o empleado público en ejercicio de sus funciones, declare falsamente o rehúse dar datos sobre la identidad, estado u otras generalidades de la ley acerca de su propia persona o de otra conocida incurrirá en multa de cien a quinientos pesos”.

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-422/02. Magistrados ponentes: Álvaro Tafur Galvis, Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Clara Inés Vargas Hernández, Eduardo Montealegre Lynett, Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Córdoba Triviño y Jaime Araujo Rentería.

⁹ 9 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-991/00. Revisión constitucional de la Ley 554 del 14 de enero de 2000 “Por medio de la cual se aprueba la ‘Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción’, hecha en Oslo el dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y siete (1997)”. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

II COLORARIO PROVISIONAL

A modo de una conclusión provisional, hemos visto que la paz tiene una serie de conceptos como diversos parámetros de límites y de cautela. Que atendiendo a nuestra pregunta inicial, la paz como derecho fundamental tiene un significado normativo constitucional que se alimenta del bloque de constitucionalidad en tanto la misma constitución como de los tratados internacionales; sin embargo, su tratamiento o fomento se hace desde un ámbito discursivo o retórico que muchas veces induce a la discusión teórica o sobre sus prepuestos.

REFERÊNCIAS

PROMOVIENDO LA PAZ EN LIMA NORTE A TRAVÉS DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN “JUSTICIA, PAZ Y SEGURIDAD”

Reyler Rodríguez Chávez ¹

“Hacia un cambio positivo de la justicia tradicional, con el impulso y puesta en práctica de los fundamentos de la Justicia Restaurativa”

RESUMEN

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” permite reforzar el sistema judicial que ha culminado con una sentencia con reserva de fallo condenatorio, mediante charlas, talleres y terapias que permiten educar y sensibilizar al sentenciado, con el objetivo de que éste tome conciencia de su infracción y repare los daños causados a la víctima, quien también es invitada a participar. La finalidad es además, detener la comisión de nuevas faltas, prevenir su comisión y evitar en el futuro la comisión de delitos más graves. En estas sentencias se dispone como regla de conducta, el deber del sentenciado de participar del programa. El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” busca convertir al sentenciado en el actor principal de un cambio positivo, para que sea el propio sentenciado quien difunda el mensaje y la conversión a su entorno familiar y social. Se incide en reparar los daños ocasionados con la colaboración del responsable, concientizándolo de que no solo es el causante del problema, sino principalmente, que es la pieza clave de la solución.

Palabras-clave: Paz, justicia, prevención y justicia restaurativa.

1 ORIGEN DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, nace como una alternativa del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Sede Comisaría, Turno B, para reforzar la prevención y hacer frente el incremento constante de faltas

¹ Presidente de la Academia Mundial de Justicia Restaurativa. El autor, diseñó y aplicó el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, cuando desempeñaba funciones como Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, durante el periodo julio/2011 a marzo/2014. Actualmente desempeña funciones como Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial de Lima Norte, donde viene aplicando un Programa de Prevención en Accidentes de Tránsito “Vidas, Salvando Vidas”.

-lesiones dolosas y hurto principalmente- en el Distrito de Independencia². Pues se pudo constatar que ambas faltas, desde el año 2010 representaban más del 88% del total de procesos judiciales por falta que se tramitan en este órgano jurisdiccional, existiendo en cada año un índice de permanencia constante de más del 62% en la falta de lesiones dolosas, y un índice de crecimiento de más del 30% por año, en caso de la falta de hurto simple.

Esta realidad nos permitió concluir que el marco regulatorio de las faltas no es eficiente para reparar los daños a la víctima, evitar la comisión de faltas y detener su incremento. Tampoco es eficiente para impedir la reincidencia o la comisión de hechos más graves como delitos o crímenes. Frente a ello, se consideró necesario innovar un programa, enfatizando en la prevención y la Justicia Restaurativa.

La esencia del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* radica en considerar que no solo se debe buscar la aplicación de una sanción al responsable y abandonarlo a su suerte, como ocurre actualmente, sino que se debe buscar la verdadera recomposición del conflicto generado por la comisión de la falta, concientizando y sensibilizando al infractor, y brindando tutela oportuna y garantizando la reparación de los daños a la víctima.

El Programa brinda atención al infractor, a quien se brinda educación, sensibilización y una nueva mentalidad para motivar un cambio de actitud positiva, emprendimiento, respeto a los derechos y deberes, impulsando así su bienestar personal y familiar.

El concepto del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* es que una persona enferma (víctima e infractor) no puede ser privada de atención, pues ello agravaría su condición. Se debe dotarla de una vacuna, antídoto o esperanza; esto es, el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*. A partir de allí se busca garantizar los derechos de la víctima a ser efectiva y oportunamente reparada por los daños sufridos.

2 EL PROGRAMA COMO REGLA DE CONDUCTA EN SENTENCIAS CON RESERVA DE FALLO CONDENATORIO

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* es incorporado como regla de conducta en las sentencias con reserva de fallo condenatorio, que han sido dictadas en un proceso de faltas. De esta manera, el Programa permite la

² El Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante Resolución N° 026-2014-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, fue convertido a partir del 01 de marzo del 2014, en Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial del mismo Distrito Judicial.

inédita concatenación del proceso judicial de faltas seguido bajo los cánones del sistema retributivo, con un proceso de naturaleza restaurativa. De este modo, los resultados logrados en el primer proceso son reforzados con los preceptos de la Justicia Restaurativa.

El artículo 62° del Código Penal permite al Juez que, no obstante habiéndose acreditado la responsabilidad penal del infractor, pueda reservar el fallo condenatorio durante un periodo de prueba determinado, cuando apreciando las circunstancias individuales del infractor al momento de la expedición de la sentencia, se pueda pronosticar motivadamente que no cometerá una nueva falta. Este dispositivo establece tres casos en los que se aplica la reserva de fallo condenatorio:

- a) Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
- b) Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
- c) Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de rehabilitación.

Mediante la reserva de fallo condenatorio el Juez se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia, aplicando en su lugar medidas alternativas y menos gravosas para el infractor, como las reglas de conducta.

El artículo 64° del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, establece las reglas de conducta que se aplican cuando se haya dispuesto la reserva del fallo condenatorio, siendo las siguientes:

- 1) Prohibición de frecuentar determinados lugares;
- 2) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- 3) Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
- 4) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando se demuestre que esté imposibilitado de hacerlo;
- 5) Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
- 6) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
- 7) Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
- 8) Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” precisamente se incorpora como regla de conducta que debe cumplir el infractor durante el periodo de prueba, el mismo que tiene una duración mínima de un año.

3 OBJETIVOS DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* ha sido diseñado para alcanzar determinados objetivos que están dirigidos a recomponer el conflicto y los daños causados por la falta o el delito, y con ello, fortalecer la administración de justicia en este tipo de procesos. En este sentido, se ha establecido un objetivo general y varios objetivos específicos para alcanzar la plena efectividad del Programa.

3.1 OBJETIVO GENERAL

Implementar y desarrollar el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* a través de sentencias con reserva de fallo condenatorio, en Juzgados de Paz, Juzgados de Paz Letrado, y Juzgados Especializados o Mixtos, como medio efectivo de prevención en materia de faltas y delitos, que permita alcanzar la solución integral del conflicto, priorizando la reparación del daño causado a la víctima, en base a la educación y sensibilización de infractores y víctimas.

3.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

a) Organizar un equipo humano de carácter multidisciplinario encargado de ejecutar el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, debiendo estar conformado por el personal de los Juzgados, magistrados, psicólogos y educadores de las Cortes Superiores de Justicia del país, por representantes de la Policía Nacional del Perú, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública, e instituciones involucradas en el tema de la prevención.

b) Establecer mecanismos adecuados para promover la participación activa de los infractores y víctimas en las distintas etapas y tipos de procesos que comprende el Programa, garantizando en todo momento sus derechos humanos.

c) Desarrollar dentro del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, un proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas, que comprende básicamente tres etapas: una de carácter educativa, una de carácter psicológico, y la fase del perdón entre víctimas e infractores.

d) Desarrollar dentro del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, un proceso restaurativo para la falta de hurto simple, que contempla tres etapas: una de carácter educativa, una etapa de sensibilización y una de autoayuda y prevención colectiva.

e) Impulsar la aplicación y réplica del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, en todos los Juzgados de Paz, Juzgados de Paz Letrado,

Juzgados Especializados o Mixtos, y órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Peruano donde pueda resultar aplicable, con las modificaciones que cada caso particular amerite.

f) Difundir el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, a través del Poder Judicial y diversas instituciones públicas y privadas, en el país y el extranjero, como mecanismo efectivo en la prevención de conductas ilícitas.

4 ESTRUCTURA DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* ha sido cuidadosamente diseñado a fin de cumplir con los objetivos trazados y desarrollar los fundamentos de la Justicia Restaurativa.

En este caso, el programa se ha estructurado atendiendo a la realidad de un determinado Juzgado (el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Sede Comisaría), donde la mayor cantidad de conflictos corresponden a las faltas de lesiones dolosas y hurto simple.

De esta manera, el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, está conformado por dos procesos restaurativos, uno para lesiones dolosas y otro para hurto simple. En ambos casos el programa desarrolla dos elementos fundamentales: a) la capacitación de infractores y víctimas a través de la educación y, b) la concientización y sensibilización de las partes a través de terapias, charlas y talleres psicológicos.

4.1 PROCESO RESTAURATIVO PARA LA FALTA DE LESIONES DOLOSAS

En el caso de la falta de lesiones dolosas, el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* desarrolla un proceso restaurativo que tiene tres etapas: etapa de capacitación, etapa de sensibilización y etapa del perdón.

Proceso restaurativo para la faltas de lesiones dolosas



4.1.1 Etapa de capacitación

Esta primera fase del programa busca educar y capacitar al infractor acerca de las consecuencias de su conducta y sus efectos personales, familiares y sociales. Muchos infractores no son plenamente conscientes de las repercusiones de sus acciones, siendo el programa el medio ideal para la enseñanza y la reflexión en torno a la conducta ilícita, la violencia física y psicológica.

La tarea educativa también alcanza a las víctimas, las que conjuntamente con los infractores conocen de cerca temas de justicia básica, faltas y delitos, violencia doméstica y de cómo su participación será de vital ayuda en la prevención social y la seguridad ciudadana.

Esta etapa se desarrolla por medio de charlas con la participación de un pequeño grupo de infractores y víctimas. La necesidad de un número limitado (que

no superen las 12 personas) radica en la necesidad de entablar un diálogo accesible y directo, de discusión e intercambio mutuo de conocimientos y experiencias que ayuden en el objetivo educativo.

Las charlas se realizan en el Juzgado y están a cargo de capacitadores y especialistas en el tema, como jueces, abogados, educadores, policías, especialistas en temas de seguridad y prevención y profesionales de instituciones vinculadas a la administración de justicia.

4.1.2 Etapa de sensibilización

La segunda fase es del proceso restaurativo diseñado para la falta de lesiones dolosas, es de carácter psicológico y su finalidad es sensibilizar y concientizar al infractor, mostrándole mediante talleres, terapias y dinámicas especialmente diseñadas, las consecuencias de sus acciones, desde el punto de vista legal, los daños materiales y físicos, y, principalmente las repercusiones emocionales y psicológicas en él y especialmente en la víctima.

Esta etapa busca apelar al lado humano y sensible del infractor, haciéndole ver toda la magnitud del daño que ha ocasionado e informándole del sufrimiento que la víctima ha padecido por su causa.

En muchos casos víctima e infractor, se hallan frente a frente y tienen la oportunidad de escucharse mutuamente, generándose mayor sensibilidad en las partes.

La participación de la víctima también es importante, pues el programa permite fatigar su sufrimiento brindando un espacio adecuado de tutela y acompañamiento, constituyendo un medio para el logro de la justicia deseada por las víctimas.

4.1.3 Etapa del perdón

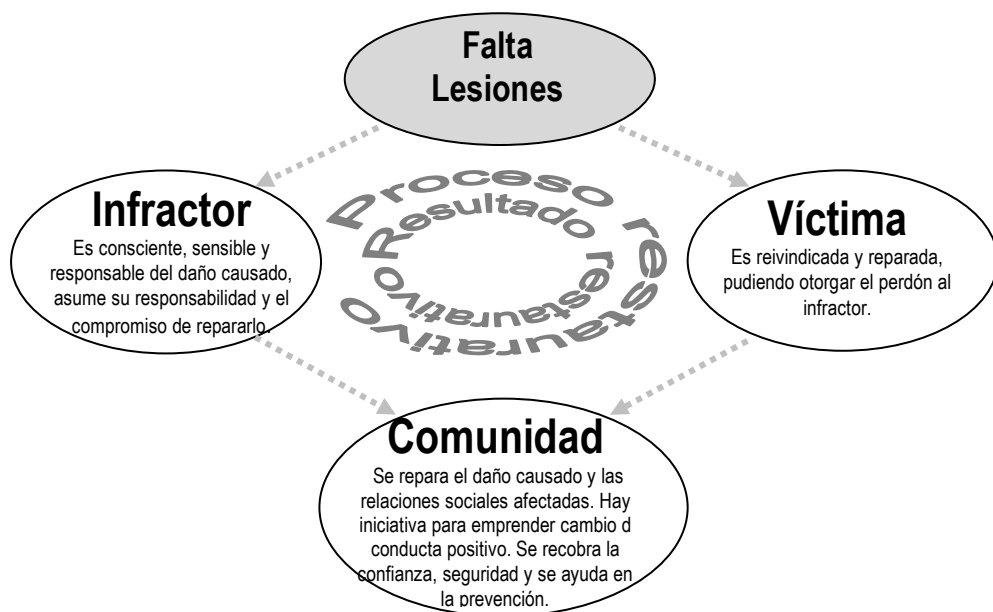
En este periodo, las partes se han encontrado consigo mismas, han hablado y reflexionado sobre el conflicto, han identificado las causas y dialogado sobre ellas. El infractor ha reconocido su responsabilidad y está predispuesto a reparar los daños.

La víctima, ha sido reconocida como tal, y tiene ánimos de ser reparada, no sólo porque sea una obligación del infractor, sino porque ha podido observar un real arrepentimiento y solidaridad con su situación.

El perdón es el momento culminante y deseado de este proceso restaurativo, y tiene lugar cuando víctima e infractor deciden, leal y conscientemente, dar por finalizado y olvidar el conflicto para emprender una nueva relación de respeto mutuo.

Este resultado, cuando se funda en la sinceridad de las partes, es el grado máximo de restauración que puede lograr el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*.

Proceso restaurativo para la faltas de lesiones dolosas



4.2 PROCESO RESTAURATIVO PARA LA FALTA DE HURTO SIMPLE

En el caso de la falta de hurto simple el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"* desarrolla un proceso restaurativo que también tiene tres etapas: etapa de capacitación, etapa de reflexión y etapa de autoayuda y prevención colectiva.

4.2.1 Etapa capacitación

Durante esta fase se busca educar y capacitar al infractor acerca de las consecuencias jurídicas, personales, familiares y sociales de su conducta, así como los efectos que ésta podría acarrear en el futuro, de persistir en su comportamiento negativo. Se desarrolla a través de charlas conducidas por magistrados, defensores públicos, personal del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y de la Policía Nacional del Perú, entre otros profesionales. Aquí, los responsables tienen la oportunidad de analizar su conducta, dialogar sobre ella y narrar a detalle los hechos y el motivo que los llevo a cometer la falta. También se admite la participación de las víctimas en esta etapa, lo cual fortalece la transparencia y la prevención social.

El programa centra su atención en lograr que las partes, y en especial al infractor, tengan la más exacta comprensión de los motivos por los cuales sus acciones ilícitas están proscritas socialmente. Y entiendan que ellos, son parte trascendental del proceso regenerativo del mal causado a la víctima y al entorno social afectado.

4.2.2 Etapa de reflexión

Durante esta fase se busca que los infractores recapaciten sobre la conducta ilícita, compartan dudas y cuestionamientos, y luego expresen sus experiencias en el programa y sus expectativas futuras. Esto ayuda a concientizar y sensibilizar a los infractores sobre el daño causado y sobre las consecuencias que éste ha generado en sus personas, en las víctimas y la sociedad en general.

Esta fase es esencial, pues es aquí donde se busca conmover al infractor frente al daño que causó a la víctima, para que tenga la iniciativa suficiente y asuma su responsabilidad y el compromiso de reparación.

Luego, cuidando la espontaneidad y libertad, se busca que el infractor exprese por escrito, sus sentimientos y experiencias luego de conocer la ilicitud de su conducta y el daño que causó, si está arrepentido o no, y si tiene predisposición para un cambio positivo de actitud.

4.2.3 Etapa de autoayuda y prevención colectiva

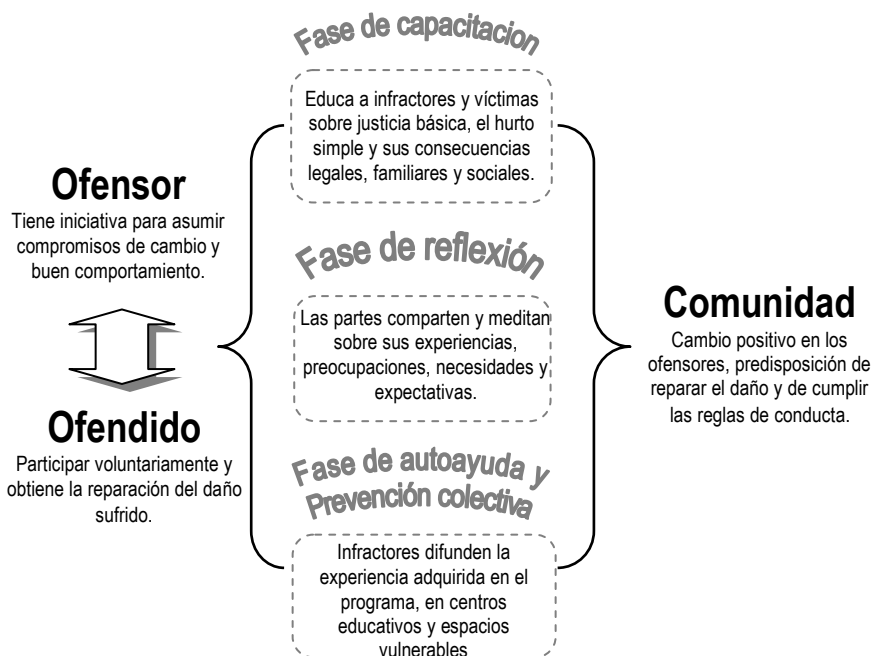
Esta etapa está dirigida a reforzar las dos fases anteriores. Lo aprendido y reflexionado por el infractor le permitirá que tener un panorama claro de la experiencia en que se ha visto involucrado y, con esta base, se convierte en el sujeto más llamado a compartir sus vivencias con el resto de la sociedad.

Se trata de una tarea de concientización colectiva y auto reflexión donde los protagonistas y titulares del mensaje a difundir son los propios infractores.

En esta tercera fase los participantes del programa exponen sus experiencias en el programa, en centros de educativos, institutos, universidades y espacios sociales vulnerables, con fines netamente preventivos. Pues no hay mejor impacto social que escuchar un mensaje personal, basado en la experiencia del infractor.

De esta manera, los infractores no sólo han sido parte de todo un proceso restaurativo que ha ayudado en su rehabilitación, sino que ésta se refuerza y alcanza una connotación colectiva al ser difundida en diversos entornos sociales.

Proceso restaurativo para la falta de hurto simple



5 BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA

5.1 BENEFICIADOS DIRECTOS

5.1.1 Infractores

Los actores principales del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* son los sentenciados a quienes se les brinda charlas, talleres y terapias, con fines capacitación y sensibilización.

El principio que prima durante todo el programa es el trato humano y el respeto de los derechos de las partes. De esta manera se genera confianza e iniciativa en los infractores para tengan un mayor desenvolvimiento y protagonismo. El programa restituye y fortalece la dignidad de los infractores como seres humanos.

5.1.2 Víctimas

Las víctimas que han padecido el daño, participan voluntariamente. Unas veces por propia iniciativa y otras por invitación de los mismos infractores. Su presencia en el programa es sumamente relevante desde que el intercambio de experiencias y la mutua discusión con los infractores pueden llevarnos a un resultado realmente satisfactorio y restaurador.

Además, su participación ayuda en su propia recuperación de los daños y estragos que la falta ha ocasionado en su vida, su familia y entorno social, recuperando la seguridad y la sensación de protección. Externamente, las víctimas se convierten en elementos de difusión social de la experiencia positiva vivida en el programa ayudando en la prevención de nuevos conflictos.

El programa tiene sumo cuidado en evitar la doble victimización. Es decir que la víctima no sólo padezca los daños derivados de la falta, sino el maltrato ocasionado por el sistema judicial. Desde esta perspectiva el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, cumple un rol complementario necesario para la restauración de la víctima y su recuperación física y moral, evitando cualquier tipo de agravio.

5.2 BENEFICIADOS INDIRECTOS

Los efectos del programa impactan positivamente en la familia y el entorno social cercano a los infractores y víctimas. No olvidemos que detrás de cada una de las partes están sus hijos, esposas y esposos, madres y padres, hermanos y

hermanas, amigos y vecindario, que están interesados en el resultado del proceso judicial y el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*.

Al igual que la víctima y el infractor, su familia y amigos, han sido parte de sus preocupaciones y temores, durante el proceso judicial y el proceso restaurativo, ellos han brindado soporte y acompañamiento, y ahora; serán parte de su recuperación y de la difusión del mensaje positivo que el programa ha logrado en las partes.

También son beneficiarios indirectos las instituciones públicas que tienen que accionar frente ante falta o delito, como el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Defensoría Pública, Instituto Nacional Penitenciario, entre otras entidades, que tienen que gastar una serie de recursos humanos, materiales y económicos, y disponer de tiempo y esfuerzo para hacer frente a una falta o delito. Estos gastos podrán evitarse mediante este programa capaz de reducir y evitar nuevos delitos y faltas de una manera efectiva.

Finalmente la comunidad en general también se verá beneficiada por el programa, porque se reducirá los hechos ilícitos que agraven a más ciudadanos, porque los infractores al reintegrarse a la sociedad serán personas más educadas y conscientes, porque las víctimas se sienten recuperadas de los daños y, porque finalmente se refuerza en la sociedad la sensación de justicia, paz y seguridad en la sociedad.

6 NATURALEZA INNOVATIVA DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, es único en el Perú, porque permite una perfecta y necesaria concatenación entre el sistema judicial caracterizado por buscar una sanción al responsable y los fundamentos de la justicia restaurativa, aplicando mecanismos efectivos para reparar los daños ocasionados por el responsable, educándolo, capacitándolo, generando conciencia en él y sensibilizándolo, con la finalidad de prevenir conductas ilícitas similares o más graves, evitando que afecten a las personas y a la sociedad.

De esta manera, el efecto del programa no solo es directo e inmediato, es decir dirigido al mismo infractor y a la víctima, sino también indirecto, pues se busca que el mensaje del programa se difunda a través de los participantes en sus núcleos familiares, en su entorno social y la comunidad en general.

El programa considera que la justicia tradicional algunas veces deshumaniza a las personas, por el uso de procedimientos mecánicos y repetitivos. Un procesado y un sentenciado, se convierten en un número más en la estadística de delitos. Pero el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, reconoce

que el infractor y la víctima merecen un trato justo y respetuoso. Las personas cuando reciben un trato humano, son más susceptibles a reconocer sus errores y rectificarlos, con el apoyo de una institución que les ofrece la oportunidad de solucionar su problema de una manera distinta y que los hace sentirse parte de la solución y no solo causantes del problema.

En este sentido, el programa genera un espíritu de bien y paz, en el que la persona que juzgo se despoja de su investidura jerárquica y establece una relación horizontal y democrática con el infractor y la víctima, interrelacionándose frente a frente, de persona a persona. Dicha situación a veces no ocurre en el proceso judicial, con relaciones tensas y formales. En los talleres en cambio, los sentenciados muestran voluntad para colaborar e impulsar el programa como forma de redención personal y social.

7 LUGAR DONDE HA EJECUTADO EL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, se ha venido desarrollando mediante charlas, talleres, terapias y dinámicas, en los ambientes del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, a partir del mes de abril de 2013, y estuvo a cargo de un equipo multidisciplinario encabezado por el personal que laboró en el Juzgado (Juez y servidores jurisdiccionales), por magistrados, psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, y por integrantes de del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública y Policía Nacional del Perú.

El concepto de desarrollar el programa en el local de Juzgado se basa en la búsqueda de un mayor acercamiento entre el Poder Judicial e instituciones involucradas en el tema de faltas, con los infractores y las víctimas, de manera que éstos perciban que hay un verdadero interés por resolver el problema de una manera conjunta y teniendo como objetivo común la reparación integral del daño y la prevención.

8 INSTITUCIONES PARTICIPANTES Y EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, es de carácter multidisciplinario pues busca articular a diversas instituciones vinculadas al tema de la prevención como la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública y Policía Nacional del Perú, a razón de que todas esas instituciones tienen roles estrechamente vinculados a la labor del sistema judicial: Por ejemplo, la Policía Nacional del Perú se encarga de investigar el hecho ilícito, la Defensoría Pública de defender y representar al imputado y el Instituto

Nacional Penitenciario se encarga de la ejecución de las sanciones impuestas por el Juzgado.

Por otro lado, la estructura diseñada del programa, requiere necesariamente de profesionales y personas que tengan conocimientos diferentes pero complementarios.

En conjunto, se forma un equipo humano multidisciplinario cuyo objetivo es lograr la reparación integral del daño y la efectiva solución del conflicto. Participan jueces, abogados, profesionales y policías que manejan temas legales y por otro, especialistas en temas de terapia psicológica y readaptación. La participación es la siguiente:

- a) En las etapas de capacitación de los procesos restaurativos desarrollados para la falta de lesiones dolosas y hurto simple, participan jueces, abogados, defensores públicos, policías, profesionales del INPE y otras instituciones, todos ellos contribuyen en la educación de infractores y víctimas.
- b) En las fases de sensibilización, reflexión y perdón, participan los psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, quienes mediante talleres, terapias, dinámicas, videos y otros métodos respetuosos de los derechos humanos, procuran sensibilizar y generar un cambio positivo de actitud en el infractor.
- c) En la fase de autoayuda y prevención colectiva, participan los jueces y personal del Juzgado encargado de verificar el cumplimiento de las reglas de conducta así como los educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, se inició como proyecto piloto desde el mes de abril de 2013, a cargo de mi érsóna, cuando desempeñaba funciones en como Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Perú. También apoyaron el personal que laboró en el Juzgado como el señor Carlos Ortiz Liza, Javier Olivera Núñez y Junior Arroyo Chumbile.

Como capacitadores se ha contado con la colaboración de distinguidos jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, como es el caso de los magistrados Edgardo Torres López, Presidente de la Segunda Sala Civil, Abel Pulido Alvarado, Juez Especializado Penal, los Defensores Públicos Violeta Ferro, Melanio Castillo, la Lic. Freysa Tejada García, responsable del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en la Comisaría de Independencia, Jessica Pérez Monzen, Capitana PNP de la Comisaría de Mujeres de Independencia.

Merece resaltar la importante labor desarrollada por la licenciada Elizabeth Vitteri Valdivia, psicóloga de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el diseño de talleres y dinámicas especiales para cada etapa del programa.

9 MONITOREO DE RESULTADOS Y LOGROS ALCANZADOS

La ventaja del *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, es que los resultados pueden ser verificables en el tiempo. Si culminado el Programa el infractor incurre en una nueva falta o quizás en delito, se tiene registros policiales y judiciales que posibilitan el control respectivo. De verificarse ello, significa que es necesario mejorar la intervención; en caso de no existir reincidencia ni habitualidad en los participantes, el éxito del programa es total.

Otra ventaja que ofrece el programa es que los infractores no se desvinculan totalmente del Juzgado, pues otra regla de conducta que deben cumplir y que se consigna en la sentencia, es la obligación de concurrir al Juzgado mensual o bimensualmente, para firmar el cuaderno de control, otra regla es la de no cometer hechos similares; lo que permite seguir evaluando su comportamiento incluso luego de culminado el programa.

A la fecha, desde que inició el Programa no se ha tenido ningún caso de infractores que hayan infringido la ley, cometiendo una nueva falta o delito. Como puede apreciarse a continuación, de un total de 35 participantes y 12 víctimas, ninguno ha reincidido o cometido nueva falta o delito.

10 BAJO COSTO Y GRANDES BENEFICIOS DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*, funciona con mínimos recursos. Pues los ambientes, muebles y equipo multimedia que se emplean, son de la institución judicial. El equipo multidisciplinario se ha formado por iniciativa del Juzgado, y gracias a la predisposición de magistrados, psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Defensores Públicos del Ministerio de Justicia de Lima Norte, profesionales del INPE asignados a la Comisaría de independencia y representantes de la Policía Nacional del Perú.

La idea que se ha desarrollado en el programa es sostenible en el tiempo y con pocos recursos. Sin embargo, una mayor cantidad de recursos permitirá que el programa se desarrolle con mayor rapidez, abarque un mayor número de participantes, así como la implementación de nuevos métodos de concientización como obras de teatro, elaboración de folletos y materiales para la enseñanza y difusión.

En este sentido, es un programa que no genera mayores gastos al Poder Judicial, por el contrario, permite lo fortalecerlo de una manera efectiva.

11 IMPLEMENTACION Y DIFUSION

El *Programa de Prevención para Sentenciados “Justicia, Paz y Seguridad”*, es una iniciativa de gran impacto social y jurídico, que debe ser replicado en Juzgados de Paz, Juzgados de Paz letrado, Juzgados Especializados y Mixtos y órganos jurisdiccionales donde resulte aplicable, en todo el país.

Esta experiencia también puede ser utilizada en otros países, sobre la base de programas similares de prevención del delito, con objetivos de justicia, paz y seguridad, como parte integrante de los procesos judiciales, igual o más importante que la investigación judicial. La mayoría de los países, busca la resocialización, readaptación y reeducación de los sentenciados; el programa es una alternativa para lograrlo, además que tiene la posibilidad de incorporar en forma libre y voluntaria a las víctimas de la infracción, que tienen derecho a la reparación de los daños sufridos, principalmente en la parte emocional y la protección.

En relación a la difusión, el a nivel nacional el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, ha sido presentado a los siguientes premiso:

- Premio a la *Excelencia Judicial 2013*, convocado por la Presidencia del Poder Judicial del Perú,
- Premio de Derechos Humanos “*Javier Pérez de Cuéllar*” año 2014, convocado por la embajada de Francia en el Perú.

También se ha recibido la felicitación y el reconocimiento de instituciones como la Asociación Promotores de Derechos Humanos de Latinoamérica, el Frente Nacional de Mujeres del Perú y el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CELADH).

A nivel internacional, el programa ha sido presentado a los siguientes premios:

- Premio “*3er Concurso de Buenas Prácticas en Prevención del Delito en América Latina y el Caribe-2013*”, convocado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Fundación GOBERNARTE y el Instituto de Asuntos Públicos de Chile.
- Premio “*Innovating Justice 2013*”, convocado por la Fundación de Derechos Humanos Hill, con sede en Suiza.

En ambos casos, si bien no se ha logrado obtener un premio, se ha recibido la felicitación por tan importante iniciativa en el ámbito judicial.

REFERÊNCIAS

LA BÚSQUEDA DE LA PAZ SOCIAL ANTE CONFLICTOS SOCIO FAMILIARES: INTERVENCIÓN PREVENTIVA ANTE LA PROCASTINACIÓN

Manuel Bermúdez Tapia ¹

RESUMO

I EL CONTEXTO SOCIAL Y EL DERECHO EN INTERACCIÓN.

En los diferentes procesos en materia de derecho de familia que se observan en el Sistema de Impartición de Justicia del país es posible observar una constante: el comportamiento limitado, negligente y/o tardío de las víctimas, en la defensa de sus derechos e intereses.

Situaciones de violencia generalizada, tanto en su modalidad psicológica como física, denunciadas en un tiempo posterior a los hechos como también situaciones en *pasividad* frente al registro de hechos perjudiciales en materia económica o personal, son el marco referencial de estos conflictos socio familiares judicializados (BERMÚDEZ, 2014: 157-161).

Panorámicamente ante esta situación, el Derecho requiere ser reinterpretado para así evitar mayores situaciones de limitación de intereses, desprotección de derechos y eventualmente situaciones de mayor gravedad, como por ejemplo el registro de violencia familiar que desencadena en *feminicidio*, las consecuencias de actos vinculados al registro del *Síndrome de Medea*, la *Padrectomía* y la *Alienación Parental*, entre otros casos.

A esta constante de negligencia acreditada en el proceder de las partes, parecería ilógico que tanto el sistema jurisdiccional en su conjunto (Poder Judicial, Ministerio Público, Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo), el Ejecutivo (Ministerio de la Mujer, Ministerio de Educación, Ministerio de Justicia) y el Congreso de la República, en suma el propio Estado, no haya tomado alguna iniciativa para contrarrestar esta situación.

¹ Abogado. Magíster en Derecho y docente en pregrado de la Universidad Católica Sedes Sapientiae, y de las Escuelas de Postgrado de la Universidad Nacional de Trujillo, Pedro Ruiz Gallo, San Antonio Abad y Academia de la Magistratura.

Lamentablemente en este punto surge una cuestión “procesal” del Derecho respecto de la defensa de “derechos e intereses” de los sujetos involucrados en conflicto, debido a la exigencia de la “iniciativa” exigida a un individuo cuando se sienta afectado en algún derecho, sobre la base de la visión de la ley de que este sujeto será diligente en la tramitación de sus propias defensas materializadas en acciones legales.

Así la “diligencia procesal” se equipara a la “capacidad de ser parte procesal” en el ámbito jurisdiccional, sin tomarse en cuenta que ambos conceptos son complementarios y que el sujeto en múltiples oportunidades no tiene una verdadera noción de qué es un “derecho” o un “interés jurídicamente válido” respecto de su situación personal.

La regla general del sistema jurídico en general, en contraposición a lo expuesto, reconoce como medida excepcional la actuación de “oficio” por parte de las entidades públicas encargadas de tutelar por los derechos de los sujetos categorizados en incapaces (i), debido a las limitaciones materiales para el ejercicio directo de su propia defensa, de las víctimas de violencia familiar en general (ii) y de la defensa a las partes ausentes en el proceso, con los *curadores* (iii).

De esta manera la complementación de los Código Penal, Código Civil, Código del Niño y del Adolescente y Código Procesal Civil, principalmente, garantizan un cierto nivel de tutela a favor de los sujetos más afectados por un conflicto de naturaleza familiar que se judicializa por parte del Ministerio Público y Poder Judicial y otras entidades del Estado.

Sin embargo, pese a lo manifestado, el resultado en términos generales del contexto socio familiar con incidencia en el ámbito jurisdiccional sigue siendo insuficiente para atender al problema social en sí mismo, porque la lógica de la desigualdad material de las partes en conflicto, sigue generando sujetos afectados en diferentes niveles (víctimas, víctimas estructurales, víctimas invisibles al sistema) , provocando el incremento de acciones judiciales en forma complementaria, secundaria y/o derivadas de un primer problema: el conflicto al interior de una relación familiar.

Como resultado de la descripción anterior, las iniciativas de “tutela” han sido limitadas frente al contexto macro social de los conflictos de familia que terminan siendo judicializados, principalmente debido a que el origen de su regulación normativa ha sido la atención de un “punto problemático específico”, como si la atención de los conflictos sociales de naturaleza familiar se pudieran remediar por partes y/o etapas.

Como muestra de esta posición, podemos mencionar el trámite de los “alimentos”, los cuales suelen ser presentados originalmente, sin tomar en cuenta

que en un segundo proceso judicial se analizará la “tenencia” de los hijos, y finalmente en otro proceso judicial, la “separación o divorcio” de los progenitores en un conflicto familiar. Tres conflictos de naturaleza procesal que usualmente se tramitan en forma autónoma en instancias diferenciadas y en procesos con una normatividad particular.

Este “error” de apreciación parece tener una explicación en el ámbito jurídico, debido al hecho de que las relaciones interpersonales conflictivas son atendidas en función a su relación con una “pretensión” que sea clasificada en un “interés” o en un “derecho”, conforme lo determina el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil y no en función al “problema de origen y a la incidencia de esta en la estructura familiar”.

Probablemente la respuesta para modificar normativamente el actual procedimiento de evaluación de conflictos sociales de naturaleza familiar en el ámbito jurisdiccional tome mucho tiempo y finalmente no se llegue a plantear una alternativa eficaz para cada caso en particular.

Desde nuestra posición, toda solución a la cual se deba arribar para aminorar el impacto negativo en el ámbito jurisdiccional de la incidencia de conflictos sociales de naturaleza familiar pasa necesariamente por entender el *comportamiento de las partes procesales* y analizar las causas por las cuales *son negligentes en la defensa de sus derechos*.

Negligencia que finalmente se traduce en una circunstancia perjudicial para las propias partes en conflicto, porque las consecuencias de los hechos más allá de *generar un* responsabilidad jurídica, deja un impacto tan negativo en los individuos que componen la familia en crisis y en proceso de división, que el propio Derecho prácticamente ha omitido pronunciarse al respecto.

Ante lo descrito, entonces corresponde preguntar: ¿Por qué las partes en conflicto demoran en plantear o defender sus intereses y/o derechos en el ámbito judicial en una etapa muy posterior a la génesis del conflicto material?

II LAS CONSECUENCIAS MÁS REFERENCIALES DE CASOS DE INACCIÓN DE DEFENSA DE DERECHOS E INTERESES.

La descripción anterior nos permite desarrollar algunas situaciones en las cuales la “inacción” procesal de las partes genera en la realidad social nacional, situaciones “representativas”, debido sobre todo a que los niveles de violencia suelen incrementarse en el tiempo, sin tomar como vinculante el hecho de que el conflicto haya sido judicializado o no.

Los casos más representativos que nos permite desarrollar nuestro punto se pueden describir en los siguientes:

1 VIOLENCIA FAMILIAR QUE DEGENERA EN CASOS DE FEMINICIDIO

Los casos de violencia en su elevada mayoría provocados por *hombres* contra *mujeres* en el ámbito familiar, han provocado en los últimos años en nuestro país múltiples situaciones de *feminicidio*.

Esta acción que degenera en la *muerte* por parte de la pareja es descrita por Patsili Toledo como “un concepto que tiene como objetivo develar el sustrato sexista o misógino que tienen ciertos crímenes contra las mujeres, que permanece oculto cuando se hace referencia a ello a través de palabras neutras como homicidio o asesinato” (VILLANUEVA, 2009: 17)

En nuestra perspectiva conceptual, existe una situación incongruente en el ámbito de la *definición* del feminicidio que invalida su “naturaleza” autonómica como tipo penal, pero ello no limita en esencia el elevado número de casos sucedidos por “crímenes pasionales” cuando el *asesino* es la *pareja* de la *víctima fatal*.

Situación inexplicable más aún cuando se toma conocimiento que la *víctima* había registrado durante un prolongado período de tiempo acciones de afectación psicológica y luego violencia física en su contra, los cuales son o negados a la familia o no son denunciados ni ante la Policía ni ante el Ministerio Público o Poder Judicial.

La limitación procesal en la defensa de una víctima por parte de terceras personas y ante la propia “defensa” del agresor por parte de la parte victimizada, limitan en esencia la tramitación de denuncias por violencia familiar en la Policía, Fiscalía y Juzgados de Familia.

2 LAS CONSECUENCIAS FATALES DEL SÍNDROME DE MEDEA

Producto de la *mala reacción* ante el fracaso de la relación familiar, es acreditable en los medios de prensa cada cierto tiempo, situaciones en las cuales una madre envenena a sus hijos menores de edad, se intoxica por ingesta de veneno en el mismo momento a la muerte de sus hijos producto de un “abandono” de la pareja, quien opta por iniciar otra relación de pareja.

Estos rasgos característicos suelen ser desacreditados en el ámbito jurisdiccional familiar, principalmente al hecho de su poca verificación, pero las constantes en los hechos a través de rasgos característicos nos permiten sostener que en realidad se trata de acciones de “venganza” (AUPING, 2000: 148) contra la

pareja que se materializan en el asesinato de los hijos y una reacción de suicidio frustrado porque usualmente la mujer logra ser rescatada por terceras personas ante el dolor que implica el padecimiento de un envenenamiento.

Los factores que propiciaron la disolución de la relación matrimonial que terminan generando una situación fatal, son por regla general desconocidos por el entorno familiar y ello limita en esencia el *auxilio familiar* que usualmente se brinda a un progenitor que carga con la progeñie luego de una ruptura en el contexto nacional.

El nivel de frustración finalmente desencadena en un acto de insania contra la propia progeñie, cuya minoría de edad e incapacidad de valorar el contexto familiar termina por generar la aceptación del *veneno* (generalmente raticida) introducido en los alimentos proporcionados por la madre, sin tomar en cuenta el peligro que conlleva.

3 LA INACCIÓN ANTE LA OMISIÓN O PRESTACIÓN INCOMPLETA DE ALIMENTOS

Este punto se materializa generalmente en los casos donde se registra la separación de los progenitores, en los cuales las “ejecutabilidad” de las obligaciones a cargo de cada uno de ellos resultan condicionadas a una “reacción” provocada por la contraparte.

De esta manera, si un progenitor limita el régimen de visitas o genera una alienación parental provoca en contrapartida una acción de condicionamiento de la prestación de alimentos y viceversa, todo lo cual degenera en acciones judiciales generalmente en una etapa tardía a los hechos.

4 LA OBSTACULIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LA TENENCIA “SIN CONTROL”

Representado generalmente en las circunstancias en donde el “hijo” es convertido en un “instrumento” para la materialización de las expectativas (posición) e intereses de un progenitor, sustentado en el hecho de un “derecho” preexistente a su favor, el cual “anula” los derechos e intereses del otro progenitor.

El “criterio” con el cual actúan los progenitores que provocan estas circunstancias suelen ser *inadvertidas* en el ámbito jurisdiccional y ello provoca en esencia la *negativa* de las partes afectadas de acudir al ámbito jurisdiccional, porque consideran una pérdida de tiempo y de recursos el “defender” su posición, muy a pesar de tener un “derecho” objetivo.

Situaciones como el pedido de una reducción del régimen de visitas sin una acreditación objetiva de los elementos que la sustentan (i), el pedido de incremento de alimentos, sin la acreditación de una mayor necesidad del alimentista (ii) o la interposición de denuncias policiales o fiscales sin un fundamento proporcional a los hechos “denunciados” son una muestra objetiva de este punto.

5 LOS CASOS DE ALIENACIÓN PARENTAL CUANDO AL HIJO DE UNA PAREJA EN CONFLICTO NO SE LE VALORA COMO “SUJETO DE DERECHOS”

Propiciado generalmente por la acción perversa de un progenitor sobre el otro a efectos de generar una “mala imagen” de su persona en la percepción emocional del hijo, el cual produce la negación de este de mantener un contacto con su progenitor al cual califica de “malo”.

Los progenitores afectados por estas situaciones suelen considerar que sus “posiciones e intereses” no serán tutelados en el ámbito jurisdiccional, más por una cuestión de percepción que por una cuestión objetiva, porque a la fecha es posible encontrar Casaciones que sancionan estas acciones de violencia familiar del progenitor sobre su hijo siendo el afectado el otro progenitor.

Jurisprudencia representada en la Casación N° 2067-2010, Lima (i), Casación N° 5138-2010, Lima (ii) y Casación N° 370-2013, Ica (iii), constituyen una muestra de que la *alienación parental* puede ser acreditada en el ámbito de las evaluaciones periciales durante el desarrollo del proceso (CARDENAS, 2013: 49-51).

Sin embargo y como límite a esta condición está el hecho de que las propias Casaciones al acreditar la *violencia familiar provocada contra el hijo* no han planteado la *variación de la tenencia* a favor del progenitor afectado con la alienación de su hijo, para así procurar un nivel de atenuación de los efectos negativos del proceder del otro progenitor, con lo cual en parte se atenuaría el daño provocado.

La poca valoración a esta posibilidad se traslada a la propia *doctrina nacional* que omite pronunciarse al respecto, debido sobre todo a que se considera que dicha “acción judicial” podría ser cuestionada por la parte perjudicada, sin tomar en cuenta que la propia Ley Orgánica del Poder Judicial faculta a los jueces a proceder de esta manera en función a la interpretación del Interés Superior del Niño (MOSQUERA, 2013 y AGUILAR, 2013)

6 LOS CASOS DE PADRECTOMÍA PRODUCTO DE LA OBSTACULIZACIÓN DEL CONTACTO DE UN PROGENITOR CON SU PROGENIE.

Situación de poca incidencia en el ámbito jurisdiccional pero con un elevado nivel de categorización en el parámetro de la *cifra negra* de conflictos familiares no judicializados.

La *padrectomía* se materializa en dos situaciones específica: en la exclusión de la presencia de un progenitor en la vida del hijo (i) y en la sensación de pérdida del hijo por parte del progenitor a quien se le limita el contacto con su progenie (ii) (ROBICHAUX & VERA, 2008: 184).

El transcurrir del tiempo genera en las partes afectadas la sensación de abandono material y ello es provocado principalmente por una acción generada por un progenitor que logra cortar el *vínculo familiar* entre la contraparte y el hijo de ambos.

7 LOS CONFLICTOS ECONÓMICOS EN LA FAMILIA DEVENIDOS POR LA SUCESIÓN, PROPIEDAD, POSESIÓN Y/O ADMINISTRACIÓN DE BIENES

Los casos de naturaleza económica son además de los casos de violencia familiar, los más comunes en el ámbito jurisdiccional y estos resultan de la mala gestión de intereses y derechos en el tiempo, lo cual provoca que algún familiar genere acciones a su favor en afectación directa a los derechos de los demás.

Una jurisprudencia que materializa estos problemas vinculados a la gestión de un bien en el ámbito familiar es la STC N° 05787-2009-HB/TC caso José Roberto Suito Malmberg, en donde dos hijas “litigan” en forma camuflada por la propiedad del patriarca de la familia en un proceso de Habeas Corpus ante el Tribunal Constitucional.

III EL LÍMITE MATERIAL DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA EN LOS CONFLICTOS SOCIO FAMILIARES JUDICIALIZADOS

Al inicio del presente texto habíamos señalado que parecería registrarse una inacción del Estado frente a la realidad judicial de los procesos en materia de Familia iniciados en una etapa tardía frente a los hechos provocadores de los conflictos socio familiares.

Este panorama descriptivo si bien tiene una fundamentación objetiva, requiere ser explicado bajo una visión multidisciplinaria, porque el *Derecho* se ha visto abrumado por el conflicto socio familiar judicializado provocando en esencia la

“solución” de procesos en una sentencia judicial que poco vincula a las partes a solucionar el conflicto.

La generación de procesos judiciales complementarios, derivados o de ejecución de sentencia es una muestra de que el *Derecho* ha quedado limitado a un ámbito normativo y se requiere de una adecuación para que la *Ley* tenga una vigencia social, pero para ello se requiere de una visión multidisciplinaria para así atender y atenuar el verdadero origen del conflicto socio familiar.

Visión que nos permite ubicar dos problemas estructurales que desarrollan nuestra posición:

1 LA IMAGEN NEGATIVA DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA ANTE LOS JUSTICIABLES

Existe una percepción generalizada en los justiciables de que acudir al Sistema de Impartición de Justicia, principalmente en el Poder Judicial, Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú provocará un esfuerzo desproporcional para la generación de un resultado previsible, situación que podría agravarse si se toma en cuenta que:

- Las decisiones judiciales expuestas en las sentencias usualmente requieren de una etapa ejecutiva complementaria, para “finalizar” el trámite judicial.
- Las decisiones fiscales requieren de una confirmación en el ámbito jurisdiccional.
- Las intervenciones policiales no atienden el conflicto de fondo, dado que no tienen competencia para resolver temas de alimentos, tenencia, obstrucción del régimen de visitas, violencia familiar, entre otros conflictos, limitando su intervención a un registro o constatación policial para dar paso al “proceso de investigación” que se analizará en el Ministerio Público y Poder Judicial.

Frente a este panorama descriptivo negativo, los elementos que fundamentan la “negligencia” de las partes procesales, se vinculan con estos factores que la desarrollan:

- a) La percepción de la poca asistencia institucional a favor de la víctima o persona involucrada en un conflicto familiar.

Usualmente los justiciables consideran que el “sistema” (Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio de Justicia, Policía Nacional del Perú y Ministerio de la

Mujer) no atenderá la solución de su problema en el desarrollo del proceso judicial en forma diligente.

El justiciable percibe que su “problema” es analizado como un “expediente” y que eventualmente su individualidad se diluye en la sobre carga judicial.

Complementa esta visión negativa del sistema si se toma como referencia reiterativa el hecho de que se requerirá de mucho esfuerzo (económico, temporal y humano) para materializar una defensa de algún derecho en cuestión.

b) La “oposición” procesal de la contraparte.

La *contradicción procesal* que ejercerá la contraparte en esencia “limita” toda situación de defensa de algún derecho en el justiciable considerado “parte débil” del conflicto o víctima de alguna situación de indefensión en un derecho.

Se debe tener en cuenta que generalmente las “víctimas” en los procesos de familia suelen tener características específicas, como: escasos recursos (i), carga familiar asumida en forma exclusiva o condicionada (ii), limitación para la atención de sus trámites judiciales por asunción de labores para generar recursos económicos para la familia (iii) y sobre carga familiar, representado en el cuidado de la progeñe (iv).

Dichas circunstancias son tomadas en cuenta por la contraparte procesal y en función a una mejor condición para la defensa de sus intereses y derechos es que asume que en el *tiempo*, la parte denunciante o demandante se verá limitada y dejará de *interponer acciones judiciales, denuncias fiscales o policiales*.

De la misma manera, la parte denunciada o demandada cuenta con una mayor disposición económica para la asunción de su defensa, como también cuenta con elementos materiales a favor de una mayor disponibilidad de tiempo, porque no se encarga de la familia ni de la progeñe y ello facilita su mayor “intervención” en el proceso.

c) La impredecibilidad del resultado judicial.

Sin tomar en cuenta los elementos vinculados a casos de corrupción judicial, debemos considerar que en el ámbito jurisdiccional de familia, la provisión de un resultado en el tiempo resulta una cuestión ajena a la razonabilidad de las posiciones procesales al inicio del proceso.

Téngase en cuenta que estas instancias es donde se suelen registrar en primera instancia recursos de nulidades, tachas procesales, apelaciones a resoluciones y sentencias judiciales, los cuales terminan dilatando la finalización del proceso judicial, extendiendo (y agravando) el conflicto en las partes en el ámbito socio familiar.

Factores como la impredecibilidad de las decisiones judiciales (i), la dilación en la tramitación de escritos, resoluciones y ejecución de sentencias (ii) o la excesiva carga procesal en los despachos judiciales, generan entonces la percepción social de que los conflictos de familia no son prioridad para el Sistema de Impartición de Justicia y que eventualmente la “decisión judicial” no puede ser prevista en términos prospectivos.

d) El poco seguimiento judicial al conflicto.

El poco seguimiento a un proceso judicial en etapas de apelación ante una Sala Superior o en Casación constituyen un factor importante en la toma de decisiones de las partes en conflicto, porque la falta de recursos económicos (i), una asesoría sostenida en el tiempo (ii) y la generación de nuevos factores personales, familiares, sociales, laborales y económicos (iii) suelen constituir un límite formal al seguimiento de un proceso devenido en una resolución o sentencia perjudicial para la parte.

El registro reducido de trámites de Apelación y de Casación en casos jurisdiccionales en la especialidad de Familia, no han sido analizados en una real dimensión por parte del Sistema Jurisdiccional que apela al hecho de que la “sentencia” ha sido consentida y se viene ejecutando en el ámbito de las relaciones personales de las partes en conflicto, percibiéndose una apreciación errónea de que la sentencia *ha resuelto el conflicto*.

En realidad, sólo un limitado porcentaje de procesos judiciales encuentran una solución eficaz a través de la sentencia, siendo la regla general la inacción a una apelación de una sentencia que en esencia es percibida como *injusta* por las partes en conflicto.

e) La cifra negra de casos no judicializados.

Ante este nivel de situaciones y a pesar del elevado número de procesos judiciales en trámite en el Poder Judicial, el cual representa un aproximado del 35% del total del volumen de la carga judicial, existe una elevada *cifra negra* de conflictos socio familiares no judicializados.

Una muestra de ello se desprende del análisis de los procesos judiciales iniciados, los cuales en los “fundamentos de hecho” delatan el contexto personal y familiar pre existente de violencia constante.

f) La visión de los problemas familiares como “íntimos”.

La recurrencia a un *abogado* para el asesoramiento legal constituye un elemento usualmente poco valorado en el ámbito judicial porque las partes en conflicto suelen percibir que sus problemas familiares tienen una condición “íntima”, razón por la cual no “deberían” ser expuestas a terceras personas.

g) La onerosidad de la asistencia de una defensa material.

Una asesoría legal resulta un obstáculo muy complicado de superar para el justiciable por cuanto el factor económico limita su defensa material, tomando en cuenta que los escasos que dispone los debe ponderar en la asistencia y sostenimiento de su propia familia.

A pesar de existir un nivel de asesoría letrada en forma gratuita a través del Ministerio de Justicia, Ministerio de la Mujer, los Gobiernos Locales y algunas Facultades de Derecho de las Universidades del país, los justiciables suelen asociar que la “asesoría legal” es sumamente onerosa para sus propias condiciones personales.

h) La poca valoración a los mecanismos alternativos de solución de conflictos.

Complementario al factor de litigiosidad de los justiciables, existe muy poca valoración a la eficacia de los *acuerdos conciliatorios*, principalmente debido al hecho de que las partes desfavorecidas en los acuerdos suelen incumplir sus propios compromisos en el tiempo, lo cual provoca indefectiblemente la recurrencia al ámbito jurisdiccional.

i) La generación de factores personales, familiares y laborales nuevos que condicionan los intereses de las partes en una etapa posterior al conflicto original.

Los procesos judiciales en la especialidad de Familia suelen dilatarse en el tiempo, y muy a pesar de este factor, tanto los justiciables como los magistrados se limitan en el análisis de los elementos materiales de hecho y de derecho contenidos en la demanda, contestación de demanda, actuación de medios probatorios, alegaciones y decisiones fiscales y judiciales, sin tomar en cuenta que durante el *proceso* se han generado nuevas circunstancias que *inciden negativa y positivamente* en la posición judicial de las partes en conflicto.

El nacimiento de nuevos hijos con una nueva pareja (i), las condiciones materiales y económicas de las partes condicionadas a factores laborales modificadas en el tiempo (ii) y las nuevas condiciones en las cuales se desarrollan las necesidades de los justiciables (iii), por citar algunos ejemplos, no son percibidas por el Poder Judicial y Ministerio Público, si es que estas no son “introducidas” en el proceso.

Dichos factores en esencia *complican* la ejecución de una decisión judicial si el Juez se ha limitado al análisis del expediente y no ha tomado en cuenta los factores complementarios al conflicto de las partes y constituyen un referente obligado en la tramitación de los nuevos procesos judiciales de reducción o

incremento de alimentos (i), variación del régimen de visitas (ii), variación de la tenencia (iii) y administración de los bienes en casos de *interdicción* (iv), por citar algunos ejemplos.

j) La negligente asesoría

En la especialidad jurisdiccional de Familia, suele suceder que los *abogados* se limitan a una asesoría sobre “el derecho en conflicto”, sin tomar en cuenta las consideraciones personales, económicas, morales, familiares y laborales de las partes en conflicto, con lo cual el resultado de la asesoría suele devenir en una mala percepción por parte del justiciable.

k) La visión de género por parte de los operadores jurisdiccionales.

Muy a pesar de que existe una obligación constitucional para los magistrados de actuar en forma autónoma e independiente a las partes en conflicto, en los procesos judiciales en la especialidad de familia se suele apreciar un *sesgo* de género, propiciado por el elevado volumen de carga procesal tramitado por mujeres.

La omisión de nombramiento de *curadores* en procesos de tenencia, alimentos o régimen de visitas planteados inicialmente por la madre a favor del hijo, en función a su condición de “representante procesal” no necesariamente está vinculada a la *tutela del derecho del hijo*, sino a una maximización de los intereses de la accionante.

Muestra de ello es que usualmente los “elementos de hecho y de derecho” en las denuncias y demandas en la especialidad de Familia no cuentan con una adecuada fundamentación objetiva que esté sustentada en la actuación de medios probatorios, los cuales provocan la “visión” de victimización ante el juzgador, atentando contra *el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva* a favor del acusado o demandado.

Dicho panorama provocado por una visión de género en el ámbito jurisdiccional en nuestro país todavía no ha provocado mayor atención, situación que sí se ha registrado en el ámbito comparado conforme se puede registrar del caso de la intervención de la Jurisdicción Supra Nacional, a través de la Sentencia de fecha 27 de abril de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Leonardo Aníbal Javier Fornerón e hija contra la República de Argentina (CIDH, 2012).

En dicho caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la parte resolutive conmina a la República Argentina a variar su *procedimiento* jurisdiccional a favor de otorgar una mayor tutela a los *niños* que intervienen en el proceso, debiendo elevar informes periódicos que acrediten el cumplimiento del fallo, circunstancias que

resultarían aplicables para el ámbito jurisdiccional nacional, por cuanto el sesgo de género se podría acreditar en buena parte de los procesos en trámite.

2 LA PROCASTINACIÓN DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Existe una explicación en el comportamiento procesal tardío, negligente y limitado de los sujetos involucradas en un conflicto socio familiar judicializado, el cual se genera principalmente por una evaluación psicológica a la “parte procesal”.

Desde el punto de vista de la psicología, el comportamiento que se materializa en la postergación de actos de atención inmediata se describe como *procastinación* o *síndrome de la evasión de responsabilidad* (CUEVA, 2006: 150)

Por la complejidad de este punto y para analizar mejor su consecuencia en el ámbito jurisdiccional es que se analizará individualmente a continuación.

IV LA PROCASTINACIÓN COMO ELEMENTO DE ESTUDIO

Sin importar el origen, motivo o intensidad del conflicto, las razones por las cuales las partes de un conflicto social de naturaleza familiar dilatan la posibilidad de acudir (i), acuden en forma limitada o auto restringida (ii) y/o en forma negligente (iii) al ámbito jurisdiccional para materializar alguna defensa a algún interés o derecho, es posible observar un patrón característico: el miedo a proceder o a actuar conforme a las circunstancias.

Este proceso de interiorización de perspectivas frente a determinados hechos por parte de los justiciables responde sobre todo al proceso de “procastinación”, término que proviene de la conjunción de los términos griegos “pro” (adelante) y “crastinus” (futuro), que en esencia significa *el hábito de retrasar actividades o situaciones que deben atenderse, sustituyéndolas por otras situaciones más irrelevantes o agradables*; definición que adquiere varios significados, los cuales en conjunto nos permitirán sustentar nuestra posición.

Si vinculamos las características personales analizadas por la psicología en el análisis del “hábito de posponer” (BURGESS, 2007: 172) con respecto de la evaluación del comportamiento procesal en casos de familia en el ámbito jurisdiccional, nos permitiría comprender algunas situaciones reiterativas:

- a) Mal manejo del *catastrofismo* (RAE, 2014) por parte de los justiciables, que debido a las magras condiciones personales, económicas y laborales en las cuales se encuentran no pueden disponer de tiempo y recursos económicos para la gestión de la defensa de sus derechos.

- b) La *sensación de indefensión* en el ámbito jurisdiccional para una parte procesal responde principalmente a una negativa auto valoración de la imagen personal ante la sociedad, la cual condiciona sus acciones tanto para buscar un nivel de tutela como también para plantear un mejor mecanismo de defensa de algún interés.
- c) El *miedo al fracaso* condiciona sobre todo a las víctimas de violencia familiar que forman parte de una segunda relación matrimonial o convivencial, la cual condiciona la defensa de sus derechos e integridad personal frente a la sensación de fracaso producto de una segunda ruptura.
- d) Negación a una asesoría legal en función a su ansiedad, impaciencia o malestar frente al conflicto familiar, el cual puede desencadenar en una inacción total (i) o una acción negligente ante el problema (ii).

Como se podrá observar estos cuatro comportamientos usualmente observados en el ámbito jurisdiccional en la especialidad de Familia generan tres niveles de procrastinación en términos procesales:

1 POR EVASIÓN

Se manifiesta cuando la parte procesal, sin importar si es víctima, afectado, agresor o partícipe del conflicto familiar, *evita* participar del proceso judicial, generándose como consecuencias:

- a) La declaración de rebeldía en el proceso.
- b) La inasistencia a las diligencias procesales.
- c) La omisión a la atención a las notificaciones judiciales.
- d) Incumplimiento de disposiciones judiciales sin provocar un mayor nivel de violencia en el conflicto judicial.
- e) Desvinculación con los otros sujetos que intervienen en el conflicto familiar.

2 POR ACTIVACIÓN

Se manifiesta por el acto de *postergar* una diligencia o acción en el ámbito procesal. Se representa generando estas consecuencias:

- a) Actuación procesal luego de ser declarado rebelde en el proceso, con lo cual su *defensa* se ve limitada en el ámbito de la presentación de medios probatorios que sostengan sus posición.
- b) Actuación irregular en el proceso, generalmente después de una llamada de atención o conminación judicial por parte del Fiscal o del Juez, situación que suele generar en los magistrados la asignación de un “perfil” negativo al desarrollo del proceso.

c) Elevado nivel de *participación* procesal en las etapas posteriores al tiempo en el cual debía ejercer su defensa, materializado en las apelaciones y recursos de impugnación presentados en una etapa judicial de ejecución de sentencia.

3 POR INDECISIÓN

Las partes en conflicto no toman una decisión oportuna en la defensa de sus intereses y derechos y suelen ponderar otros elementos a la ejecución de una intervención en el ámbito judicial.

En el ámbito de la psicología, este proceso psicológico es denominado como el “Complejo de Penélope” en alusión a la esposa de Ulises, que para evitar un segundo matrimonio ante la *desaparición*, legalmente declarada de su esposo en Itaca, Grecia, tejía un telar en las mañanas y por las noches la destejía.

Este patrón es la regla casi generalizada en el ámbito jurisdiccional de familia y se materializa en algunos ejemplos, como:

- a) La inacción ante una separación de la relación matrimonial, el cual dilata en el tiempo el inicio del trámite del divorcio.
- b) La solicitud de la *declaratoria de herederos* en el caso de la muerte de un causante por parte de la progenie del mismo en casos en los cuales los *bienes* a ser asignados a la masa sucesoria ya han sido dispuestos.
- c) La acumulación de denuncias por violencia familiar psicológica o físico por parte de la víctima.
- d) El retraso en la solicitud de alimentos o en los devengados de los alimentos por parte del administrador de la *cuota alimentaria* a favor del alimentista.
- e) La ausencia de “interés” en la defensa de un régimen de visitas cuando este está limitado por acción directa del progenitor que ejerce la tenencia del hijo o hijos.

V LAS ACCIONES ESTATALES EN EL ÁMBITO DE LA TUTELA DE DERECHOS EN LOS CONFLICTOS DE NATURALEZA FAMILIAR

Si el panorama descrito resulta un elemento objetivo para el análisis negativo de la defensa procesal de los intereses y derechos de las partes en el desarrollo de un conflicto socio familiar judicializado, debemos observar que parte del problema entonces no corresponde al funcionamiento del Sistema de Impartición de Justicia.

Ello sin embargo, no puede considerarse como una eximente o atenuante de responsabilidad, mucho más cuando el Ministerio Público y el Poder Judicial observan que sus acciones institucionales se derivan en situaciones intrascendentes en el ámbito de los conflictos familiares.

En tal sentido, consideramos que el Estado (en general) ha reaccionado tardíamente en la atención y colaboración al *Derecho* como estructura normativa, principalmente debido a una limitación funcional de la ley como solución al problema judicial.

Muestra de esta posición es que es posible observar en los últimos años las siguientes acciones normativas, que han sido planificadas en atención a la *indefensión* material de las partes débiles y víctimas de un conflicto familiar en el Sistema de Impartición de Justicia:

1 EL DIVORCIO SOLICITADO POR EL CAUSANTE DE LA SEPARACIÓN

Acreditado en la reforma del artículo 333° del Código Civil con la inclusión de los incisos 12° (la separación de hecho del os cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 335°) y 13° (La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio).

2 EL PROCEDIMIENTO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE RECONOCIMIENTO DE FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL Y LA ACUMULACIÓN DE ALIMENTOS

Con la modificación de La Ley N° 28457 con la Ley N° 29821 se mejoró el procedimiento con el cual se garantiza una tutela eficaz del derecho a la identidad de los hijos procreados en una relación extramatrimonial.

De la misma manera se unificó los procedimientos de petición de alimentos con el de reconocimiento de filiación que se tramitan en instancias y procesos distintos.

3 EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS SUCESORIOS A LOS CONVIVIENTES

Con la promulgación de la Ley N° 30007.

4 LA LEY DE ACOGIMIENTO FAMILIAR

Con la Ley N° 30162, Ley que regula el *acogimiento familiar* se permite a los familiares directos ejercer un derecho equivalente a la de la patria potestad y tenencia de los familiares menores de edad en situación de riesgo o desprotección ante la ausencia de los progenitores.

5 LA LEY QUE AMPLIA EL PLAZO PARA COBRO DE ALIMENTOS DE 15 AÑOS

El mejor ejemplo “normativo” que sustenta nuestro texto se produce en los fundamentos de la Ley N° 30179, el cual otorga un período de tutela a favor de los alimentistas de quince años, con lo cual se soluciona una situación de contradicción por interpretación entre el Código Civil y el Código Procesal Civil respecto de la defensa del derecho a percibir alimentos, que en un caso era considerado un *derecho fundamental* y en otro una *pretensión de carácter patrimonial*.

VI LAS ACCIONES ESTATALES PREVENTIVAS DE CONFLICTOS SOCIO FAMILIARES.

Lamentablemente no existe una solución mágica para prevenir los conflictos en el interior de una comunidad, mucho menos en el ámbito de las relaciones familiares.

Es más, lo natural es que de las crisis y conflictos surja algo positivo y así debe ser porque de lo contrario no habría ni evolución ni desarrollo de las sociedades y por eso se debe variar el modo de “evaluar” el conflicto, para sí obtener beneficios o situaciones positivas de algo que en esencia es negativo y perjudicial.

Ello aplicado en el ámbito jurisdiccional respecto de casos exclusivamente en el ámbito del Derecho de Familia, puede desarrollarse en base a la intervención del Estado para evitar el surgimiento de consecuencias negativas muy graves en el ámbito individual, familiar y social cuando surge una crisis familiar.

Consideramos que la intervención estatal, en principio sólo vinculado al ámbito de una ingerencia sobre los efectos a terceras personas y no respecto de la tutela de la “familia” como institución fáctica, debe estar encaminado al diseño de políticas públicas preventivas de conflictos sociales y al reforzamiento de la interiorización de derechos, para que así “cada persona” que forma parte de una situación conflictiva pueda “interiorizar” que primero está la defensa de su derecho, comprender el nivel de derechos y obligaciones de la contraparte y evaluar la potencialidad de sus intereses, derechos y obligaciones frente a terceros, principalmente si se trata de hijos.

Sólo bajo este esquema de trabajo preventivo, se podría alcanzar una mejor eficiencia en el ámbito jurisdiccional, porque las partes sabrían “comportarse” mejor en el ámbito procesal y legal, relativizando sus posiciones e interest en el ámbito de la obtención de “algo inmaterial” que no necesariamente es justo, es legítimo o legal.

Debemos señalar en este sentido, que el “Derecho” como regulación social ha quedado obsoleto frente a las nuevas realidades sociales, donde las partes asumen un egoísmo excluyente y por ello los conflictos familiares suelen vincularse más al contexto de oposición de derechos que a un mejor mecanismo de tutela de derechos e intereses.

La comprensión de esta situación es pues el elemento prioritario que debe materializar estas políticas públicas propuestas porque de lo contrario, la “ley” seguirá obsoleta a la realidad de las familias en crisis y con lo cual tenemos un mayor problema que se manifiesta en los puntos anteriormente expuestos.

REFERÊNCIAS

AGUILAR LLANOS, Benjamín. **El síndrome de alienación parental aísla al hijo**. P. 46-47. En: GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL. Lima, Tomo 6, Diciembre 2013

AUPING BIRCH, Juan (2000) **Una revisión de la teoría psicoanalítica a la luz de la ciencia moderna**. México, Plaza y Valdés.

BERMÚDEZ TAPIA, Manuel (2014) **La evaluación (y comprensión) de la conducta procesal en los proceso de familia**. P. 157-161. En: Diálogo con la jurisprudencia. Gaceta Jurídica, Lima, Año 19, N° 185, Febrero 2014

BURGESS, Wes (2007). **Manual del trastorno bipolar**. Barcelona, Robinbook

CARDENAS RODRÍGUEZ, Luis (2013) **Afianzamiento del síndrome de alienación parental**. P. 48-52. En: GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL. Lima, Tomo 6, Diciembre 2013

CIDH (2012) Caso Fornerón e hija contra Argentina. www.cidh.org

CUEVA PERUS, Marcos (2006) **Los archipiélagos: espacios, tiempos y mentalidades en América Latina**. México, UNAM

MOSQUERA VASQUEZ, Clara. **Síndrome de alienación parental contra interés del niño**. P. 44-45. En: GACETA CIVIL Y PROCESAL CIVIL. Lima, Tomo 6, Diciembre 2013

RAE (2014) Definición de catastrofismo. www.rae.es

ROBICHAUX, David y VERA, Ana (2008) **Familias y culturas en el espacio latinoamericano**. México, Universidad Iberoamericana.

VILLANUEVA FLORES, Rocío (2009) **Homicidio y feminicidio en el Perú**. Setiembre 2008 – Junio 2009 Lima, Ministerio Público, Observatorio de Criminalidad

LA GESTIÓN PÚBLICA, LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU ¿ AMBOS CONSIGUEN PAZ EN EL ESTADO PERUANO?

Moisés N. Paz Panduro ¹

RESUMO

INTRODUCCIÓN

El presente artículo pretende mostrar cuáles son las normas constitucionales y las de rango constitucional que deben prevalecer siempre por encima de cualquier otra norma de inferior jerarquía, ello con la finalidad de hacer prevalecer los derechos humanos, los derechos de primera generación por encima de cualquier otra norma que afecte su aplicación y la gestión pública debería hacer viable y materializar de forma efectiva estos derechos antes de recurrir al poder judicial.

¿Por qué la necesidad de conocer cuáles son nuestros derechos y garantías constitucionales? Porque a través de ellos el Estado social de Derecho que tiene nuestro país debe preocuparse y hacer efectivos cada uno de ellos. Esta efectivización debe realizarse sólo a través del poder judicial? No realmente, pues para conseguir hacer valer un derecho el poder judicial necesita muchos meses y hasta años para dar solución al conflicto, entonces en estos casos que si están en manos del Poder Ejecutivo brindar solución oportuna, ¿se está haciendo efectivos estos derechos y garantías constitucionales?

¿Cuál es la manera de hacerlos prevalecer en el Estado peruano? A través del control difuso de constitucionalidad de las leyes. Lo que debe aplicar no sólo el poder judicial sino el poder ejecutivo es utilizar mecanismos que tiendan a lograr su vigencia y su efectividad. Esto no se está cumpliendo ni en seguridad social ni en

¹ Abogado por la PUCP. Magister en Derecho con mención en Derecho Penal por la PUCP. Docente de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal en la Universidad Católica Sedes Sapientiae. Profesor Asociado en la AMAG, en ABA ROLI Perú, en el Fuero Militar Policial y CAEJM, en pre y post grado a nivel nacional e internacional. Asociado al INCIPP, Miembro del Consejo de Honor de la Revista Derecho & Sociedad - PUCP, autor de 2 libros y 22 artículos jurídicos en revistas especializadas en materia penal y procesal penal. Vicepresidente y Comisionado de la Comisión Consultiva de Derecho Penal - CAL. Fue integrante del CERIAJUS como delegado alterno y en otras comisiones de reforma del Código Penal.

derechos pensionarios ni en salud ni en tantos otros derechos que se ven afectados por completo y que el Estado no atiende como debería hacerlo.

Revisaremos brevemente a través del método descriptivo y lógico - deductivo si la actual gestión pública que realiza el poder ejecutivo se realiza conforme a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y, si a través de ellos se consigue paz y armonía en nuestra sociedad peruana, procurando que se hagan efectivos estos derechos de manera preventiva eficiente y, si fueron afectados estos derechos si realmente se logra cautelarlos posteriormente de manera oportuna y variar su condición jurídica a una razonable y proporcional.

1 DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Existen normas constitucionales que pese a hallarse establecidas de forma explícita en el texto de la Constitución, no se respetan de manera alguna y, sobre todo los funcionarios y/o servidores públicos del Estado en lugar de hacerlos respetar buscan formas de evadirlos para supuestamente salvaguardar bienes de la administración pública, del Estado. Así por ejemplo, sólo tomamos algunos derechos y garantías que brinda la Constitución Política del Perú:

Artículo 1°.- Defensa de la persona humana²

La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El Estado ¿realmente defiende la persona humana? ¿Defiende la dignidad de la persona? Sólo mencionando un caso concreto: En el régimen pensionario podemos apreciar que, el personal (funcionarios y/o servidores públicos) de la Oficina de Normalización Previsional (ONP) maltratan de manera sistemática y permanente a los ciudadanos, a las personas que luego de haber trabajado los años que establece la ley y que cumplen con los requisitos que ella establece. Este personal trata de hallar un motivo para evitar el pago de la pensión de jubilación o para no pagarle lo justo sino para pagarle lo menos posible, permitiendo que se hagan largas colas que para su atención dilatan indebidamente y son atendidos por personas que no tienen la real capacidad de atención a estas personas de avanzada edad. Incluso prefieren pagar sumas de dinero cuantiosas a Estudios de abogados para evitar este pago o disminuirlos lo máximo posible. La ONP afirma siempre que, "se encuentra en quiebra", pero estas contrataciones de Estudios jurídicos son por sumas muy elevadas y se llevan a cabo hace muchos años.

² Constitución Política del Perú de 1993.

Artículo 2°.- Derechos fundamentales de la persona³

Toda persona tiene derecho:

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida...

b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley. Están prohibidas la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos en cualquiera de sus formas...

La persona, tiene derecho a su paz, a su tranquilidad; sin embargo en nuestro país desde años atrás se percibe un incremento notable de la delincuencia, se aprecia que una inseguridad ciudadana creciente en todos los lugares del país, en todas las zonas y distritos incluso en los distritos que se supone deberían ser los más custodiados de Lima. Los funcionarios y servidores públicos no hacen nada por ello, ni para la prevención que sería lo fundamental (antes que la represión) y cuando se cometen los hechos delictivos los efectivos de la Policía Nacional del Perú son los últimos en llegar y sobre todo la policía especializada (DIRINCRI). De esta manera no existe una clara y focalizada dirección ni del personal policial que debería evitar y prevenir los hechos delictivos y menos existe una política criminal por parte del Estado, todos los órganos creados para este fin “no funcionan” no cumplen la finalidad para la que fueron creados.

La constitución indica, “el tiempo libre al que todos tenemos derecho”, pero, dónde está este tiempo libre? Muchas de las personas salen de sus hogares a las seis de la mañana para llegar a las ocho u ocho y treinta a sus trabajos y salen de su centro de labores a las cinco de la tarde, si es que no los hacen quedarse alguna hora u horas más sus jefes, para llegar a sus hogares aproximadamente a las ocho de la noche, agotados, extenuados, sólo para dormir, las horas hombre están destinadas al trabajo y cuatro o cinco horas para el transporte urbano, ¿Dónde queda el espacio de tiempo para la familia? ¿Dónde queda el tiempo para acercarse en algún momento a nuestras convicciones religiosas? Las autoridades municipales, regionales y del gobierno central ¿se preocupan por mejorar el tráfico rodado y que tengan la agilidad y rapidez necesaria? La construcción de puentes tardan años que perjudican enormemente la condición personal, familiar y laboral de los ciudadanos, un puente que pudo ser construido en seis meses termina siendo construido en casi cuatro años, tal es el caso del puente de la Av. Universitaria, el cual tiene una deficiente construcción.

También se establece que, “no se permite las restricciones a la libertad”, sin embargo, existen no pocos, sino al contrario innumerables casos en los que efectivos policiales realizan detenciones ilegales, arbitrarias, sólo porque les agrada detentar un poder abusivo, porque no les interesa respetar el principio constitucional

³ Constitución Política del Perú de 1993

de presunción de inocencia y sin contar con elementos probatorios graves y fundados.

Artículo 7°.- Derecho a la salud. Protección al discapacitado⁴

Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

Realmente hacen valer los funcionarios y/o servidores públicos estos derechos para los discapacitados?, un caso claro y evidente es de las personas que padecen de esquizofrenia, esquizofrenia paranoide crónica, en el Establecimiento Penitenciario de El Lurigancho encontramos a personas con esta discapacidad, ¿qué pasó con el Juez que ordenó su prisión preventiva o lo condenó a pena efectiva cuando en verdad le correspondía una medida de seguridad en algún establecimiento de salud mental? Estas personas discapacitadas en establecimientos penitenciarios sufren además de la privación de su libertad individual violaciones de libertad sexual, maltratos, lesiones, entre otros. ¿Los funcionarios y/o servidores públicos de los establecimientos penitenciarios toman alguna acción para evitar estas afectaciones a derechos constitucionales? No, no toman acción alguna.

Los establecimientos nacionales de salud mental, ¿reciben a estas personas discapacitadas? ¿Realmente les toman atención e importancia? Los médicos que los atienden ¿se preocupan por cada caso que revisan de manera integral? ¿Analizan cada caso de manera individual y personalizada? No, ninguna de las respuestas a estas preguntas es positiva, actúan de manera genérica y realmente no brindan el resultado o la solución que cada caso debería obtener. Los discapacitados que son internados, ¿salen de los nosocomios realmente equilibrados, estables? La respuesta es negativa, sólo tratan de aliviar su trastorno grave momentáneo y los dejan afuera, no les importa que afuera no tengan el dinero para adquirir las medicinas necesarias, no les importa que puedan ser asaltados, golpeados, violados y/o muertos cuando empiecen a adolecer de su discapacidad mental.

⁴ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 10°.- Derecho a la Seguridad Social⁵

El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida.

La seguridad social, vinculada al derecho a la salud, ¿el Estado reconoce este derecho universalmente? El estado reconoce este derecho a la salud para todos? La verdad es que en la carta constitucional lo expresa, en la ley pareciese que también; sin embargo en los reglamentos internos y directivas de ESSALUD, en los diferentes hospitales del país han encontrado la manera de evitar brindar atención a las personas que no tienen recursos económicos y quienes por obvias razones están encaminadas a morir lenta o rápidamente. La gestión pública a través de los funcionarios y/o servidores públicos de estas entidades de salud ¿otorgan solución a estos casos? Ninguna solución, simplemente señalan que es una decisión interna, es una interpretación que viene de tiempo atrás y, eso es lo que entiende el Ministro, si no se da cumplimiento el Hospital quedaría desabastecido y procedería a colapsar y procederían a despedirlo. ¿Estas son razones suficientes?

¿La Defensoría del Pueblo y la Defensoría de los Hospitales funcionan y se consigue el resultado “atención a la persona en gravedad”? La defensoría del pueblo tiene un área especializada para atención de este tipo de casos; sin embargo, se puede apreciar que, sólo se limitan a cumplir una función de información y de apoyo moral, pero en la práctica no son eficientes y menos efectivos, dejan transcurrir el tiempo, aceptan todo lo que indica ESSALUD e indican que se debe iniciar un proceso judicial. ¿Mientras tanto? El paciente familiar que requiere atención para su salud murió.

Artículo 22°.- Protección y fomento del empleo⁶

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

Artículo 23°.- El Estado y el Trabajo⁷

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

⁵ Constitución Política del Perú de 1993

⁶ Constitución Política del Perú de 1993

⁷ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 27°.- Protección del trabajador frente al despido arbitrario⁸

La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

¿El Estado fomenta el empleo? Seguramente el Estado requiere una gran cantidad de personas cuando empieza a construir obras (caminos, puentes, entre otros); sin embargo, ¿este trabajo es para todos? O estos empleos son acaparados por el sindicato de trabajadores, ingresan además otros personajes quienes además cobran cupos a los jefes de obra, a los ingenieros; lo mismo sucede cuando existe una demanda de mano de obra para la construcción de edificios, casas, lugares particulares, donde no suele ingresar cualquier persona que requiera el empleo y que además esté calificado, además debe pertenecer a algún sindicato al que aporte cuotas y que le consiga el empleo; de lo contrario no tendrán acceso al mismo.

Quizá pensemos que esta discriminación laboral, estos cobros de cupos, sólo exista en construcción civil; sin embargo la realidad es otra, en contrataciones estatales lamentablemente se consigue un puesto en el Estado (que es quien otorga más empleos a nivel nacional) por amistad o compadrazgo, los procesos de selección y contratación estatal son meramente formales y no son objetivos en la selección, se actúa conforme a indicaciones, la competitividad laboral objetiva por los logros académicos y/o profesionales logrados no existe en el buen sentido, lo que existe es la selección por amistad, por el favoritismo y en función a ella se formula el requerimiento de contratación administrativa de servicios.

2 LA GESTIÓN PÚBLICA

Diremos que una política pública⁹ corresponde a cursos de acción y flujos de información relacionados con un objetivo público definido en forma democrática; los que son desarrollados por el sector público y, frecuentemente, con la participación de la comunidad y el sector privado. Una política pública de calidad incluirá orientaciones o contenidos, instrumentos o mecanismos, definiciones o modificaciones institucionales, y la previsión de sus resultados.

De esta manera podemos entender por política pública, un conjunto o flujo de informaciones que son la estructura procesal que permite la especificación de las intenciones u objetivos por parte del Estado y que están orientadas a prevenir resultados negativos y buscar los mayores resultados positivos.

⁸ Constitución Política del Perú de 1993

⁹ LAHERA PRADA, Eugenio. "Introducción a las Políticas Públicas". En: file:///C:/Users/Home-/Downloads/435499296.Lahera-Parada-Intrducci%C3%B3n-a-las-pol%C3%ADticas-p%C3%BAblicas.pdf. Tomado el 13.VIII.2017 a las 11:10. p. 4.

Las políticas públicas, corresponden a soluciones específicas de cómo manejar los asuntos públicos¹⁰. Es claro que las políticas públicas tienen por finalidad manejar los asuntos públicos de la mejor manera y brindando siempre soluciones y la mejor calidad de vida para la población.

Las políticas públicas¹¹ permiten ordenar en torno a su finalidad o propósito, leyes, metas ministeriales, prácticas administrativas y partidas presupuestarias. Ellas pueden entregar al gobierno los principales criterios de análisis estratégico, así como de evaluación de la gestión pública. El apoyo de los partidos al gobierno podría estructurarse en torno a ellas.

En este sentido es claro que, una gestión pública adecuada, está orientada a objetivos claramente definidos, que se encuentran expresados con claridad para mejora de las personas, de la forma de desempeño en una actividad determinada, para mejora de sus condiciones legales, económicas. Incluso proponiendo leyes, resoluciones, decretos que favorezcan o benefician a la población.

Carlos Alza¹² señala que, un país con conflictos internos no es extraño, los conflictos existen y existirán siempre; sin embargo, saber resolverlos, gestionarlos adecuadamente, transformarlos en oportunidad o simplemente convivir con ellos sin que lleguen a convertirse en violencia es lo más importante. Esto se encuentra en el centro de acción de los gobernantes, que deben garantizar sobre todo los derechos y libertades de las personas en la gestión pública que planteen, siempre teniendo en cuenta la realidad compleja, los intereses de las personas, las visiones de los problemas y las soluciones a ellos. Es fundamental desligarnos de egoísmos, idolatrías, dogmas y evitar azotarnos nosotros mismos.

El autor nos explica que, los conflictos siempre han existido y existirán en el país, pero lo más importante es ver la manera de solucionarlos, de salir adelante con ellos o de convivir con ellos; sin embargo advierte que es importante evitar la violencia que puede generarse a partir de una mala gestión de políticas públicas, desligándonos y alejándonos de egoísmos, de dogmas invariables, hallando siempre la mejor forma de resolver estos conflictos frente a cualquier tipo de actos que se presenten en el Estado. La gestión pública interviene en cada uno de los poderes del Estado y debe ser gestado en función a un análisis político que privilegie las formas racionales y proporcionales que atiendan las necesidades y pedidos de las personas.

¹⁰ LAHERA PRADA, Eugenio. "Introducción a las Políticas Públicas". Op. cit. p. 9

¹¹ LAHERA PRADA, Eugenio. "Introducción a las Políticas Públicas". Op. cit. p. 10

¹² ALZA BARCO, Carlos. "La desconfianza como Institución". En:

<https://carlosalzarbarco.wordpress.com/tag/gestion-publica/> . Tomado el 13.VIII.2017 a las 11:45.

La doctrina vigente del CLAD¹²¹³, se vincula la mejora de la gestión pública en Iberoamérica con un desarrollo social justo y equitativo, que garantice la inclusión social; con la revitalización del crecimiento económico, a favor de toda la población y generador de valor social; y con la profundización y ampliación de la democracia, hasta lograr que sea plena, soportada en una cultura de participación ciudadana que contemple el rol protagónico de la ciudadanía en todas las fases del proceso de formación de políticas públicas.

La gestión pública en Iberoamérica entonces pretende conseguir un desarrollo social, justo y equitativo con una efectiva inclusión social, busca un crecimiento económico a favor de toda la población, ampliando la democracia con una cultura de participación ciudadana en todas las fases de formación de políticas públicas.

La finalidad del Estado¹³¹⁴ en la gestión pública tendría los siguientes niveles: establecer y proteger los derechos de las personas, hacer cumplir los acuerdos y mantener el orden, busca maximizar el bienestar social, intervenir cuando hay fallas en el mercado, redistribuir el resultado y minimizar las pérdidas de eficiencia.

Con este concepto de Estado y la finalidad de la gestión pública confirmamos que existe una coincidencia absoluta en la pretensión de la gestión pública por establecer siempre la protección de los derechos de las personas, mantener el orden, maximiza el bienestar social, intervenir cuando existen fallas en los precios de mercado y redistribuye los resultados minimizando siempre las pérdidas de eficiencia.

Es claro que, para conseguir esta finalidad utópica de la gestión pública se requiere un análisis integral y sistémico de las políticas que sean más adecuadas para los ciudadanos, tratar de hacerlas cumplir, cumplir los acuerdos y pactos ciudadanos, evitar que exista delincuencia en la sociedad, redistribuir riquezas y pérdidas, todo ello con niveles muy adelantados de pensamiento político y de gestión.

¹²¹³ FERNANDEZ TORO, Julio César. "La Consolidación de una Doctrina Iberoamericana para una mejor Gestión Pública en el Siglo XXI". <https://maestriagp.files.wordpress.com/2012/01/presentacion.pdf>. Tomado el 14.VIII.2017 a las 10:38 pm. p. 1

¹³¹⁴ JAIME PASTOR, Vicente y HERNANDEZ CARRIÓN, Rodolfo. "Gestión Pública. Curso 2010-2011" En: http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/gestion-publica/tema_2_gp.pdf Tomado el 14.VIII.2017 a las 10:38 pm. p. 1

3 DERECHOS CONSTITUCIONALES Y GESTIÓN PÚBLICA

Como podemos apreciar, la gestión pública necesariamente debe ir estrechamente vinculada a los derechos constitucionales de las personas, toda política o gestión pública debe resguardar estos derechos y garantías por encima de cualquier otro orden de imperativos; sin embargo, podemos darnos cuenta que en la realidad la gestión pública no funciona de esta manera.

¿La defensa de la persona humana y su dignidad? ¿Se cumple con la gestión pública y las políticas públicas? No se cumple, basta apreciar las largas colas que realizan los jubilados en el Banco de la Nación todos los meses para cobrar su exigua pensión, personas que tienen más de 65 años de edad, quienes deben hacer unas larguísimas colas antes de llegar a ventanilla del Banco para su atención, en medio de tanto frío o del sofocante calor. Este derecho constitucional se ve quebrantado hace años y ninguna administración pública se ha preocupado por mejorar las condiciones de estos jubilados ya mayores de edad, la mayoría de ellos ancianos. Otro ejemplo de vulneración clara y evidente de la dignidad de la persona humana sin ir más allá es el caso de aquellas personas que solicitan al Estado su pensión de jubilación, también existen largas colas, existe desinformación sobre el tema y por ello mismo se dejan sorprender por personas inescrupulosas en las afueras de los lugares donde se encuentra la Oficina de Normalización Previsional (ONP), creen en las mentiras que les dicen para sacarles diez soles, veinte soles, que para estas personas es mucho dinero y los despojan de ello para realizar y presentar escritos que, en lugar de beneficiarlos los perjudicarán pues o no les otorgarán la pensión o la demorarán mucho más o simplemente se la negarán.

¿Derechos fundamentales de la persona a la paz, tranquilidad, adecuado desarrollo de su vida? Estos derechos consagrados en la Constitución en nuestro país no se cumplen, pues no existe paz ni tranquilidad, la inseguridad ciudadana es cada vez mayor, el índice de peligrosidad se incrementa cada día. No existe realmente una política criminal por parte del Estado que frene esta delincuencia para darle paz y tranquilidad a las personas que van a estudiar, que van a un Banco, que van a trabajar, que simplemente van a almorzar o cenar, todo lugar es foco de asalto de la delincuencia en todo nivel social, todos los días apreciamos en los medios televisivos que un grupo de delincuentes roba restaurantes en La Molina, Miraflores, Lima Norte, Ate, Pueblo Libre, los asaltos al paso con sustracciones de celulares es en absolutamente todos los distritos de Lima y en provincias. Los homicidios se pueden apreciar también con mucha frecuencia en todo lugar, por no entregar un celular, por no entregar su zapatilla o por no tener un sol consigo y ser pobre. El Estado ¿tiene una adecuada gestión pública con una política criminal acorde al caso concreto y que permita disminuir la delincuencia en Lima y en el país? No, no lo tiene y por cómo se ven las cosas no es de su interés contar con este tipo de política criminal.

¿Derecho a la salud? ¿Derecho a la seguridad social? ¿Realmente este es un derecho en nuestro país?, si una persona se encuentra en estado realmente grave y va a un hospital, ¿lo atienden? La respuesta es no, primero verifican si tiene su seguro particular para que lo deriven a clínica, si no tiene verifican si está afiliado y aporta a ESSALUD, si no está afiliado o no aporta simplemente lo retiran del Hospital y no lo atienden; pero hay algo que es lo peor que precisamente por causa de la “gestión pública” (que en verdad no lo es porque como ya sabemos la gestión y política pública está orientada al bien común, a que se respeten los derechos de las personas) que han realizado, debido a directivas internas hacen una interpretación errada de la Constitución y la Ley y, aun estando afiliado, aun habiendo aportado durante 3 años, pero con lapsos de 5 meses de interrupción entre el cambio de un trabajo y otro simplemente deciden no aceptarlo porque su directiva dice que debe ser ininterrumpido, contrariando el texto expreso de la Ley, incluso cuando una persona se apersona al área que debe brindarle seguridad, apoyo dentro del mismo Hospital (Órgano de Control Institucional del Seguro Social de Salud - ESSALUD), su gestión o política es simplemente dilatar y resolver negativamente, lo mismo ocurre en Defensoría del Pueblo en su área especializada de atención a poblaciones vulnerables y salud.

¿Derecho al trabajo? ¿En nuestro país se respeta el derecho al trabajo? La respuesta tampoco es positiva, basta con recordar hace un par de meses la muerte de dos jóvenes: Jovi Herrera Alania y Jorge Luis Huamán Villalobos, quienes se encontraban trabajando en Las Malvinas, específicamente en la azotea del Edificio Nicolini, dentro de un contenedor metálico que fue acondicionado precisamente para que nadie entre ni salga. Ambos jóvenes se sabe ahora que trabajaban 12 horas al día allí dentro, donde no tenían servicios higiénicos debían hacer sus necesidades en una botella o en bolsitas, no tenían descanso, estaban encerrados y con candado, lo que precisamente ocasionó su muerte, ¿cuánto era su pago? Se dice que aproximadamente ganaban seiscientos soles mensualmente. El Ministerio de Trabajo ¿cumplía su labor de gestión? ¿Envío en algún momento a sus Inspectores de trabajo a este lugar? ¿Acaso el Ministerio de Trabajo envía a sus inspectores a verificar si están trabajando las personas en Gamarra con las condiciones debidas y mínimas? Tampoco lo hace, no tienen políticas públicas para mejorar en ello y menos su gestión pública es acorde a conseguir alentar un trabajo en condiciones saludables y al menos humanas.

CONCLUSIONES

1. El Estado y las entidades estatales deben preocuparse por la persona humana y no sólo por sus intereses.

2. El Estado y sus entidades estatales deben generar políticas públicas y realizar gestión pública priorizando los derechos de las personas.

3. El Estado y sus entidades estatales deben priorizar el derecho a la vida, a la salud, a la libertad de las personas, el derecho a su dignidad, a su tranquilidad; por sobre cualquier otro objetivo que pudiesen tener.

4. Debe establecerse normativamente sanciones muy fuertes y graves para funcionarios y/o servidores públicos que incumplan con la adecuada gestión pública que debe implementarse y, esta debe hacerse efectiva

5. La sociedad civil y la Iglesia Católica deberían unirse, tomar posición inmediata al respecto de estos derechos constitucionales, formar un frente común para exigir al Estado que se respeten estos derechos y que se expidan sanciones ejemplares para quienes los incumplan.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución Política del Perú de 1993.

LAHERA PRADA, Eugenio. "Introducción a las Políticas Públicas". En: <file:///C:/Users/Home-/Downloads/435499296.Lahera-Parada-Intrducci%C3%B3n-a-las-pol%C3%ADticas-p%C3%ABlicas.pdf>.

ALZA BARCO, Carlos. "La desconfianza como Institución". En: <https://carlosalzarbarco.wordpress.com/tag/gestion-publica/>

FERNANDEZ TORO, Julio César. "La Consolidación de una Doctrina Iberoamericana para una mejor Gestión Pública en el Siglo XXI". <https://maestriagp.files.wordpress.com/2012/01/presentacion.pdf>.

JAIME PASTOR, Vicente y **HERNANDEZ CARRIÓN**, Rodolfo. "Gestión Pública. Curso 2010-2011" En: http://ocw.uv.es/ciencias-sociales-y-juridicas/gestion-publica/tema_2_gp.pdf

FILOSOFÍA DE LA PAZ:

TRES DIMENSIONES DEL CONCEPTO DE PAZ

Rafael Mora Ramírez ¹

RESUMO

INTRODUCCIÓN

La meta de la filosofía es aclarar conceptos. Estos conceptos son manejados cotidianamente por la comunidad. Por ello, una manera de acercarse al esclarecimiento de estos conceptos es empezando por entender lo que quieren decir quienes afirman tal o cual cosa sobre tal o cual concepto. O, también, investigando el significado de las expresiones usuales relacionadas al término en cuestión. En este caso, evaluaremos el concepto de “paz”.

“¡Déjame en paz!” – dice un ciudadano mostrando su fastidio a su vecino.

“¿Podemos hacer las paces?” – dice un amigo a alguien a quien ofendió para reconciliarse.

“La paz os dejo, mi paz os doy” – dice un cura citando la Biblia frente su público.

¿Qué es la paz? Revisemos un diccionario:

Paz. Del lat. *pax, pacis*.

1. f. Situación en la que no existe lucha armada en un país o entre países.
2. f. Relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos.
3. f. Acuerdo alcanzado entre las naciones por el que se pone fin a una guerra.
4. f. Ausencia de ruido o ajetreo en un lugar o en un momento.

¹ Filósofo por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Docente de las asignaturas de Lógica Jurídica e Introducción de la Filosofía en la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

5. f. Estado de quien no está perturbado por ningún conflicto o inquietud.
6. f. Rel. En el cristianismo, sentimiento de armonía interior que reciben de Dios los fieles.
7. f. Rel. En la misa, saludo que toda la asamblea se ofrece mutuamente como signo de paz y reconciliación.²

Frente a esta variedad de posibles significados, hemos organizado tres líneas de investigación acerca del concepto de paz: la dimensión ontológica, la dimensión antropológica y la dimensión ética. Así, 4 sería una muestra de la dimensión ontológica; 5 lo es de la dimensión antropológica y, finalmente, 2 lo es de la dimensión ética. Analicemos cada uno de estos aspectos.

1 DIMENSIÓN ONTOLÓGICA DE LA PAZ

Cuando la paz se considera en tanto ausencia de ruido o ajetreo en un lugar o momento determinado, se está aludiendo a un estado del mundo. Un mundo con ruido, movimiento, desorden, caos, inestabilidad es un mundo carente de paz.³ La paz, así pensada, se identifica mucho con el silencio y la quietud. Bajo este punto de vista, podemos enfocar la paz desde la perspectiva de un viejo pensador griego: Parménides.

El conocido aforismo parmenídeo dice así: “el ser, es; el no-ser, no es”. Esto puede ser interpretado de muchas maneras. Si identificamos el ser con el todo y el no-ser con la nada, y si, además, consideramos que el que algo sea significa que este algo exista o sea real, entonces al afirmar que el ser es, estaríamos diciendo que “el todo existe” y al afirmar que el no-ser no es se estaría diciendo que “la nada no existe”. Esto último tiene sentido. La nada no puede ni existir ni ser pensada ni ser dicha. Pues, cuando se dice que la nada existe, o que se piense la nada o que se diga lo que la nada es, cae uno en contradicción.

Así pues, Parménides dice que la nada es impensable, y como tal no puede existir. Todo lo que es, sencillamente, es. Y como no podemos concebir (ni pensar, ni imaginar) el no-ser (la nada), es imposible que algo pueda nacer del no-ser. “De la nada, nada puede surgir”. Según Parménides: “Es necesario decir y pensar lo que

² Diccionario de la RAE on-line. <http://dle.rae.es/?id=SEeIFDw>

³ Esto, sin embargo, puede llevarnos a cierto relativismo. Pues para experimentar la paz primero hay que haber vivido el desorden para que, a partir de ahí, se pueda decir lo que la paz es. Así, algunos identifican la paz con el campo y a la ciudad la llaman “la jungla de cemento”. Y otros pensarán que en el campo hay mucho ruido, mientras que en un sótano se puede vivir la paz verdadera

es, pues es posible ser, mientras a la nada no le es posible ser, pues jamás se impondrá esto: que haya cosas que no sean”.

Asimismo, Parménides sostenía que lo que percibimos como movimiento y cambio no es, considerado absolutamente, más que una ilusión. La realidad es una, permanente e indivisible. Según Parménides: “El ser es inengendrado e imperecedero, íntegro, único en su género, inestremecible y plenamente realizado. Nunca fue ni será, puesto que es ahora todo a la vez uno, continuo.”

El cambio (o movimiento o dinamismo) entonces no puede existir. No es real. Cuando algo nos parece que algo se mueve, son nuestros sentidos los que nos están engañando. El paso del ser al no-ser y viceversa es imposible. Por ende, el ser no puede nacer ni morir. Es eterno.

Entonces, para Parménides en el mundo ya hay paz. Pero es cuestión de perspectiva. La muerte tampoco existe. Una paloma que supuestamente muere, no dejar de ser porque se convierte en alimento de plantas que luego se transforman en alimento de animales que luego se vuelven fuente de vida de otras cosas. Todo se mantiene igual, siempre.

De este modo, la tan buscada “paz en el mundo” cobra un significado muy distinto. Paz hay donde no hay ciudad ni nada relacionado a ello. La paz surge cuando en un entorno determinado hay permanencia e inmutabilidad. La fría Antártida sería un ejemplo de esto. Pero, también un bosque en el que la conducta de los animales, aún actuando de acuerdo a su naturaleza, lograra entablar armonía entre las partes y el todo se podría considerar un lugar pacífico. Pero, de nuevo, volviendo a la ciudad tan ruidosa y caótica se podría encontrar la paz, si se enfoca las cosas desde el punto de vista de Parménides.

2 DIMENSIÓN ANTROPOLÓGICA DE LA PAZ

Cuando se afirma que la paz es un estado mental de quien no está perturbado por ninguna inquietud ni ningún conflicto se alude a un tipo de mentalidad humana. Esta es la del *homo pacificus*: un hombre que tiene paz en su interior. Esto significa que tiene tranquilidad en su alma, pues su mentalidad no se ve perturbada por ningún tipo de preocupación ni ansiedad.

Básicamente, hay dos cosas que no sabemos controlar: el futuro y el miedo. Solemos olvidarnos de la maravilla del presente para proyectarnos en un futuro dudoso y, peor aún, nos quedamos anclados en un tormentoso pasado. El hombre pacífico no se ocupa del pasado o el futuro: vive su presente intensamente. De ahí que los estoicos recomendasen el aceptar nuestra realidad

como un primer gran paso para poder adueñarnos de nuestra propia persona. Ser sabio significa erradicar las pasiones, es decir, ni entristecerse ni alegrarse por lo que ocurrió. Lo que ocurrió simplemente ocurrió. Y ocurrió como debía ocurrir y era imposible que no ocurriera como, de hecho, ocurrió. Eso no es penoso ni gracioso: simplemente es. Solo si aceptamos el destino, lo acontecido, la realidad presente somos realmente libres. La metáfora del perro puede ayudar. Un perro es jalado por un carro. Si se opone a ser jalado, se lastimará. Por ende, lo mejor que puede hacer es dejarse llevar por ese carro que es, simbólicamente, la vida misma.

“No hay llorar sobre la leche derramada”. Esto significa que sobre lo que ha pasado, no se debe sufrir más. Ya pasó y punto. “Procura esperar más de ti mismo que de tus amigos pues así te ahorrarás disgustos”. Esto último implica considerar que no podemos tener control de otros y, por ello, ellos pueden decepcionarnos si nos dejamos arrastrar por lo que esperamos que ellos hagan. Pero, en cambio, sí podemos tener control sobre nosotros mismos (con mucho esfuerzo). Por ejemplo, podemos pensar en la muerte como el futuro más próximo y eso nos puede causar frustración. Sin embargo, un estoico ha aprendido a entender que es bastante trabajo el llevar la vida, el vivir mismo. Por ello, enfoca la muerte como el fin de todos los males terrenales y así aprenden a considerarla un alivio más que un tormento, un premio más que un castigo. Así, ellos nos enseñan a ver el lado más positivo de lo (aparentemente) malo que pueda acontecer.

En cuanto al miedo, es común la costumbre de temer aquello que no entendemos: la muerte, por ejemplo. Epicuro (representante del hedonismo clásico griego) decía que no debemos temer a la muerte pues cuando ella está, nosotros ya no estamos y cuando nosotros estamos, ella ya no está. Nunca, pues, nos topamos con ella. Es decir, nunca la conoceremos realmente. Lo mismo ocurre con los dioses. Hay quien se preocupa por saber si dios nos está aprobando o desaprobando. Esa cuestión no es de interés para los dioses, dice Epicuro, pues si existen, entonces deben ocuparse de cosas más importantes que la mísera existencia de mi sola persona.

Además, si se trata de suprimir los miedos, entonces se debe buscar el placer. Pero, es importante aprender a seleccionar los placeres o deseos. Aquello que deseo puede convertirme en su esclavo si no aprendo a desearlo con cautela y prudencia. En cuanto a esto, Epicuro recomendaba evitar los deseos que no son naturales ni necesarios como los lujos y las joyas. También aconsejaba, limitar los deseos naturales y no necesarios como los antojos o la elegancia en el vestir. Finalmente, llamaba a satisfacer los deseos naturales y necesarios como la comida y la bebida pero en su justa medida.

De este modo, los epicúreos afirmaban que el verdaderamente rico no es el que tiene muchas posesiones sino más bien el que necesita poco para vivir. La mordida de una jugosa manzana puede ser más relajante que mucho dinero. Probar agua o caminar un rato en el parque. Estos son “lujos” que solo yo puedo aprender a valorar en mi interioridad. También, se puede decir que para ellos los verdaderamente pobres son aquellos que solo tienen dinero y nada más. Lo importante no es tener dinero, sino el tener amigos con quienes compartirlo.

3 DIMENSIÓN ÉTICA DE LA PAZ

La paz se puede entender como una relación de armonía entre las personas que viven sin odios, discordias ni enfrentamientos. Este significado se asocia con el famoso ideal de buscar “paz en el mundo”. Un mundo sin guerras, sin hombres discriminándose unos a otros, sin cortes de justicia permitiendo y apañando el crimen y la impunidad, sin países imponiendo políticas económicas a otros, etc. Caminando por las calles del centro de Lima encontré la siguiente inscripción en un templo franciscano:

“En honor a San Francisco de Asís / Oración de la paz / Oh señor, / Has de mí un instrumento de paz / Donde hay odio, ponga yo amor / Donde hay ofensa, perdón / Donde hay discordia, unión / Donde hay error, verdad / Donde hay duda, fe / Donde hay desesperación, esperanza / Donde hay tinieblas, luz / Donde hay tristeza, alegría / Oh Maestro, / Haced que yo no busque tanto / Ser consolado como consolar / Ser comprendido como comprender / Ser amado como amar / Porque / Dando se recibe / Olvidando se encuentra / Perdonando se alcanza el perdón / Y muriendo, se resucita a la vida eterna / Amén”

Este ideal de vida cristiana me parece muy rescatable. Amar a la humanidad y a toda forma de vida es algo muy loable. No caer en el resentimiento ni en el recelo. Esa envidia que nos puede corroer el alma. Aprender a alegrarnos por el éxito del vecino, del amigo, del colega. Dar es mil veces mejor que recibir. Dar un regalo, invitar comida, estrechar una mano, desear una buena jornada.

Es difícil, sin embargo, aprender a vivir así. Jesús decía que hay que dar la otra mejilla cuando alguien nos haya dado una bofetada. A cualquiera le parecería irracional. Por ejemplo, para Nietzsche la moral cristiana es la moral del débil, del que se deja llevar por la manada, por el rebaño. El cristiano es el humilde, sumiso y piadoso. Por el contrario, él busca el superhombre, el hombre que pueda saciar su sed de poder y que viva con orgullo, dominio y rebeldía.

Para Nietzsche, el cristiano practica una forma de vida que lleva hacia la muerte de lo natural y saludablemente humano dentro de todos nosotros. "Cuando muera, pasaré a mejor vida". Esto último le suena terrible. Por ello, en contraposición, él sostiene una moral del amo, del hombre superior que busque no la muerte sino el disfrute de la vida. Él no quiere enseñar a vivir una vida de la cual no tengamos que arrepentirnos, una vida tan bien vivida que tengamos ganas de vivirla mil y una veces más.

Sin embargo, Nietzsche cae en un exceso de libertinaje. El superhombre para ser tal debe hacerse y construirse a costa de los demás, acabando con todo aquello que limite su poder o le imponga trabas a su indefinida libertad. Darle un asiento a una abuelita en el carro, sería interpretado como un signo de debilidad. Pues, darwinianamente, los más fuertes deben sobrevivir y los más vulnerables se deben extinguir. Pero, a mí me parece que actuar al modo cristiano es algo virtuoso pues es señal de cortesía, de respeto, de querer colaborar con la cohesión social.

Mientras que un cristiano al enterarse que la chica que le agrada tiene ya pareja, decide alejarse de ella para no dañar esa relación, un tipo que ha leído las obras de Nietzsche pensará que una mujer con pareja no es un límite sino más bien un reto que debe ser superado.

No obstante, en mi opinión el cristiano actúa bien, pues respeta la mujer del otro. Tal vez, interpretará eso como una señal de Dios, como una muestra que su camino no era con esa dama y que, por ende, hay que seguir buscando.

En suma, la ética cristiana me parece que nos puede llevar a un mundo de paz verdadera. El problema es que no es la única religión. Y, además, históricamente se ha usado su nombre para justificar tales o cuales encuentros bélicos. Sin embargo, esto no debería amilanar los esfuerzos por buscar un perfeccionamiento moral en base al cristianismo.

REFERÊNCIAS

LA BÚSQUEDA PERMANENTE DE LA PAZ SOCIAL EN EL PERÚ

Fernando Fukunaga ¹

RESUMO

En los últimos 50 años, el Perú ha vivido épocas de graves crisis políticas, económicas y sociales. En la década de los 70's, teníamos un gobierno militar socialista, con recortes de libertades, estatizaciones y expropiaciones de empresas, negocios y tierras, que terminó con una gran crisis por la excesiva burocracia en entidades de gobierno, aumento del gasto militar y público, incremento de la deuda externa, manejo deficiente del aparato estatal, entre otros. En los 80's el Perú continuó con gobiernos de corte populista y socialista, que además vio sacudido al país por fenómenos naturales, grave crisis económica, paros y huelgas de empleados públicos y privados, conflictos con países vecinos, guerra interna con grupos terroristas muy violentos que causaron más de 25 mil muertes y destrucción por un valor superior a los USD 25 mil millones, termina la década con un intento fallido de estatizar la banca, una de las peores crisis económicas de la historia, una hiperinflación superior a los 2,200% anual y con una gran crisis social que afectó principalmente a las zonas más pobres y rurales del país, entre otros graves problemas.

En los 90's el Perú vivió la derrota del terrorismo, la reinserción en la economía en el ámbito mundial, la liberación de los controles a los sectores económicos, privatización de las empresas públicas deficitarias, el ingreso de la tecnocracia al gobierno y un plan de reformas estructurales. Lamentablemente estas mejoras importantes no pudieron continuar y el gobierno terminó en el 2000 con escándalos de corrupción de parte de un ex asesor presidencial. Las reformas de los 90's son la base para que el quinquenio 2006 - 2011 el Perú viviera uno de las mejores épocas económicas de la historia. Sin embargo, recientemente se han descubierto graves casos de coimas a funcionarios públicos y sobrevaloración de las obras de infraestructura entre los años 2004 al 2016. Las mejoras económicas logradas fueron truncadas por un gobierno socialista (2011 al 2016) y nuevamente volvimos a un estado dedicado más a gastar los recursos en programas sociales, que en mantener el crecimiento de la economía nacional, además de un mayor

¹ Docente en la UCSS.

endeudamiento público por mega obras, hoy cuestionadas por sobrevaloraciones de las mismas contra la entrega de sobornos a funcionarios del Estado.

En el 2017 y con un gobierno tecnocrático que generó expectativa de mejora económica, el país vive momentos políticos, económicos y sociales muy complicados. En parte por los casos de corrupción millonarios del caso Lava Jato y las empresas constructoras brasileñas como Odebrecht, OAS, Camargo y Correa entre otros, por un fuerte fenómeno del niño y porque el gobierno, compuesto principalmente por funcionarios provenientes del sector privado, no logra prender el motor de la economía ni logra conectar con las soluciones a los principales problemas que aquejan a la población. Además se viven graves problemas internos como las denuncias de presiones políticas para favorecer proyectos como Chinchero, Talara, entre otros, así como las diferencias existentes entre las políticas del Ejecutivo y el control político ejercido por Legislativo.

El país tiene además problemas por la alta informalidad del país (estimada en 70% de la economía nacional), que quedó reflejada en el reciente incendio en una zona comercial altamente tugurizada de Lima y con al menos 2 fallecidos, que además ha hecho público la forma tan precaria en que jóvenes peruanos trabajan sin condiciones de seguridad mínimas y bajo formas que algunos han catalogado como esclavitud laboral. Otros problemas graves son el alto nivel de inseguridad ciudadana, el bajo nivel de confianza en el sistema de justicia, la reducción de la inversión pública y privada, la reducción de la recaudación tributaria, el decrecimiento de la economía, el alto grado de corrupción, los deficientes servicios públicos, entre otros muchos problemas que padece el país.

En otras palabras, a pesar de haber tenido gobiernos de distintas tendencia en las últimas décadas, el Estado no ha logrado brindar servicios básicos de calidad a la población, el país reclama mejores niveles de calidad en educación, salud, justicia, entre otros. Tampoco hemos sabido reducir los niveles de corrupción ni de inseguridad ciudadana, ni los resentimientos sociales internos. En resumen, en 50 años no hemos sido capaces de lograr una sociedad que garantice vivir en paz, en paz social. Una paz que garantice que cuando salgamos a las calles no tengamos temor de ser asaltados, que cuando tengamos un mal podamos atendernos en una entidad de salud del estado con la garantía que nos atenderán rápido y nos permitirán recuperar la salud en el menor plazo posible. Una paz de saber que nuestros hijos reciben una educación de calidad, donde no sólo se promueva el conocimiento sino que los niños interioricen que estamos en este país para ser felices y ayudar a los demás a ser felices. Una paz que nos garantice que cuando tengamos un problema que resolver en la vía judicial, esta resuelva con justicia. Una paz de saber que los funcionarios del Estado se sienten servidores públicos y no que ingresan al Estado a buscar servirse de él. Una paz de saber que nuestra sociedad

busca la mejora económica, no como un fin, sino como un medio para alcanzar la propia paz.

Tuve la suerte de vivir muchos años en Japón, un país que fue devastado por la segunda guerra mundial, en la cual millones de jóvenes japoneses perdieron la vida. Sin embargo, hoy Japón puede decir que ha aprendido de la guerra, es decir, Japón hoy es una sociedad pacífica, donde su gente se preocupa por que su país no vuelva a ser parte de un conflicto armado externo nuevamente. Internamente Japón supo sobresalir y construir una sociedad pacífica, que busca permanentemente la mejora de sus ciudadanos, en forma civilizada y democrática. Es una sociedad que tiene altos índices de calidad en los servicios de educación, salud y justicia. Ha logrado ser un país seguro, donde los índices de criminalidad son de los más bajos del mundo. La pregunta es entonces, por qué Japón sí pudo hacer de su país un lugar para vivir pacíficamente, donde la sociedad tiene la tranquilidad de encontrar fuentes de trabajo que les permiten vivir cómodamente, pero sobretodo donde hay respeto hacia el prójimo, donde es natural el trabajo en equipo, donde las personas son en su gran mayoría muy honestas. Por qué entonces, en el mismo tiempo, el Perú no ha podido lograrlo?

Tenemos miles de preguntas sin respuestas, por ejemplo por qué tenemos empresas que nos venden leche evaporada cuando en realidad contiene leche en soya o leche en polvo mezclada con agua?, por qué hay comerciantes que adulteran las balanzas para ganar un poco más?, por qué tenemos empresas que venden yogurt de fresa cuando de fresa sólo tienen saborizantes y no fresas en frutas?, por qué existen compradores y comerciantes que venden autopartes o celulares robados o medicinas adulteradas?, por qué los bancos abusan con los intereses y comisiones a costa de consumidores que no tienen poder para defenderse? Por qué la tasa de madres solteras es tan alto? Por qué los delitos sexuales siguen aumentando? Por qué no tenemos funcionarios públicos que se preocupen por los usuarios al momento de atenderlos? por qué no la mayoría de conductores de vehículos no son capaces de dar pase al peatón o a otro vehículo?, por qué tenemos vehículos que circulan contaminando a la población, a pesar de la obligación de corregirlo antes de cada revisión técnica?, por qué las empresas y personas que viven cerca al mar o a los ríos siguen vertiendo desechos y contaminando nuestras fuentes de agua?, por qué a pesar de los años la inseguridad ciudadana sigue siendo uno de los principales problemas del país, sino el más importante?, por qué estamos entre los países de mayor violencia hacia las mujeres?, por qué personas reputadas en política, empresariado, abogados, periodistas y otros con una buena formación en casa, colegio y universidades están envueltas en actos de corrupción como Java Jato y otros?

En otras palabras qué estamos haciendo mal como sociedad? Por qué no hemos sido capaces de tener una sociedad con personas preocupadas por alcanzar

la felicidad, pero sin trasgredir los valores de respeto, responsabilidad, sinceridad, honestidad, honradez, integridad, empatía, tolerancia, disciplina, ética, orden, caridad, humildad, amor hacia el prójimo, humanidad, compasión, solidaridad, cortesía, trabajo en equipo, justicia, amabilidad, cooperación, etc.?

Pues parecería que en la escuela y en el hogar donde los padres y madres en su mayoría trabajan y donde el tiempo dedicado a los hijos es cada vez menor, la preocupación principal de los padres es lograr que los hijos aprueben sus estudios con buenas notas y por lo tanto que sepan resolver problemas matemáticos, que aprendan los cursos de letras, computación, idiomas y otros relacionados al conocimiento, más hemos descuidado la verdadera formación de nuestra juventud como personas humanas que son y que formamos parte de sociedad llamada Perú.

En las universidades, los profesores se preocupan muchos por que los alumnos aprendan de economía, de negocios, de administración, de elaboración de proyectos, de leyes, y en general de cómo hacer para que las empresas sean rentables y ganen dinero, aunque en la práctica caen en “ganar dinero a cualquier costo”, por eso los casos de fraudes, evasión de impuestos, cárteles y concertación de precios, abuso de posición de dominio, publicidad engañosa, restricciones a la libre competencia, destrucción del medio ambiente, venta ilegal de productos adulterados, de dudosa procedencia o copiados, comercialización de productos en mal estado o que no cumplen con las buenas prácticas, entre otras. Sin embargo qué estamos haciendo por generar que los nuevos profesionales se preocupen por que las empresas fabriquen y elaboren productos de calidad, para que las empresas cumplan con altos estándares de buen gobierno y con responsabilidad social, por que quienes trabajen en el Estado realmente sean unos servidores del público, y en general sean profesionales para buscar el bien de las empresas, del Estado y de la población en general.

Creo tenemos un reto importante por hacer y es generar en nuestros estudiantes la conciencia de buscar realizar un trabajo profesional que contribuya a lograr los objetivos de las empresas, organizaciones y entidades donde laborarán, pero a la vez que contribuyan a lograr la paz social que el Perú y los países de la región requieren. Esto merece un estudio consciente de la problemática actual, creo que los recientes casos de corrupción regional deben ser materia de estudio por las universidades, creo que la finalidad de la sociedad y de las personas debe reescribirse, la economía de mercado no debe entenderse como el fin supremo de la sociedad sino el medio para lograr una sociedad justa y feliz en su conjunto, no basta con buscar la felicidad y la Paz individual si lo hacemos siendo indiferentes ante lo que vive la mayor parte de la población. Lo que debemos buscar en los jóvenes es que sean capaces de buscar la Paz Social y no sólo la paz económica

REFERÊNCIAS

POLÍTICA PÚBLICA DE PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL:

UNA FORMA DE MEJORAR LA GESTIÓN PÚBLICA EN PRO DE UNA REDUCCIÓN DE LA POBREZA

Abdías Teófilo Sotomayor Vértiz ¹

RESUMEN EJECUTIVO

América Latina a lo largo de varias décadas ha sido asolada por la corrupción, y el Perú no ha sido la excepción a dicha lamentable realidad; y pese a los diferentes esfuerzos realizados, no se ha podido erradicar el problema de la corrupción, y la percepción es que sigue extendiéndose. La corrupción no sólo tiene un efecto negativo para la educación y formación ética de las personas, en el caso de la corrupción asociada a las contrataciones o compras estatales, sus efectos negativos también originan la reducción de los presupuestos públicos destinados a las compras públicas, y como consecuencia de ello, se reduce a posibilidad de ayudar a la población más vulnerable combatiendo la pobreza mediante el empleo de recursos públicos destinados a tal finalidad. Hacer frente a la corrupción vinculada a las contrataciones o compras estatales no sólo debe suponer iniciar procedimientos de responsabilidad penal que tengan por finalidad la condena de las personas inmersas en los respectivos delitos asociados a la corrupción; supone también considerar la responsabilidad administrativa de los servidores públicos que posibilitaron la consumación del o de los hechos delictivos, como una acción posterior al acto de corrupción. Pero hacer frente a la corrupción también puede suponer que el Derecho Administrativo permita prevenir los actos de corrupción vinculados a las contrataciones o compras estatales, cuando por ejemplo se fortalece la gestión pública y la transparencia de los procesos de compras, limitando los espacios para actos de corrupción, y es por ello que planteamos generalizar la prácticas de las compras o contrataciones corporativas para bienes, servicios, consultorías y obras públicas.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo no busca ser una solución a los graves problemas de la corrupción y pobreza que afectan a los países de América Latina en general, y al Perú en particular en los últimos años; por el contrario, buscamos una reflexión general sobre éstas problemáticas que afectan a nuestra región en las últimas cinco

¹ Abogado, Magister y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Universidad Católica Sedes Sapientiae de las asignaturas Derecho Administrativo y Derecho Tributario.

décadas (si es que no las afectan desde nuestros respectivos procesos de independencia y creación de nuestras repúblicas.

Nuestro artículo busca describir de manera general los efectos que generan los actos de corrupción en el desarrollo de nuestro país, de cómo se afecta o distorsiona negativamente la gestión pública, impidiendo el desarrollo económico del país, con la consiguiente afectación de la población más vulnerable que sufre de pobreza y pobreza extrema.

No es la finalidad quedarnos en el breve análisis de los efectos negativos de la corrupción, sino que buscamos algunas propuestas concretas de corto y mediano plazo para hacer frente a la corrupción sobre la base del siguiente planteamiento: debemos prevenir la realización o consumación de la corrupción.

Nuestros temas centrales son la contratación pública o estatal y la prevención y lucha contra la corrupción. Nuestros objetivos son plantear alternativas de cambios tanto normativos como de gestión pública, considerando que en el Perú la corrupción ha estado asociada en varias oportunidades a las contrataciones públicas de bienes, servicios, consultorías u obra públicas, con los cambios propuestos se busca prevenir la realización de actos de corrupción.

La presente investigación está motivada en el hecho de que la corrupción afecta no sólo los valores éticos sobre los cuales se erigen las entidades públicas, sino que también afecta a la sociedad en su conjunto al ser un mal ejemplo que continúa en crecimiento, y que impide que se puedan reducir los niveles de pobreza que afectan a los más necesitados. No podemos aceptar que la corrupción se siga generalizando, debemos prevenirla y combatirla.

Cabe indicar que los métodos aplicados para nuestra investigación han sido la revisión de información actual sobre casos de corrupción que vienen afectando al Perú, así como una revisión de las normas jurídicas vigentes vinculadas con la contratación pública. Los métodos casuísticos y teóricos normativos nos han permitido la realización de la investigación.

Con esta breve introducción, damos paso al presente artículo, con la confianza de contribuir al cambio político y social en el Perú, en pro de una gestión pública libre de corrupción.

1 SITUACIÓN ACTUAL DE LA CORRUPCIÓN EN PERÚ.

Según la información estadística de la Organización Transparencia Internacional (Infobae) revela que en la Base a Datos del Índice de Percepción de la

Corrupción del año 2016¹², el Perú figura en el puesto 101, lo que lo ubica peor que los siguientes países:

- Uruguay (21°), Chile (24°), Costa Rica (41°), Cuba (60°), Brasil (79°), Panamá (87°), Colombia (90°), Argentina (95°), y El Salvador (95°).

La ubicación de Perú en el puesto 101, es mejor que la de los siguientes países:

- Bolivia (113°), Ecuador (120°), Rep. Dominicana (120°), Honduras (123°), México (123°), Paraguay (123°), Guatemala (136°), Nicaragua (145°), Haití (159°), y Venezuela (166°).

La medición del año 2016 nos pone en una peor ubicación respecto de Brasil, pese a que durante el año 2016 ya se tenía conocimiento noticias escandalosas referidas a las operaciones de la empresa constructora Odebrecht, y que incluso el presidente de dicha empresa ya ha sido sentenciado por la Justicia Federal Brasileña.

Pese a que desde el año 2001 hasta la fecha, el Perú ha contado y cuenta con cuatro gobiernos nacionales democráticos resultado de elecciones generales, lo cierto es que las denuncias en contra la empresa Odebrecht, involucrarían a tres gobiernos nacionales (Poder Ejecutivo), sin dejar de lado a gobiernos regionales de algunos departamentos o regiones del Perú.

Las investigaciones fiscales respecto a la empresa Odebrecht al relacionarse con actos de presunta corrupción de funcionarios de la Administración Pública, no sólo nos coloca frente a tipos penales muy graves y especiales como por ejemplo colusión, enriquecimiento ilícito, negociación incompatible, o incluso el delito de lavado de activos; las investigaciones también nos pone en tela de juicio cómo se ha realizado la gestión pública en diversos ministerios, gobiernos regionales y otras entidades públicas, cómo los sistemas de contratación pública y de control gubernamental no pudieron detectar los hechos que en permitiría la comisión de los presuntos delitos que hoy se investigan.

2 LOS EFECTOS ECONÓMICOS DE LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ.

Tomando como punto de partida la información del propio Banco Mundial referida a la corrupción en general y al Perú en particular, y de la institución gremial COMEX (la primera descrita en el Informe Final de la Comisión Presidencial de

¹² <http://www.infobae.com/america/america-latina/2017/01/25/el-nuevo-ranking-de-corrupcion-en-america-latina-expone-la-percepcion-global-venezuela-sigue-en-la-peor-posicion/>.

Integridad para el año 2016), la corrupción genera los siguientes efectos sobre las contrataciones del Estado:

- Son 25% más caras, debido a la corrupción.
- El costo de realizar negocios se incrementa en un 10% por la corrupción.
- El Perú pierde S/. 12,600 millones por prácticas de corrupción (casi 10% del Presupuesto Público del 2016 y más del 2% del PBI).

Con las cifras antes señaladas, y sin pretender ser economistas, podemos afirmar que la corrupción tiene graves efectos macroeconómicos para nuestro país, y por consiguiente también efectos en la microeconomía. A continuación explicamos ambos efectos económicos.

Para entender los **efectos macroeconómicos** de la corrupción debemos tener en cuenta que el Estado por intermedio de sus diversas entidades públicas realiza contrataciones estatales utilizando para ello recursos públicos que nos pertenecen a todos los peruanos que pagamos, directa o indirectamente, algún tributo (impuesto, contribución o tasa). Si la corrupción afecta las contrataciones públicas, ello quiere decir que parte del precio final que las entidades públicas pagan a las empresas contratadas (para obras públicas, bienes, servicios, consultorías, supervisiones, o bienes y servicios) estará destinado a pagos ilegales asociados a la corrupción de funcionarios públicos y reparto de ganancias ilegales entre los privados que participaron en la corrupción. Parte del presupuesto público, por efectos de la corrupción no se destina a una finalidad pública legal, sino más bien a finales privadas ilegales.

Si la gestión pública, al gastar o invertir el presupuesto público, no estuviese afectada por la variable corrupción, sería más eficiente, y el mismo presupuesto público se podría emplear en un mayor número de acción de interés público.

Solo tomando el ejemplo de la inversión del presupuesto público en puentes y carreteras (obras públicas para los efectos de la Ley de Contrataciones del Estado), ellas son una carencia de la que adolece el país, y es por ello que se necesita ampliar la red vial nacional, no sólo para permitir la conexión integral del país, sino sobre todo, para permitir un mayor comercio interno y externo, y ejemplo de ello sería la producción agrícola de la sierra y selva del país para su mayor consumo interno (luego de la reducción de los precios por efectos de reducción de las horas de consumo de combustible derivada de la construcción de nuevas y mejores carreteras y puentes) así como la exportación hacia países con los cuales se tiene suscrito Tratados de Libre Comercio.

La corrupción se contrapone al interés público o a la generalización del impacto de la gestión pública; por ende, los países afectados por la corrupción no gestionan eficiente e imparcialmente sus escasos recursos públicos; por ello es que se afecta el desarrollo integral del país, ya que la corrupción no piensa en el interés de las mayorías sino en un muy particular interés privado, el de las personas involucradas en los actos de corrupción.

Para solucionar los graves problemas macroeconómicos por los que atraviesa el país, se deben por ejemplo realizar las inversiones en obras de infraestructura pública que requiere el país; ello tomará varios años por las dimensiones y complejidad de las inversiones, como lo vemos a continuación, pero el tiempo y las sumas a ser invertidas serán mayores si es que la corrupción afecta al país:

Hacia finales de 2016 el Marco Macroeconómico Multianual 2017-2019 Revisado, estimaba que la brecha de infraestructura en seis sectores estratégicos alcanza al menos los US\$ 69,000 millones, lo que equivale el 35% del PBI", dijo el director ejecutivo de ProInversión, Álvaro Quijandría.

Sostuvo que si se consideran los presupuestos actuales de sectores estratégicos como Transportes, Vivienda, Educación, Salud, Agricultura e Interior, entonces se podrían demorar un promedio de 14 años en cerrar las brechas de infraestructura.³

No se es eficiente ya que se paga más por un contrato asociado a un hecho de corrupción (pudiéndose haber pagado mucho menos si se hubiese contratado a una empresa sin denuncias de corrupción). También se afecta la imparcialidad, ya que en lugar de haberse elegido al postor ganador de la buena pro, con criterios objetivos y eficientes, se eligió a un mal contratista por el factor subjetivo negativo de la corrupción.

Los efectos negativos en el gasto fiscal, derivados de la corrupción, se han podido calcular, y sólo deben ser actualizados cada año, para conocer que tanto se afectan las cuentas fiscales y el desarrollo del país como vemos a continuación:

Hace algún tiempo, desde la PCM calculaban que el costo de la corrupción en el Perú equivaldría al 2% del PBI. Pero, considerando que su presencia va en incremento, en Proética estiman que los efectos económicos negativos se ubicarían entre un 3% y 5% del PBI, al año, es decir, hasta unos S/33.800 millones.⁴

³ <http://gestion.pe/economia/cuanto-tiempo-le-tomaria-al-peru-cerrar-brecha-infraestructura-estimada-us-69000-millones-2181954>.

⁴ En: <http://elcomercio.pe/economia/dia-1/corruptcion-perder-peru-s-33-800-millones-ano-217240>.

Desde el punto de vista de la **microeconomía**, la corrupción como ya lo hemos señalado sólo beneficia a un grupo especial de privados, los titulares de empresas vinculadas con los actos de corrupción; son ellos quienes se benefician ya que imponen sus condiciones económicas en las diferentes contrataciones públicas que suscriben. El resto de privados son afectados por la corrupción, ya que o deciden no participar ya que saben que no ganarán, participan y pierde, o simplemente no pueden participar ya que se trata de procesos de selección exonerados (en estos últimos los funcionarios públicos ya han decidido hacer uso de la figura legal de la exoneración y elegir sin competidores).

Las empresas vinculadas a los actos de corrupción no garantizan que se respete el principio de la libre competencia de los otros postores competidores, y es por ello que sus precios o son muy altos o sus calidades de prestaciones no son idóneas o adecuadas (generarán demoras, incrementarán los precios con adicionales, suscripción de adendas contractuales, o en todo caso generarán otros tipos de incumplimientos contractuales).

La redistribución de los recursos entre los contratistas privados no es eficiente, ya que las empresas que están involucradas en actos de corrupción se verán favorecidas por ésta distorsión subjetiva, sin la cual no ganarían la buena pro.

Los beneficios económicos particulares para las empresas vinculadas con la corrupción, se derivan de la sobrevaloración o ganancias excesivas, y un ejemplo de ello habría ocurrido en el caso de la carretera interoceánica⁵:

- Tramo IRSA Norte (955 kilómetros), el costo inicial de la obra pasó de los 258 millones de dólares norteamericanos a la suma de 1,185'369,489 dólares norteamericanos.
- Tramo 2 de IIRSA Sur (300 kilómetros), el costo inicial era de 263 millones de dólares norteamericanos, y pasó a la suma de 1,081'494,621 dólares norteamericanos.
- Tramo 3 de IIRSA Sur, el costo inicial era de 395 millones de dólares norteamericanos, y pasó a la suma de 1,131'154,323 dólares norteamericanos.
- Tramo 4 IIRSA Sur (306 kilómetros), el costo inicial era de 244 millones de dólares norteamericanos, y pasó a la suma de 1,102'133,840 dólares norteamericanos.

Por los ejemplos dados, de existir corrupción, ella afecta el presupuesto público y tiene efectos macro y microeconómicos.

⁵ <http://www.americatev.com.pe/noticias/actualidad/carretera-interoceanica-su-construccion-costo-mas-us4-mil-millones-n264212>.

3 LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS COMPRAS ESTATALES AFECTADAS POR LA CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

Existen Principios de Derecho Administrativo y Principios del Régimen de la Contratación Pública que deberían de cumplirse, y que de ocurrir ello se evitarían muchos casos de corrupción en las contrataciones estatales de bienes, servicios, consultorías y obras públicas.

En el caso de las contrataciones públicas, ellas son el resultado de un procedimiento administrativo especial en donde han debido de aplicarse los principios generales de la Ley N° 27444, como son por ejemplo los siguientes:

- Principio de legalidad.
- Principio del debido procedimiento.
- Principio de razonabilidad.
- Principio de imparcialidad.
- Principio de presunción de veracidad.
- Principio de conducta procedimental.
- Principio de eficacia.
- Principio de verdad material.
- Principio de participación.
- Principio de simplicidad.
- Principio de uniformidad.
- Principio de predictibilidad.
- Principio de privilegio de controles posteriores.

Adicionalmente, debemos señalar que las contrataciones públicas están reguladas por una ley especial, la Ley de Contrataciones del Estado, norma que cuenta con los siguientes principios del régimen de la contratación pública:

- Principio de Promoción del Desarrollo Humano.
- Principio de Moralidad.
- Principio de Libre Concurrencia y Competencia.
- Principio de Imparcialidad.
- Principio de Razonabilidad.
- Principio de Eficiencia.
- Principio de Publicidad.
- Principio de Transparencia.
- Principio de Economía.
- Principio de Vigencia Tecnológica.
- Principio de Trato Justo e Igualitario.
- Principio de Equidad.
- Principio de Sostenibilidad Ambiental.

Si en el Perú han ocurrido diferentes actos de corrupción en las contrataciones públicas, ello se debe a que no se han respetado realmente los referidos principios, ya que por ejemplo:

- Nunca se buscó la Eficiencia ni la Economía, ya que al final se ha pagado un precio final sobrevalorado por el contratista corrupto.
- Nunca se permitió la Libre Concurrencia, Competencia, ni se buscó la Imparcialidad, ya que por ejemplo las Bases fueron mal elaboradas con la finalidad de permitir que el contratista corrupto obtuviese la Buena Pro, o incluso el Proceso de Contratación fue por Exoneración con lo cual nunca se permitió la competencia o participación de otros postores (caso de las adjudicaciones directas).
- No se actuó con total Moralidad ni con Buena Fe, ya que desde antes de la realización del proceso de contratación pública, los funcionarios actuaron pensando sólo en los intereses privados del futuro contratista corrupto.
- Al no existir una adecuada planificación previa a la contratación pública, se generarán sobre costos que permitirán la corrupción; sin perjuicio de haberse dejado de lado los Principios de Vigencia Tecnológica, Trato Justo e Igualitario, de Equidad, y de Sostenibilidad Ambiental, todo ello se deja de lado al pensar sólo en los intereses del contratista corrupto.

Todos los ejemplos antes señalados ponen en evidencia que lograr una contratación pública libre de corrupción no es un problema normativo, es un problema de cómo malos servidores o funcionarios públicos deciden aplicar las normas sin pensar en el interés público y uso racional y legal de los recursos públicos.

4 MUCHAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE DEBEN PREVENIR LA CORRUPCIÓN. PLANTEAMIENTOS

El Perú arrastra un problema histórico de corrupción que es transversal a todos los niveles de gobierno estatal. A lo largo de muchas décadas se ha combatido la corrupción no sólo con modificaciones al Código Penal Peruano o al Código Procesal Penal, sino también con la creación de diferentes entidades públicas con funciones o labores vinculadas a la lucha contra la corrupción.

Una entidad pública con autonomía constitucional que debe luchar contra la corrupción que afecta a la Administración Pública es la Contraloría General de la República, la cual es la máxima autoridad del Sistema Nacional de Control. Sus

funciones comprenden la supervisión, vigilancia y verificación sobre la correcta aplicación de las políticas públicas, así como del correcto y eficiente uso de los recursos y bienes del Estado.

Contando con autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, la Contraloría General de la República ejerce la función de control gubernamental de los actos y resultados de la gestión pública, a fin de asegurar la eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado; también debe garantizar que se cumplan las normas legales y los lineamientos de política y planes de acción.

Como parte del cumplimiento de sus funciones, la Contraloría General de la República lleva a cabo acciones preventivas y correctivas pertinentes; además debe tenerse en cuenta que el control gubernamental es tanto interno como externo. En el caso del control interno, éste comprende acciones de cautela previa, simultánea y de verificación posterior que realiza la entidad sujeta a control, con la finalidad que la gestión de sus recursos, bienes y operaciones se efectúe correcta y eficientemente. Cabe indicar que el control interno puede ser tanto previo, simultáneo como posterior.

Es preciso señalar que la Contraloría General no sólo es un ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, sino que cuenta con los diversos Órganos de Auditoría Interna en cada entidad pública, nos referimos en estos casos a los Órganos de Control Institucional que dependen de la propia Contraloría General, en virtud de la relación jurídica de dependencia funcional.

La especialidad y complejidad del Sistema Nacional de Control debería ser un punto de partida para la prevención de los actos de corrupción, o en todo caso su detección simultánea o posterior, con el fin de garantizar la protección de los recursos y bienes públicos; pero lamentablemente hemos visto que ello no ha sido posible para lograr tal finalidad.

El Ministerio Público o Fiscalía de la Nación, también es un organismo autónomo del Estado, que tiene a su cargo la defensa de la legalidad, de los derechos ciudadanos y de los intereses públicos; así como es el responsable de velar por la moral pública; la persecución del delito y la reparación civil. Entre las funciones del Ministerio Público también tenemos la de velar por la prevención del delito.

Como titular de la acción penal pública, el Ministerio Público por intermedio de las fiscalías competentes para la materia de corrupción de funcionarios públicos, es la responsable de ejercitar la acción penal, sea de oficio o a instancia de la parte agraviada (el caso de los Procuradores Públicos).

Es preciso resaltar, sobre todo en materia de prevención y lucha contra la corrupción estatal, que los diferentes fiscales, al ejercer su función, cuentan con autonomía funcional, su actuación es independiente. En ésta gran labor estarían involucrados tanto el Fiscal de la Nación, los Fiscales Supremos, los Fiscales Superiores y los Fiscales Provinciales.

No obstante la posibilidad legal de que los fiscales actúen para prevenir la comisión de delitos contra la Administración Pública, nuestra realidad demuestra que sus intervenciones son posteriores a la consumación de los delitos, y en algunos se critica que sus labores sean muy lentas.

Otro actor importante es la Defensoría del Pueblo, organismo constitucional autónomo creado por la Constitución Política de 1993 y por su Ley Orgánica del año 1996; dicha entidad cuenta con un Programa de Ética Pública, Prevención de la Corrupción y Políticas Públicas, como órgano responsable de las siguientes funciones:

- Seguimiento de las políticas públicas del Estado.
- Promoción de la ética dentro de la acción pública.
- Prevención de la corrupción.

El rol de la Defensoría del Pueblo resulta fundamental, ya que su labor se centra en la protección de las poblaciones más pobres y excluidas del Perú, la cual es la afecta por el gasto ineficiente e ilegal derivado de la corrupción.

Cabe resaltar que la Defensoría del Pueblo está facultada para formular denuncias penales, por consiguiente, en materia de prevención o de lucha contra la corrupción, podría en su oportunidad no sólo realizar estudios, diagnósticos o labor de promoción de derechos, sino también como resultado de sus investigaciones y atención de quejas o denuncias, llegar a interponer denuncias penales ante el Ministerio Público.

Por último debemos señalar que al interior de la Presidencia del Consejo de Ministros, existe un órgano especial permanente denominado Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN), en el cual están representadas diferentes instituciones públicas, privadas y sociedad civil organizada, con la finalidad de articular esfuerzos, coordinar acciones y proponer políticas vinculadas con la prevención y combate contra la corrupción. Éste órgano fue creado mediante Decreto Supremo N° 016-2010-PCM y luego normado mediante la Ley N° 29976.

Las labores de la CAN hasta el momento se han centrado en lo siguiente:

- Aprobar la Política Nacional de Integridad y Lucha contra la Corrupción (acciones y decisiones adoptadas en materia de prevención, detección y sanción de la corrupción).

- Informe de Evaluación Final del Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016.

Luego del recuento de las diferentes entidades, organismos u órganos públicos vinculados con la prevención y lucha contra la corrupción, debemos señalar que la pluralidad de actores y sus respectivas autonomías y facultades, no han permitido una reducción de los efectos negativos asociados a la corrupción, por el contrario, en los últimos diez años la percepción de la corrupción y su materialización ha crecido, afectando a casi todas las entidades públicas y a todos los niveles de gobierno.

Contar con una gran cantidad de actores estatales que puedan ejercer funciones en materia de prevención o lucha contra la corrupción, no basta *per se*, es necesario que cada uno de ellos reoriente sus propias labores, caso contrario se corre el riesgo de su deslegitimación y también de un ineficiente uso de los recursos públicos que dichos actos públicos tienen asignados.

5 MUCHAS ENTIDADES PÚBLICAS QUE SON AFECTADAS POR LA CORRUPCIÓN. PLANTEAMIENTOS.

La Administración Pública peruana está conformada por distintas entidades públicas, las cuales cuentan con sus respectivas autonomías funcional, administrativa y presupuestal. Cada Gobierno Nacional, a cargo del Poder Ejecutivo ha contribuido con la creación de diversas entidades públicas y como ejemplos de ello tenemos los siguientes casos:

- Poder Ejecutivo a cargo del ex presidente Fujimori por ejemplo creó el INDECOPI y el CONSUCODE (hoy OSCE).
- Poder Ejecutivo a cargo del ex presidente Toledo por ejemplo creó el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, así como el Banco Agropecuario (Agrobanco). También permitió la creación de los Gobiernos Regionales.
- Poder Ejecutivo a cargo del ex presidente García por ejemplo creó los Ministerios de Cultura y de Ambiente.
- Poder Ejecutivo a cargo del ex presidente Ollanta por ejemplo creó el Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.

El crecimiento de la Administración Pública peruana no sólo es el resultado de las decisiones del Poder Ejecutivo, sino también de las leyes aprobadas por el Congreso de la República como por ejemplo es el caso de la creación de Municipalidades Distritales:

- Ley N° 30455 en virtud de la cual se dispuso la creación del Distrito Los Chankas, en la provincia de Chincheros, departamento de Apurímac.

- Ley N° 30197 en virtud de la cual se dispuso la creación del Distrito Mi Perú, en la Provincia Constitucional del Callao.
- Ley N° 30379 en virtud de la cual se dispuso la creación del Distrito San Pablo de Pillao, en la provincia, departamento de Huánuco.
- Ley N° 30481 en virtud de la cual se dispuso la creación del Distrito Megantoni, en la provincia de La Convención, departamento de Cusco.

Los citados ejemplos de creación de Municipalidades Distritales sólo son algunos casos que han ocurrido en los últimos años, y que evidencian que la respuesta a las demandas sociales y políticas por un mejor servicio público es la creación de un mayor número de entidades públicas, sin tomar en cuenta que cada entidad pública representa un pliego presupuestal con sus propios gastos de personal y logísticos.

Por su parte el Poder Judicial y el Ministerio Público (Fiscalía) también contribuyen indirectamente con el incremento de la burocracia, cuando se decide la creación de nuevos distritos judiciales, así como con los correspondientes juzgados o despachos fiscales.

El presente artículo no pretende por su extensión plantear una crítica a la constante creación de entidades públicas (consideramos que el aparato estatal del Perú debe reducirse a fin de ser más eficiente), lo buscamos es generar la reflexión de la búsqueda de eficiencia en el gasto público por parte de las diferentes entidades públicas, para lo cual planteamos diversas medidas como por ejemplo:

- Compras Corporativas sean una medida a desarrollarse y extenderse.
- Obras Públicas por Contratación Corporativa.
- Banco de proyectos y planos de carreteras, puentes y edificaciones.
- Banco de Datos de Valores Referenciales de Bienes, Servicios, Consultorías y Obras Públicas que sirva de alerta sobre Riesgos de Corrupción.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, las entidades públicas pueden llevar a cabo (consolidando en una sola entidad) la contratación de bienes y servicios, ello con la finalidad de satisfacer necesidades comunes, para ello se realizan las Compras Corporativas.

El artículo 88 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, dispone que las compras conjuntas o corporativas, se llevan a cabo mediante un procedimiento de selección único, y se aprovechan los beneficios de la economía de escala. La modificación dispuesta por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, ahora permite incorporar en las compras corporativas a los requerimientos de las entidades cuyos valores referenciales no superen las ocho unidades

impositivas tributarias, con la condición de que los requerimientos estén incluidos en el incluidas en el respectivo Plan Anual de Contrataciones.

Las Compras Corporativas pueden ser Facultativas y Obligatorias, las primeras son el resultado de la suscripción de convenios interinstitucionales entre las entidades públicas que deciden la realización de la Compra Corporativa Facultativa; las segundas son el resultado de la emisión de un Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros.

Mediante las compras corporativas las Entidades se agrupan para adquirir o contratar bienes y servicios de manera conjunta, realizando un único proceso de selección, con el objetivo de reducir los costos de transacción y aprovechar las ventajas de la economía de escala, obteniendo bienes y servicios con valor agregado, de esa forma se aprovechan mejor los recursos fiscales del Estado, y se permite una estandarización de bienes y servicios.

Una gran experiencia exitosa de Compras Corporativas Obligatorias ha sido la Adquisición de Medicamentos Esenciales, la que ha involucrado a diferentes entidades públicas que adquieren medicamentos de uso en los diferentes establecimientos públicos de salud. La experiencia en un primer momento fue llevada a cabo por el Ministerio de Salud, luego por DARES y actualmente por CENARES. Las Compras Corporativas de medicamentos han permitido un mejor manejo de los recursos públicos, estandarización de los requerimientos, y una reducción de los precios ofertados por los postores.

Las Compras Corporativas Obligatorias como modelo y medida de gestión de adquisición de bienes, debe ser extendida a otros bienes como por ejemplo los útiles de oficina, papelería, compra de combustibles, equipos de cómputo, adaptándose el modelo a las realidades de las municipalidades distritales, las cuales podrían encargarle la realización de las Compras Corporativas Obligatorias a la respectiva municipalidad provincial. Igual medida se debe adoptar en el caso de las compras de los Gobiernos Regionales por ejemplo pensando en los bienes estandarizados de uso por parte de las instituciones educativas de inicial, primaria, secundaria y educación superior.

Para extender el modelo de las Compras Corporativas Obligatorias, y que se comprenda a las Municipalidades Distritales, Provinciales y a los Gobiernos Regionales, sólo es necesario que el Poder Ejecutivo evalúe ésta situación y elabore el respectivo listado de bienes estandarizados, y los procedimientos a seguir por parte de las entidades públicas que forman parte del Proceso de Compra Corporativa Obligatoria respectivo. Un ejemplo interesante de Compras Corporativas Obligatorias sería el caso de la adquisición de alimentos e insumos que emplean los diferentes Programas Sociales Alimentarios de los Gobiernos Nacionales, Regionales y Locales.

Las Compras Corporativas Obligatorias se han venido usando para la contratación de bienes y en algunos casos servicios (como los seguros SOAT); si bien creemos que allí aún mucho por realizar, también consideramos que éste modelo de gestión debería comprender a las Obras Públicas.

La lamentable realidad peruana nos evidencia que diferentes Obras Públicas de carreteras, puentes y edificaciones se han visto afectadas por la corrupción de algunas empresas constructoras; por ello planteamos la posibilidad de que los Gobiernos Regionales y Locales lleven a cabo Obras Públicas bajo la modalidad de Contratación Corporativa, lo cual sería conducido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones o por el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento.

El modelo de Obras Públicas por Contratación Corporativa no ha sido recogido en la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que debería ser creado mediante una modificación legislativa. Casos como la corrupción generalizada al interior de diferentes Gobiernos Regionales y Locales, e incluso del propio Ministerio de Transportes y Comunicaciones, nos pone en evidencia que la actividad económica de la construcción es un polo atrayente de corrupción, y es por ello que se deben reducir o eliminar los riesgos de actos delictivos, y el modelo de Obras Públicas por Contratación Corporativa (Obligatoria y Facultativa) sería una opción.

Considerando que la actividad económica de la construcción es un polo atrayente de corrupción, y de que muchas veces los Gobiernos Regionales y Locales, e incluso el propio Poder Ejecutivo, han realizado Obras Públicas mal diseñadas, mal planificadas, o ejecutadas con una serie de problemas técnicos y de ingeniería, consideramos necesario que el Estado Peruano cuente con un Banco Nacional de Proyectos y planos de carreteras, puentes y edificaciones, de esa forma se lograrían los siguientes resultados:

- Reducción de costos asociados al diseño y planeamiento.
- Perfiles modelos de proyectos de inversión en Obras Públicas.
- Prevención de la corrupción.
- Aprovechamiento de los beneficios de las economías de escala.
- Suplir la ausencia de profesionales especializados en las diferentes entidades públicas a nivel nacional.

De existir un Banco de proyectos y planes de futuras obras públicas (sean ellas carreteras, puentes o edificaciones), se evitaría que la excepción de las ampliaciones de obras se conviertan en una regla general, ya que de antemano el postor ganador sabría que el proyecto de obra pública no tendría ampliaciones ni adicionales.

Por último, consideramos que un grave e histórico problema nacional es que la corrupción tiene diversos incentivos para que pueda realizarse en el Perú, ya que por ejemplo el Estado Peruano no cuenta con un Banco de Datos de Valores Referenciales y Precios Finales de Bienes, Servicios, Consultorías y Obras Públicas (por ejemplo el valor del metro cuadrado de construcción de material noble, o el metro cúbico de construcción en concreto armado).

El Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado (OSCE) es el llamado a dar la respuesta a la necesidad de un Banco de Datos de Valores Referenciales y Precios Finales de Bienes, Servicios, Consultorías y Obras Públicas que sirva de alerta sobre Riesgos de Corrupción, para lo cual cuenta con tres Unidades Orgánicas que tienen parte de la solución a dicha necesidad:

- Dirección Técnico Normativa.
- Dirección de Gestión de Riesgos.
- Dirección del SEACE.

El SEACE es el gran Banco de Datos, los riesgos son los posibles casos de corrupción para lo cual deben existir alertas, y por último debe existir una Norma Técnica del OSCE que obligue a toda entidad pública a tomar las previsiones del caso cuando surge una alerta de presunta corrupción.

6 CUMPLIMIENTO DE LAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

No quisiéramos terminar el presente artículo sin dejar de mencionar y recordar que el factor humano es fundamental en la prevención y lucha contra la corrupción, y un importante actor es el servidor público.

La función pública está normada por diversas leyes y dispositivos, uno de ellos es el Código de Ética de la Función Pública que contiene diferentes Principios, Deberes y Prohibiciones Éticas, por medio de las cuales se rige el actuar de los servidores públicos de las diferentes entidades que conforman la Administración Pública Peruana.

Debe tenerse siempre presente que los fines de la función pública son el Servicio a la Nación, así como la obtención de mayores niveles de eficiencia del aparato estatal, para lo cual debe priorizarse y optimizarse el uso de los recursos públicos.

Para finalizar, mencionamos sólo algunos de los Principios de la Función Pública que estarían vinculados con una contratación pública libre de corrupción:

- Principio de Respeto, entendido como la conducta que busca el cumplimiento de la Constitución y las Leyes, con la finalidad de que la toma de decisiones respete el debido procedimiento.
- Principio de Probidad, entendido como actuar con rectitud, honradez y honestidad, procurando satisfacer el interés general, dejando de lado los intereses particulares, personales y de los contratistas corruptos.
- Principio de Idoneidad, entendido como la aptitud técnica, legal y moral, como condiciones esenciales para el acceso y ejercicio de la función pública.
- Principio de Veracidad, entendido como el actuar sin ocultar o falsear información o hechos relevantes.
- Principio de Justicia y Equidad, entendido como aquel que permite materializar el interés público cuando el funcionario actúa con justicia y equidad.

Los actos de corrupción asociados a las contrataciones públicas revelan no sólo que los servidores o funcionarios han cometido delitos y no han respetado los principios del Código de Ética de la Función Pública, sino que también quizás se cometió un error en la selección de dicho personal cuando ingresó a laborar o se le asignaron funciones vinculadas con los procesos de contrataciones públicas de bienes, servicios, consultorías y obras públicas.

No debemos dejar de mencionar que en la problemática de la contratación pública no sólo están inmersos los servidores públicos, también están involucrados los empresarios privados que son los que corrompen, por lo que los gremios empresariales tienen un papel proactivo fundamental. Tampoco debemos dejar de lado que un actor fundamental en la prevención y lucha contra la corrupción es la sociedad civil, por lo que es muy importante que los medios de prensa canalicen las denuncias y contribuya a las investigaciones preliminares.

CONCLUSIONES

En primer lugar debemos señalar que la corrupción afecta al Estado en su conjunto, es decir no sólo a la propia Administración Pública sino también a los empresarios y sociedad civil en su conjunto. Por estas razones, una Política Pública de Prevención y Lucha contra la corrupción es muy necesaria de forma permanente y a nivel nacional.

En segundo los procesos de contrataciones públicas de bienes, servicios, consultorías y obras públicas, siempre han estado expuestos, y lo seguirán estando, a posibles actos de corrupción, por ende es necesario la prevención y lucha permanente.

Como tercera conclusión, optamos por generalizar el modelo de contrataciones o compras corporativas obligatorias de bienes y servicios, para lo cual el Consejo de Ministros debe emitir un Decreto Supremo que incluya a diferentes bienes y servicios que hasta el momento no están considerados en dichos procesos.

Vinculado con el punto anterior, consideramos como cuarta conclusión los Gobiernos Regionales y Locales, dado su tamaño y organización, están expuestos a la corrupción, por lo que para fortalecer la transparencia, libre competencia y eficiencia, consideramos que el modelo de contrataciones o compras corporativas obligatorias de bienes y servicios, será de mucha ayuda, como lo ha venido siendo la experiencia de la compra de medicamentos esenciales.

Como quinta conclusión, consideramos que las contrataciones estatales de obras públicas por lo cuantioso de los presupuestos públicos involucrados, han sido constantemente afectados por los actos de corrupción, y es por ello que para la construcción de carreteras, puentes o edificaciones, planteamos las siguientes alternativas: Obras Públicas por Contratación Corporativa, Banco de proyectos y planos, y Banco de Datos de Valores Referenciales. Con estas medidas se podrán prevenir actos de corrupción.

Para finalizar, considerado que el factor humano es fundamental en la prevención y lucha contra la corrupción, por ende, no sólo basta contar con servidores públicos éticos, sino también con empresarios no corruptos y con una prensa que de forma permanente reciba denuncia, las investigue y las difunda

LA PAZ, LA DIGNIDAD HUMANA Y LA HERMANDAD EN LOS MENSAJES PAPALES POR LAS JORNADAS MUNDIAL DE LA PAZ

Pedro Antonio Gonzales Olivera¹

RESUMEN

En el presente artículo revisaremos cómo en el corazón de todo ser humano habita un anhelo de vivir en paz, el cual solo es saciado por Jesucristo. Luego, se dará una aproximación al significado de paz que nos trae Cristo, diferente a la paz que ofrece el mundo, según sus propias palabras. Como centro del artículo haremos veremos algunos elementos que, en nuestra opinión, colaboran para la instauración de una paz duradera. Para ello, utilizamos los mensajes de los últimos cuatro Papas (Pablo VI, Juan Pablo II, Benedicto XVI y Francisco) escritos a propósito de las Jornadas Mundiales de la Paz, la cual se realiza a iniciativa de la Iglesia Católica y este año se celebró su 50 aniversario, desde que fuera convocada por el Papa Pablo VI en 1967 y celebrada por primera vez el 1° de enero de 1968. Resaltaremos el tema de la dignidad y la hermandad aspectos que dan fundamento a la paz –como afirman los Santos Padres. Para ello, lejos de hacer una cronología lineal, se ha buscado relacionar, unificar y poner en secuencia los temas mencionados. “Les dejo la paz, les doy mi paz, pero no como la da el mundo. ¡No se inquieten ni teman!” (Juan 14, 27).

INTRODUCCIÓN

Son diversos los elementos que se puede considerar para alcanzar una paz verdadera y, por lo tanto, duradera. Desde el firmar acuerdos de ‘alto al fuego’ o de colaboración, pasando por un diálogo permanente entre culturas hasta la búsqueda común del desarrollo y el respeto de las minorías.

Estos y otros factores aportan en la construcción de la anhelada paz; sin embargo, si se quiere alcanzar una auténtica paz debemos partir por el reconocimiento del ‘otro’ como persona con la misma dignidad que ‘yo’. De esta manera, se buscará realizar el máximo bien posible y evitar el mal a los demás.

Por ello, consideramos que una dificultad en la búsqueda de la paz es que muchas veces las acciones que se toman se quedan en lo epidémico del problema. Un acuerdo puede romperse, el diálogo puede terminarse, la búsqueda del desarrollo puede durar hasta que sea conveniente. En cambio, si se ve al ‘otro’ como un *alter*

¹ Currículo

ego, entonces, la búsqueda de acciones concretas para alcanzar la paz se convierte en una urgencia.

Hoy [...] se ha extendido y consolidado por doquiera la convicción de que todos los hombres son, por dignidad natural, iguales entre sí. Por lo cual, las discriminaciones raciales no encuentran ya justificación alguna, a lo menos en el plano de la razón y de la doctrina. (Juan XXIII, *Pacem in Terris* 44).

Son diversos los ejemplos de cómo en el siglo pasado, la negación de la dignidad de la otra persona ha llevado a enfrentamientos, discriminación, genocidios (recordemos el judío o el armenio, en Ruanda o en Camboya), en otras palabras, a vivir lejos de un ambiente de paz.

Un remedio eficaz para contrarrestar esta realidad es la instauración de la solidaridad y la fraternidad como caminos para la construcción de una paz duradera. Esta fraternidad no debe ser aparente sino que debe presentar raíces profundas, las cuáles encuentran su sustento en la Paternidad divina: si somos hermanos es porque somos hijos de un mismo Padre.

Así, veremos el aporte de los Papas en sus mensajes con motivo de las Jornadas Mundiales de la Paz, para reconocer y promover la dignidad de las personas como base para la instauración de una paz auténtica, que tenga como consecuencia palpable la hermandad y fraternidad de las naciones.

Como decía el Papa Juan XXIII en *Pacem in Terris* 35:

Por esto, la convivencia civil sólo puede juzgarse ordenada, fructífera y congruente con la dignidad humana si se funda en la verdad. Es una advertencia del apóstol San Pablo: Despojándose de la mentira, hable cada uno verdad con su prójimo, pues que todos somos miembros unos de otros. Esto ocurrirá, ciertamente, cuando cada cual reconozca, en la debida forma, los derechos que le son propios y los deberes que tiene para con los demás. Más todavía: una comunidad humana será cual la hemos descrito cuando los ciudadanos, bajo la guía de la justicia, respeten los derechos ajenos y cumplan sus propias obligaciones; cuando estén movidos por el amor de tal manera, que sientan como suyas las necesidades del prójimo y hagan a los demás partícipes de sus bienes, y procuren que en todo el mundo haya un intercambio universal de los valores más excelentes del espíritu humano.

1 ANHELO DE PAZ, ANHELO DEL HOMBRE

La paz en la tierra es un anhelo presente en todo hombre. No hay ser humano en la Tierra que no anhele vivir en paz, consciente o inconscientemente. Este anhelo se vuelve un grito de urgencia hoy, cuando el ser humano se siente más

vulnerable y experimenta como un anhelo absurdo el desear la paz, pues parece no llegar.

Hoy, el anhelo de paz del hombre se ha convertido en una necesidad, pues nunca como hoy el hombre experimenta la contradicción del 'progreso': mientras crece el desarrollo tecnológico y se promete el progreso económico para vivir 'mejor'; hay más soledad, más individualismo, más guerras inútiles, más conflictos entre pueblos que antes fueron hermanos, más violencia e inseguridad cibernética, más mezquindad, más intolerancia, más pobreza, más lágrimas. Todas estas evidencias hacen que el hombre no pueda vivir en paz, ni consigo mismo, ni con los demás, ni con la creación toda. Pareciera que ese anhelo de paz es una mala broma de quien la puso en el corazón humano, pues mientras más se anhela, más esquivada es.

Por ello, el epígrafe con el que iniciamos este artículo es como una respuesta de Jesucristo al corazón del hombre, es él quien parece decir: "eso que anhelas, yo te lo puedo dar".

El corazón del hombre anhela una paz duradera, no momentos de paz; que nada ni nadie se la quite. Sin embargo, la historia de la humanidad, especialmente la del siglo XX y la de este siglo que apenas comienza, demuestran que los avances técnicos y científicos, incluso sociales, no garantizan la paz. Dos guerras mundiales, innumerables conflictos armados, guerras civiles, dictaduras, ideologías, racismo, discriminación e intolerancias, imposición de un pensamiento único son muestras de que una paz permanente como la que se anhela no es posible por los propios medios.

Resulta, sin embargo, sorprendente el contraste que con este orden maravilloso del universo ofrece el desorden que reina entre los individuos y entre los pueblos. Parece como si las relaciones que entre ellos existen no pudieran regirse más que por la fuerza (JUAN XXIII, 1963).

2 PABLO VI Y LA PRIMERA JORNADA MUNDIAL DE LA PAZ

Es interesante hacer una revisión a la convocatoria para la celebración del Día Mundial de la Paz, hecha por el Papa Pablo VI. A él, ciertamente, no le tocó vivir en una época de paz, todo lo contrario, durante su pontificado fue testigo de la Guerra Fría, la carrera armamentista de EE.UU y la URSS, con la conformación de sus bloques político-militar (la OTAN vs el Pacto de Varsovia). Y quien sabe, tal vez en tono profético, el Santo Padre previó lo que ocurriría en Francia en mayo del 68; por ello, el 8 de diciembre del 67 envió un mensaje convocando al Día de la Paz para el 1° de enero siguiente.

En esa ocasión, el Pablo VI (1968) hacía notar que la paz se encuentra en el corazón de todos los seres humanos:

pensamos que esta propuesta interprete las aspiraciones de los Pueblos, de sus Gobiernos, de las Entidades internacionales que intentan conservar la Paz en el mundo, de las Instituciones religiosas tan interesadas en promover la Paz, de los Movimientos culturales, políticos y sociales que hacen de la Paz su ideal, de la Juventud, —en quien es más viva la perspicacia de los nuevos caminos de la civilización, necesariamente orientados hacia un pacífico desarrollo—, de los hombres sabios que ven cuán necesaria sea hoy la Paz y al mismo tiempo cuán amenazada.

Además, el Papa menciona que aunque la Iglesia “lanza la idea” de celebrar el Día Mundial de la Paz, tiene la esperanza de que esta convocatoria alcance

no sólo el más amplio asentimiento del mundo civil, sino que tal idea encuentre en todas partes múltiples promotores, hábiles y capaces de expresar en la «Jornada de la Paz» [...] aquel sincero y fuerte carácter de humanidad consciente y redimida de sus tristes y funestos conflictos bélicos, que sepa dar a la historia del mundo un desarrollo ordenado y civil más feliz.

Pero esta celebración no se dará en la nada, sino que —menciona Pablo VI— hay que recordar “la necesidad de defender la paz frente a los peligros que siempre la amenazan”:

- Peligro de supervivencia de los egoísmos en las relaciones entre las naciones.
- Peligro de las violencias a que algunos pueblos pueden dejarse arrastrar por la desesperación, al no ver reconocido y respetado su derecho a la vida y a la dignidad humana.
- Peligro, hoy tremendamente acrecentado, del recurso a los terribles armamentos exterminadores de los que algunas Potencias disponen, empleando en ello enormes medios financieros, cuyo dispendio es motivo de penosa reflexión ante las graves necesidades que afligen el desarrollo de tantos otros pueblos.
- Peligro de creer que las controversias internacionales no se pueden resolver por los caminos de la razón, es decir de las negociaciones fundadas en el derecho, la justicia, la equidad, sino sólo por los de las fuerzas espantosas y mortíferas.

Para evitar estos peligros es necesario educar a “las nuevas generaciones en el mutuo respeto de las Naciones, en la hermandad de los Pueblos, en la

colaboración de las gentes entre sí y también respecto a su progreso y desarrollo” (PABLO VI, 1968).

Por otro lado, el Santo Padre advierte que “la paz no puede estar basada sobre una falsa retórica de palabras” (PABLO VI, 1968), que si bien son bien recibidas porque responden a las profundas aspiraciones de los hombres pueden servir, y han servido, para ocultar las verdaderas intenciones de los buscadores de paz: cubrir sentimientos y acciones de prepotencia o intereses particulares. Además, no se puede hablar de paz cuando no se reconocen y no se respetan los fundamentos de ella:

[...] la sinceridad, es decir, la justicia y el amor en las relaciones entre los Estados y, en el ámbito de cada una de las Naciones, de los ciudadanos entre sí y con sus gobernantes; la libertad de los individuos y de los pueblos, en todas sus expresiones cívicas, culturales, morales, religiosas; de otro modo no se tendrá la paz —aun cuando la opresión sea capaz de crear un aspecto exterior de orden y de legalidad—, sino el brotar continuo e insofocable de revueltas y de guerras (PABLO VI, 1968).

La convocatoria a la Jornada Mundial de la Paz, dice el Santo Padre, no la realiza por una mera costumbre o por responder a un tema de actualidad; sino porque

Se ve amenazada la Paz en forma grave y con previsiones de acontecimientos terribles que pueden resultar catastróficos para naciones enteras y quizá también para gran parte de la humanidad; lo hacemos porque en los últimos años de la historia de nuestro siglo ha aparecido finalmente con mucha claridad que la Paz es la línea única y verdadera del progreso humano (no las tensiones de nacionalismos ambiciosos, ni las conquistas violentas, ni las represiones portadoras de un falso orden civil); lo hacemos porque la Paz está en la entraña de la religión cristiana, puesto que para el cristiano proclamar la paz es anunciar a Cristo; «Él es nuestra paz» (Ef. 2, 14); el suyo es «Evangelio de paz» (Ef. 6, 15).

Por ello, los cristianos están llamados a ser “operadores de la Paz” (Mt. 5, 9); y solo del Evangelio puede brotar la Paz, no porque haga a las personas débiles sino porque a través de la escucha y puesta en práctica del Evangelio el ser humano puede sustituir en su espíritu “los impulsos de la violencia y de los abusos por las virtudes viriles de la razón y del corazón de un humanismo verdadero” (PABLO VI, 1968).

3 EL SENTIDO DE PAZ QUE NOS TRAE JESUCRISTO

Al no haberse alcanzado la paz anhelada a través de nuestras propias fuerzas, surge la pregunta sobre la posibilidad de alcanzar una auténtica paz o es que acaso es una utopía. Entonces, viene a la memoria las palabras de Jesucristo en el capítulo 14 del Evangelio según san Juan: “Les dejo la paz, les doy mi paz, pero no como la da el mundo. ¡No se inquieten ni teman!” o en el capítulo 20:

Al atardecer de ese mismo día, el primero de la semana, estando cerradas las puertas del lugar donde se encontraban los discípulos, por temor a los judíos, llegó Jesús y poniéndose en medio de ellos, les dijo: «¡La paz esté con ustedes!». Mientras decía esto, les mostró sus manos y su costado. Los discípulos se llenaron de alegría cuando vieron al Señor. Jesús les dijo de nuevo: «¡La paz esté con ustedes! (19-21)

Sin ánimos de hacer una exégesis de los textos bíblicos citados, debemos mencionar que el don de la paz que comunica Jesucristo a sus discípulos, y a través de ellos a toda la humanidad, está íntimamente ligado a su pasión y resurrección.

¿De qué paz habla Jesucristo? –ciertamente de una que no tenemos por naturaleza, sino ya la hubiéramos alcanzado. Esta paz es consecuencia de su sacrificio en la cruz; por lo tanto, es una paz eterna, duradera, que nada ni nadie puede quitar. Una paz que no se gana con acuerdo o pactos, sino con el sacrificio mismo de Cristo.

Pensar que para alcanzar la paz es necesario el sacrificio en la cruz, seguramente causó estupor en los oyentes de Jesús, por ello, no tarda en pedirles que “no se turben”, que no se intimiden, que no tengan miedo. Estas palabras también hablan de las persecuciones y dificultades que vendrían por proclamar a Cristo; por eso, ellos tienen que estar seguros que a pesar de esos sufrimientos, tienen la paz, no la paz del mundo sino Su paz, la cual les dará las fuerzas para vencer las dificultades.

Esta paz de Cristo es la que une y hermana a las personas, la que devuelve la dignidad perdida, que ayuda a estar bien con el prójimo, con la comunidad, consigo mismo. Estar en paz consigo mismo implica estar en sintonía con Dios, lejos del pecado, que es motivo de guerra interior. Así, debemos pensar en cuál es esa guerra interior que nos quita la paz, acaso somos intolerantes, no conseguimos perdonar, tenemos deseos de venganza, nos consideramos más que los otros. Todos esos sentimientos nos aprisionan y nos dejan vivir, no nos dejan acoger la paz de Cristo que es perdón y reconciliación.

La paz traída por Jesús es fuente de gozo (Jn. 15,11; 16,20.22.24; 17,13), diferente a la que el mundo ofrece, diferente a la Pax Romana, que se mantenía por

la fuerza de las armas y por la represión violenta contra los movimientos rebeldes. La paz de Cristo no es la *Pax Romana*, signo de la paz de nuestros días, que “garantizaba la desigualdad institucionalizada entre ciudadanos romanos y esclavos”². No, la *Pax Romana* no es la paz de Jesús, la paz del Reino de Dios. “La Paz que Jesús comunica es lo que en el Antiguo Testamento se llama *Shalôm*; es la organización de toda la vida entorno a los valores de igualdad, justicia y fraternidad”³.

Decía el Papa Francisco en su bendición *Urbi et orbe* del 25 de diciembre de 2013:

La verdadera paz [...] no es un equilibrio de fuerzas opuestas. No es pura “fachada”, que esconde luchas y divisiones. La paz es un compromiso artesanal, que se logra contando con el don de Dios, con la gracia que nos ha dado en Jesucristo [...] Hemos podido comprobar la fuerza de la oración. Y me alegra que hoy se unan a nuestra oración por la paz también creyentes de diversas confesiones religiosas. No perdamos nunca la fuerza de la oración. La fuerza para decir a Dios: Señor, concede tu paz al mundo entero. Y también a los no creyentes les invito a desear la paz, con un deseo que amplía el corazón, con la oración o el deseo, pero todos por la paz.

4 LA PAZ, UN VALOR SIN FRONTERAS

Habiendo considerado los elementos por los que el cristiano, confiado en las promesas de Jesucristo, anhela y espera de manera activa la paz; revisaremos los aportes de los Papas a la búsqueda de la instauración de la paz en la tierra.

Un primer aspecto que debemos reconocer es que la paz es un valor universal el cual todas las Naciones del planeta, unidas, deben proclamar, buscar y promover, si es que desean realizar auténtico destino, pues “no existe ser humano que no se beneficie de la paz. No existe corazón humano que no se sienta aliviado cuando reina la paz” (JUAN PABLO II, 1986).

Como decía el Papa Juan Pablo II en su mensaje por la XIX Jornada Mundial de la Paz

«La paz es un valor sin fronteras». Es un valor que responde a las esperanzas y aspiraciones de todos los pueblos y de todas las naciones, de los jóvenes y de los ancianos, de todos los hombres y mujeres de buena voluntad. Esto es lo que yo proclamo a todos y especialmente a los líderes del mundo.

² Lectio Divina: Martes, 5 Mayo, 2015. Recuperado el 1 de agosto de 2017, de <http://ocarm.org/ebook/Lectio/may15/0515es.pdf>

³ Ibid.

Por ello, cada persona es responsable de hacer posible la paz, especialmente aquellos que tienen en sus manos el tomar decisiones que afectan las relaciones entre Norte y Sur, entre Este y Oeste. Ellos deberían tener claro que no existe una paz individual, que la paz de una Nación no puede ganarse en perjuicio de otra; no, la paz es una sola. Por eso, los líderes de los diversos países independientemente de sus filosofías políticas, tipo de sistema económico o social, o de su creencia religiosa, están llamados a “contribuir a la edificación de una única paz fundada sobre las bases de la justicia social, la dignidad y los derechos de cada persona humana” (JUAN PABLO II, 1986, 1).

Sin embargo, es evidente que la paz que se vive en nuestro planeta es un valor que se apoya en unos cimientos demasiado frágiles: interés egoísta a nivel de grupos de poder político, ideológico y económico opuestos entre sí, que mantienen divididos a los pueblos, grupos o individuos. Muchas veces estos grupos no están dispuestos a renunciar a sus intereses u objetivos particulares, a sus ambiciones de poder y de riqueza, en beneficio del bien común de todos los pueblos; se genera de esta manera, una paz precaria, donde los que más sufren son los más débiles y pobres, los que no tienen voz.

Así, aunque no existieran conflictos armados, donde hay injusticia, falta de solidaridad, imposición ideológica, explotación social o económica, divisiones sociales, confrontación entre ricos y pobres; ahí, la paz – que es un valor universal, que trasciende las fronteras – corre peligro.

Por eso, debemos afirmar que la paz no es una “mera ausencia de conflicto; ella es la tranquilidad y la plenitud del orden” (JUAN PABLO II, 1986, 2). Asimismo, no se puede aceptar la idea de que lo que caracteriza a las personas y sus relaciones sociales (sea entre individuos o entre Estados) es el conflicto permanente pues en esta visión lo que se manifiesta es un modelo sociedad o de relaciones internacionales, donde lo primordial es la competición y los antagonismos, donde se impone el más fuerte. La consecuencia de esta perspectiva es que el ideal de paz es apenas un acuerdo, “un compromiso sugerido por el principio de la *Realpolitik*”, pero en cuanto «arreglo» mira no tanto a resolver las tensiones mediante la justicia y la equidad, sino más bien a arreglar las diferencias y los conflictos con objeto de mantener una especie de equilibrio que proteja todo aquello que redunde en interés de la parte dominante” (JUAN PABLO II, 1986, 3).

Frente a esto, el Papa Juan Pablo II (1986, 3) se dirige a quienes piensan que las divisiones son inevitables y señala que

[...] es posible e incluso necesario crear nuevos tipos de sociedad y de relaciones internacionales que aseguren la justicia y la paz sobre fundamentos estables y universales. En efecto, un sano realismo sugiere que tales tipos no pueden ser

simplemente impuestos desde arriba o desde fuera, o puestos en práctica sólo mediante métodos y técnicas. Y esto se debe a que las raíces más profundas de las confrontaciones y tensiones que mutilan la paz y el desarrollo, han de ser buscadas en el corazón del hombre. Ante todo, son los corazones y las actitudes de las personas los que tienen que cambiar, y esto exige una renovación: la conversión de los individuos.

Si lo que se busca es una paz duradera, entonces, las relaciones internacionales deben tener como base “el compromiso personal de cada uno por hacer de las necesidades primarias y básicas de la humanidad el primer imperativo de la política internacional” (JUAN PABLO II, 1986, 4). Por ello, vemos complacidos como actualmente las personas “en todas las partes del mundo han adquirido un sentido muy vivo de la igualdad fundamental de todos, de su dignidad humana y de sus derechos inalienables” (JUAN PABLO II, 1986, 4).

La conciencia de que la humanidad tiene “una profunda unidad de intereses, de vocación y de destino, y de que todos los pueblos, en la variedad y riqueza de sus características nacionales, están llamados a formar una sola familia” (JUAN PABLO II, 1986, 4) ha crecido, a la par que la conciencia de que la reconciliación, la justicia y la paz entre los individuos y entre las naciones es una verdadera y urgente condición para la supervivencia de la misma vida.

Por eso, el camino para una “comunidad mundial, en donde reine la paz y la justicia sin fronteras entre todos los pueblos y todos los continentes, es el camino de la solidaridad, del diálogo y de la fraternidad universal” (JUAN PABLO II, 1986, 4). Para ello, se debe desterrar de manera efectiva las “mentalidades y visiones políticas contaminadas por la codicia de poder, por ideologías, por la defensa de los propios privilegios y bienestar, deben ser abandonadas y reemplazadas por una apertura a compartir y a colaborar con todos en un espíritu de mutua confianza” (JUAN PABLO II, 1986, 4).

Si la justicia social es el medio para encaminarse hacia una paz para todos los pueblos, esto significa que nosotros consideramos la paz como fruto indivisible de las relaciones justas y honestas a todos los niveles —social, económico, cultural y ético— de la vida humana sobre la tierra. [...] En mi mensaje a la II Sesión especial de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el Desarme, he examinado muchos de los factores que son necesarios para mejorar la situación entre los dos bloques mayores de poder del Este y del Oeste (JUAN PABLO II, 1986, 4).

5 LA PERSONA HUMANA, CORAZÓN DE LA PAZ

Para que existan estas relaciones de confianza y solidaridad –y, por lo tanto, florezca una auténtica paz– es fundamental que se insista una y otra vez en la primacía de la persona humana, en su dignidad y en la defensa de sus derechos.

Este reconocimiento es urgente no solo en países donde la persona está como sofocada dentro de la colectividad; sino, también en aquellas sociedades que, aunque garantizan las libertades individuales, el individualismo y el consumismo alteran y falsean los valores de la vida. Especial atención deben prestar aquellos países ‘pequeños’ que con frecuencia son presionados y obligados por los poderosos a poner en práctica determinadas políticas, que con apariencia de progreso atacan contra la integridad de la persona.

Como recordaba el Papa Juan Pablo II en su mensaje para la Jornada Mundial de la Paz de 1999 (1):

[...] cuando la promoción de la dignidad de la persona es el principio conductor que nos inspira, cuando la búsqueda del bien común es el compromiso predominante, entonces es cuando se ponen fundamentos sólidos y duraderos a la edificación de la paz. Por el contrario, si se ignoran o desprecian los derechos humanos, o la búsqueda de intereses particulares prevalece injustamente sobre el bien común, se siembran inevitablemente los gérmenes de la inestabilidad, la rebelión y la violencia.

“La dignidad de la persona humana es un valor transcendente, reconocido siempre como tal por cuantos buscan sinceramente la verdad. [...], la historia entera de la humanidad se debe interpretar a la luz de esta convicción” (JUAN PABLO II, 1999, 2). Se debe considerar, además, que toda persona creada a imagen y semejanza de Dios (Gn. 1, 26-28) está en relación constante con los que tienen su misma dignidad; de ahí que el respeto y promoción de los derechos de cada persona esté en íntima relación con la promoción del bien común.

El peligro del olvido de esta verdad inmutable la vemos en la historia contemporánea:

[...] frutos de ideologías como el marxismo, el nazismo y el fascismo, así como también los mitos de la superioridad racial, del nacionalismo y del particularismo étnico. No menos perniciosos, aunque no siempre tan vistosos, son los efectos del consumismo materialista, en el cual la exaltación del individuo y la satisfacción egocéntrica de las aspiraciones personales se convierten en el objetivo último de la vida (JUAN PABLO II, 1999, 2).

Por ello, nunca se debe permitir o ignorar un ataque a la dignidad de la persona, cualquiera que sea su origen, su modalidad o el lugar donde sucede.

Es importante que recordemos ahora la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la cual tiene como principio básico la afirmación de que el reconocimiento de la dignidad innata de todas las personas, así como la igualdad e inalienabilidad de sus derechos, es el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz en el mundo¹⁴.

Sobre este punto debemos resaltar que la Declaración es clara: no otorga ningún derecho, sino que los reconoce, pues estos son inherentes a toda persona y a su dignidad. Es por ello que, en el marco de la defensa de los derechos humanos para la promoción de la auténtica paz, no se debe olvidar que nadie puede privar legítimamente de sus derechos a ninguno de sus semejantes, sin que atente contra su propia naturaleza. Por la misma razón, tales derechos no hacen referencia a algún estadio particular de la vida humana, sino a todas las fases y en cualquier contexto político, social, económico o cultural.

En ese sentido, Juan Pablo II (1999, 3) señala la importancia de la defensa de la universalidad y de la indivisibilidad de los derechos humanos, que lleve a la construcción de una sociedad pacífica y a un desarrollo integral de las personas, los pueblos y las naciones. Para ello, resaltaremos “algunos derechos específicos, que hoy parecen estar particularmente expuestos a violaciones más o menos manifiestas”.

5.1 EL DERECHO A LA VIDA

El primero y fundamental derecho es a la vida. Nadie tiene el derecho de atentar contra la vida de una persona, dependientemente de la etapa o condición de desarrollo en la que se encuentre.

Se debe promover una auténtica cultura de la vida, que garantice el derecho a venir al mundo a quien aún no ha nacido y que proteja a los recién nacidos, particularmente a las niñas. Asimismo, se debe asegurar que las personas que tengan incapacidad puedan desarrollar sus posibilidades y la debida atención a los enfermos y ancianos. Un punto aparte ameritan los descubrimientos en el campo de la ingeniería genética pues la investigación científica debe estar al servicio de la persona, para ello es necesaria una atenta reflexión ética. Jamás la vida puede ser degradada a objeto.

¹⁴ Ver Declaración Universal de los Derechos Humanos, Preámbulo, primer párrafo.

La construcción de una cultura de vida implica rechazar toda forma de violencia, la cual se manifiesta en los conflictos armados, la delincuencia; pero también en la discriminación, la comercialización de drogas, los daños a la naturaleza, muertes silenciosas a causa de la pobreza y el hambre, el aborto, la experimentación con embriones o la eutanasia. Todo acto de violencia atenta contra la dignidad de la persona y, por lo tanto, contra su derecho a la vida.

Por ello, el Papa Benedicto XVI (2007, 4) menciona que “quien tiene mayor poder político, tecnológico o económico, no puede aprovecharlo para violar los derechos de los otros menos afortunados”.

5.2 IGUALDAD

Muchas en el origen las tensiones que amenazan la paz “se encuentran seguramente muchas desigualdades injustas que, trágicamente, hay todavía en el mundo” (BENEDICTO XVI, 2007, 6). Entre ellas podemos mencionar “las desigualdades en el acceso a bienes esenciales como la comida, el agua, la casa o la salud; por otro, las persistentes desigualdades entre hombre y mujer en el ejercicio de los derechos humanos fundamentales” (BENEDICTO XVI, 2007, 6).

Ante ello, es de suma importancia para la construcción de la paz el reconocimiento de la igualdad esencial entre las personas. Por eso, la igualdad es un bien de todos

inscrito en esa “gramática” natural que se desprende del proyecto divino de la creación; un bien que no se puede desatender ni despreciar sin provocar graves consecuencias que ponen en peligro la paz. Las gravísimas carencias que sufren muchas poblaciones, especialmente del Continente africano, están en el origen de reivindicaciones violentas y son por tanto una tremenda herida infligida a la paz (BENEDICTO XVI, 2007, 6).

Asimismo, cabe mencionar que la insuficiente consideración de la condición femenina provoca, en muchos casos factores de inestabilidad en el orden social. Como ejemplo de ello tenemos “la explotación de mujeres tratadas como objetos y en tantas formas de falta de respeto a su dignidad; las concepciones antropológicas persistentes en algunas culturas, que todavía asignan a la mujer un papel de gran sumisión al arbitrio del hombre” (BENEDICTO XVI, 2007, 7), lo cual trae como consecuencias ataques a su dignidad de persona y al ejercicio de sus libertades fundamentales.

No se puede pensar que la paz está asegurada mientras no se cierren todas las brechas de discriminación, que laceran la dignidad de cada ser humano.

5.3 LIBERTAD DE CONCIENCIA

Los acontecimientos que se vienen registrando en todas partes del mundo, donde las personas son juzgadas y sentenciadas por sus ideas, discriminadas por pensar diferente, obligadas a actuar en contra de sus creencias morales o religiosas, convierten en una urgencia la necesidad dar pasos concretos y reales para asegurar el respeto a la libertad de conciencia, tanto en el plano jurídico como en el de las relaciones humanas.

Ninguna autoridad humana tiene el derecho de intervenir en la conciencia de ningún hombre. Esta es también testigo de la transcendencia de la persona frente a la sociedad, y, en cuanto tal, es inviolable. Sin embargo, no es algo absoluto, situado por encima de la verdad y el error; es más, su naturaleza íntima implica una relación con la verdad objetiva, universal e igual para todos, la cual todos pueden y deben buscar. En esta relación con la verdad objetiva la libertad de conciencia encuentra su justificación, como condición necesaria para la búsqueda de la verdad digna del hombre y para la adhesión a la misma, cuando ha sido adecuadamente conocida. Esto implica, a su vez, que todos deben respetar la conciencia de cada uno y no tratar de imponer a nadie la propia "verdad", respetando el derecho de profesarla, y sin despreciar por ello a quien piensa de modo diverso. La verdad no se impone sino en virtud de sí misma (JUAN PABLO II, 1991, I).

Negarle a una persona la plena libertad de su conciencia, el impedirle buscar la verdad o intentar imponerle un modo particular de comprenderla, es atentar contra su propia identidad. Lo más grave de ello es que provoca tensiones, que corren el riesgo devenir en relaciones hostiles dentro de una misma sociedad o entre naciones.

Un aspecto fundamental en el derecho a la libertad de conciencia, para la promoción de una cultura de paz, es el tema de la verdad. La pregunta por la verdad no es nueva sino que existe desde el mismo origen del hombre. En nuestros días, debido a corrientes relativistas y subjetivistas, la búsqueda de la Verdad ha sido cambiada por la vivencia de verdades particulares. Por ello, es importante mencionar que la garantía de "la existencia de la verdad objetiva está en Dios, Verdad absoluta, y la búsqueda de la verdad se identifica, en el plano objetivo, con la búsqueda de Dios" (JUAN PABLO II, 1991, II).

De este modo, se comprende por qué en una sociedad que ha quitado a Dios del medio, proclama su muerte o simplemente niega su existencia de manera sistemática, se ha instaurado un régimen relativista y, por lo tanto, contrario a la libertad de conciencia, como también a la libertad de religión.

En la actualidad, no son pocas las personas o grupo de ellas que se ven expuesta a la intolerancia de aquellos que rechazan su derecho de expresarse, esta realidad es una seria amenaza para la paz.

Esta intolerancia puede plasmarse en cada aspecto de la vida social, y se manifiesta como marginación u opresión de las personas que procuran vivir según la propia conciencia. “La intolerancia en la vida pública no deja espacio a la pluralidad de las opciones políticas o sociales, imponiendo de esta manera a todos una visión uniforme de la organización civil y cultural” (JUAN PABLO II, 1991, IV).

La libertad de conciencia, rectamente entendida, por su misma naturaleza está siempre ordenada a la verdad. Por consiguiente, ella conduce no a la intolerancia, sino a la tolerancia y a la reconciliación. Esta tolerancia no es una virtud pasiva, pues tiene sus raíces en un amor operante y tiende a transformarse y convertirse en un esfuerzo positivo para asegurar la libertad y la paz a todos (JUAN PABLO II, 1991, IV).

5.4 LA LIBERTAD RELIGIOSA

La expresión más profunda de la libertad de conciencia es la libertad religiosa, “exigencia ineludible de la dignidad de cada hombre, [...] piedra angular del edificio de los derechos humanos”(JUAN PABLO II, 1988, Introducción) pues

La religión expresa las aspiraciones más profundas de la persona humana, determina su visión del mundo y orienta su relación con los demás. En el fondo, ofrece la respuesta a la cuestión sobre el verdadero sentido de la existencia, tanto en el ámbito personal como social (JUAN PABLO II, 1999, 5).

Esta libertad religiosa implica el derecho a manifestar las propias creencias de manera individual o comunitaria, en privado o en público, según reconoce la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 18. A pesar de ello, vemos como en pleno siglo XXI existen lugares donde se prohíbe a las personas reunirse por motivos de culto, o son discriminadas o descalificadas por profesar una determinada religión. Como muestra debemos mencionar que en los últimos meses han sido cientos los cristianos asesinados por su fe a lo ancho del mundo, mártires silenciosos de los cuales los medios callan de manera cómplice.

Es importante resaltar que el reconocimiento de una religión en particular de parte de un Estado no atenta contra su laicidad, sino que es apenas el reconocimiento del aporte de dicha religión a la sociedad.

Derecho a la propia realización

Todo ser humano posee capacidades innatas que han de ser desarrolladas. De ello depende la plena realización de su personalidad y también su conveniente inserción en el contexto social del propio ambiente. Por eso es necesario, ante todo, proveer a la educación apropiada de quienes comienzan la aventura de la vida, pues de ello depende su éxito futuro (JUAN PABLO II, 1999, 8).

Desde esta perspectiva, es preocupante ver en no pocas zonas de nuestro país y del mundo, las personas de bajos recursos no cuentan con las oportunidades para acceder a una educación de calidad, esto está ligado a la poca inversión en este ámbito que repercute no solo en la infraestructura sino, y sobre todo, en una adecuada remuneración de los docentes. Pero también, vemos casos en los que se dispone de los recursos económicos pero la corrupción es más fuerte. Todo esto, limita las oportunidades formativas, especialmente para las niñas –quienes aún están a merced de estructuras de discriminación o machismo – lo cual influye en el desarrollo integral de las personas.

La educación y la formación profesional deben ser el punto número uno de cualquier lista de prioridades gubernamentales. De lo contrario, nuestro mundo seguirá dividido entre países y personas dotadas de tecnología frente a países y personas con conocimientos y desarrollo tecnológico muy limitado. Es fácil vislumbrar la consecuencia: acentuación de las desigualdades en la calidad de vida.

La calidad de vida es otro elemento que influye en la realización personal. Todas las personas tienen el derecho a un nivel de vida digno, para lo cual se precisa de un verdadero acceso al trabajo, no a un subtrabajo, sino a un trabajo según la dignidad de la persona, pues el trabajo no es un favor, es un derecho.

Sin un trabajo con remuneración digna, ¿cómo podrían las personas adquirir alimentos y vestidos, tener acceso a una casa, la asistencia médica y otras tantas necesidades básicas?

Si hace apenas dos años se hablaba por todos los medios sobre el crecimiento económico de nuestro país y eran muchos los que no se beneficiaban de ese crecimiento; hoy que se ha dado un freno en ese crecimiento, debemos imaginar que son aún menos los que ven satisfechas sus necesidades. Por ello, “es necesario y urgente que todos, especialmente los que tienen en sus manos los hilos del poder político o económico, hagan todo lo posible para poner remedio a una situación tan penosa” (JUAN PABLO II, 1999, 8).

5.5 PROGRESO GLOBAL EN SOLIDARIDAD

En efecto, las recientes crisis económicas siguen repercutiendo sobre muchas personas, reducidas a condiciones de extrema pobreza, muchas de las cuales vislumbraban un futuro esperanzador; sin embargo, ahora ven truncadas esas esperanzas. “¿Cómo ignorar los efectos de las fluctuaciones de los mercados financieros? Es urgente una nueva visión de progreso global en la solidaridad, que prevea un desarrollo integral y sostenible de la sociedad, permitiendo a cada uno de sus miembros llevar a cabo sus potencialidades” (JUAN PABLO II, 1999, 9).

Los sistemas económicos también deben contribuir en la implantación de la paz, para ello deben procurar el bien común y global, y la realización de los derechos económicos y sociales; y en los últimos años se ha evidenciado que el libre mercado de por sí solo no puede hacerlo, pues las personas tienen muchas necesidades que no tienen salida en el mercado.

[...] dirijo una llamada apremiante a los que tienen la responsabilidad a escala mundial de las relaciones económicas, para que se interesen por la solución del problema acuciante de la deuda internacional de las naciones más pobres. A este respecto, instituciones financieras internacionales han tomado una iniciativa concreta digna de aprecio. Dirijo mi llamada a todos los que están interesados en este problema, especialmente a las naciones más ricas, para que den el apoyo necesario que asegure el pleno éxito de esta iniciativa. [...] De ese modo, será posible un desarrollo duradero para las naciones más desfavorecidas, y el milenio que tenemos delante será también para ellas un tiempo de esperanza renovada (JUAN PABLO II, 1999, 9).

No puede existir paz si es que el desarrollo no llega a todas las personas, no habrá paz mientras sigan existiendo hombres, mujeres y niños que no pueden vivir según las exigencias de su dignidad humana; no habrá paz mientras sigan existiendo en el mundo relaciones sociales, económicas o políticas que favorecen a un grupo de personas a costa de otro; no habrá paz en el mundo sin “el reconocimiento efectivo de la sublime verdad de que todos somos iguales en dignidad porque todos hemos sido creados a imagen de Dios, que es nuestro Padre” (JUAN PABLO II, 1987, 1).

Para que el desarrollo y el progreso sea un camino hacia la paz, es necesario que tenga como premisa la solidaridad social. Como mencionaba el Papa Pablo VI en su encíclica *Populorum Progressio* (1967, 35) el progreso económico en sí mismo es insuficiente, requiere del progreso social. Esto implica no solo el desarrollo de cada persona, sino el desarrollo de toda la persona, en todas sus dimensiones y abierta al Absoluto que “da a la vida humana su verdadero significado” (Ibid., 42).

Por eso, es fundamental recordar que los auténticos sujetos del desarrollo y el progreso son las personas, así todo programa que busque el desarrollo de una Nación debe tener como medida y meta, el desarrollo integral de las personas.

Esto implica que se debe prestar atención a las necesidades de las personas, pero no basta ayudarlos en sus necesidades, hay que ayudarlas a descubrir los valores que les permitan construir una nueva vida digna. Se debe prestar principal atención a aquellos programas asistenciales que se ofrecen sin connotación de valores, pero que en el fondo promueven antivalores respecto a la vida. Un ejemplo de ello son los proyectos o programas que promueven países del llamado primer mundo y organización internacionales que coaccionan a comunidades o países en vías de desarrollo a aceptar como contraparte de la supuesta ayuda, programas de contracepción o prácticas abortivas. Ante ello, “hay que decir claramente y con fuerza que tales ofertas violan la solidaridad de la familia humana, porque niegan los valores de la dignidad y libertad de la persona” (JUAN PABLO II, 1987, 6).

Así, todo supuesto progreso que atenta contra la dignidad de la persona, va en desmedro del desarrollo de la sociedad. Todo aquello que impide o condiciona la verdadera libertad va contra el desarrollo social y de las instituciones sociales.

Explotación, amenazas, sumisión forzada, negación de oportunidades por parte de un sector de la sociedad respecto a otro, son cosas inaceptables que contradicen la noción misma de solidaridad humana. Tales actividades, ya sea en el seno de una sociedad o entre naciones, pueden por desgracia parecer, por algún tiempo, un éxito. Sin embargo, cuanto más se prolonguen dichas condiciones, tanto más vienen a ser causa de ulteriores represiones y de creciente violencia. Las semillas de la destrucción han sido sembradas en la injusticia institucionalizada. Negar los medios para el pleno desarrollo de un sector de una sociedad o nación determinada, sólo puede conducir a la inseguridad y a la agitación social; además de que fomenta el odio, la división y destruye toda esperanza de paz (JUAN PABLO II, 1987, 6).

5.6 EL DERECHO A LA PAZ

La promoción de los derechos mencionados es fundamental en la construcción de una sociedad donde las relaciones dialécticas sean sustituidas por relaciones de solidaridad y colaboración, en vistas a la instauración de una auténtica paz.

La situación actual prueba sobradamente el fracaso del recurso a la violencia como medio para resolver los problemas políticos y sociales. La guerra destruye, no edifica; debilita las bases morales de la sociedad y crea ulteriores divisiones y tensiones

persistentes. No obstante, las noticias continúan hablando de guerras y conflictos armados con un sinfín de víctimas. ¡Cuántas veces mis Predecesores y yo mismo hemos implorado el fin de estos horrores! Continuaré haciéndolo hasta que se comprenda que la guerra es el fracaso de todo auténtico humanismo (JUAN PABLO II, 1999, 11).

Por ello, a pesar de los esfuerzos de muchos líderes para consolidar la paz, la Iglesia a través de los Papas no se cansa de denunciar las masacres que se siguen dando en diversas partes del mundo, “con la deportación de pueblos enteros de sus tierras y la destrucción de casas y cultivos” (JUAN PABLO II, 1999, 11), con los asesinatos sistemáticos de minorías étnicas o religiosas, con la discriminación por motivos raciales o de credo, con la violencia de regímenes dictatoriales.

Las innumerables víctimas de estos males claman al Cielo por justicia, pero sus gritos también se oyen en la Tierra. Por eso, es urgente que los responsables de las naciones y cada hombre que busca colaborar en la construcción de un mundo mejor, se levanten en auxilio de estas personas más indefensas; especialmente que trabajen por la abolición del tráfico de armas, la solución de conflictos sociales a través de un diálogo fecundo, en el respeto de los derechos de cada individuo para que puedan llevar una vida acorde a su dignidad de persona.

Todas las personas tenemos derecho a la paz y conseguirla es un trabajo de todos pues formamos una sola familia humana.

“Por el hecho de venir a este mundo somos partícipes de la misma heredad y somos miembros de la estirpe común a todos los seres humanos. Dicha unidad se expresa en la diversidad y riqueza de la familia humana. Todos estamos llamados a reconocer esta solidaridad básica de la familia humana como condición fundamental de nuestra vida sobre la tierra” (JUAN PABLO II, 1987, 1).

6 LA FRATERNIDAD, FUNDAMENTO Y CAMINO PARA LA PAZ

Recordaba el Papa Juan Pablo II en su Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz de 1986 que “[...] la unidad de la familia humana tiene unas repercusiones muy reales para nuestra vida y para nuestro compromiso por la paz [...] Significa que nosotros nos comprometemos en favor de una nueva solidaridad: la solidaridad de la familia humana [...] un nuevo tipo de relación: la solidaridad social de todos” (n. 4).

Reconocer la solidaridad social de la familia humana implica reconocer y promover aquello que nos une; es decir, impulsar eficazmente “la igual dignidad de todos los seres humanos dotados de determinados derechos fundamentales e inalienables. Esto afecta a todos los aspectos de nuestra vida individual así como a nuestra vida en la familia, en la comunidad en que vivimos y en el mundo” (JUAN

PABLO II, 1987, 2). Una vez aceptada esta hermandad universal de todos los seres humanos, podremos dirigir nuestras actitudes en la perspectiva de la solidaridad que a todos nos hace uno.

Durante el transcurso de nuestra vida ha habido momentos y acontecimientos que nos han aunado haciéndonos reconocer la unidad de la familia humana. Desde que se hizo posible el tomar fotografías de nuestro mundo desde el espacio, ha tenido lugar un cambio imperceptible en la comprensión de nuestro planeta y de su inmensa belleza y fragilidad. Ayudados por los logros alcanzados en las exploraciones espaciales, hemos descubierto que la frase «herencia común del género humano» ha adquirido un significado nuevo desde entonces. Cuanto más compartimos las riquezas artísticas y culturales de los demás, más descubrimos nuestra humanidad común. Muchos jóvenes han profundizado su sentido de unidad participando en competiciones deportivas regionales o mundiales y en otras actividades similares, reforzando así sus lazos de hermandad como hombres y mujeres (JUAN PABLO II, 1987, 2).

Asimismo, debemos recordar con cuánta frecuencia hemos salidos al encuentro de las necesidades de aquellas personas que fueron afectadas por catástrofes naturales, en nuestro país son innumerables las iniciativas entre el friaje, las inundaciones o los huaicos. Ciertamente, la tecnología nos ha ayudado a enterarnos, com-padecemos, elevar nuestras oraciones y animar a los hermanos de otras naciones que sufren por la guerra o el terrorismo.

Así podríamos citar otros ejemplos que muestran que podemos y que, de hecho, cooperamos de muchas maneras; y que cuando trabajamos juntos podemos lograr grandes cosas en favor del bien común. Pero aún queda mucho por hacer y cada quien tiene su propia tarea, para lograr que estos actos de solidaridad no sean solo en momentos particulares sino que se convierta en una actitud constante, que nos lleve a estrechar los lazos que nos conectan con cada persona y con cada grupo en el mundo. Así, veremos con mayor claridad cómo compromiso solidario, la apuesta por el 'otro' es fundamental para construir la paz duradera que tanto anhelamos.

Lamentablemente, así como son muchas las iniciativas solidarias que nos unen, son también abundantes los obstáculos a la solidaridad que nos separan. Entre ellos la xenofobia, las ideologías que predicán el odio y la desconfianza, "los sistemas que levantan barreras artificiales. El odio racial, la intolerancia religiosa y las divisiones de clases se hallan, por desgracia, muy presentes en muchas sociedades, de modo abierto o solapado" (JUAN PABLO II, 1987, 4), el terrorismo, las numerosas situaciones de desigualdad, de pobreza y de injusticia; individualismo, egocentrismo y consumismo materialista que "debilitan los lazos sociales, fomentando esa

mentalidad del ‘descarte’, que lleva al desprecio y al abandono de los más débiles, de cuantos son considerados ‘inútiles’” (FRANCISCO, 2014, 5).

Todo ello tiene como trasfondo la “globalización de la indiferencia’, que poco a poco nos “habitúa” al sufrimiento del otro, cerrándonos en nosotros mismos” (FRANCISCO, 2014, 1). Esto revela no una profunda falta de fraternidad y la ausencia de una cultura de la solidaridad.

Por otro lado, las propuestas éticas de la sociedad contemporáneas no “son capaces de generar vínculos auténticos de fraternidad, ya que una fraternidad privada de la referencia a un Padre común, como fundamento último, no logra subsistir (JUAN PABLO II, 1987, 39).

Una verdadera fraternidad entre los hombres supone y requiere una paternidad trascendente. A partir del reconocimiento de esta paternidad, se consolida la fraternidad entre los hombres, es decir, ese hacerse «prójimo» que se preocupa por el otro (FRANCISCO, 2014, 1).

Un antídoto ante todo lo mencionado es la solidaridad, pues su cualidad esencial es la igualdad entre todos los seres humanos. Por ello, tiene la capacidad de potenciar “las políticas y los programas que instauran relaciones abiertas y honestas entre los pueblos, que forjan alianzas justas, que unen a las naciones con honorables lazos de cooperación”; sin ignorar las diferencias reales: lingüísticas, raciales, religiosas, sociales y culturales; pero poniendo en primer plano aquellos elementos que unen.

La solidaridad, signo visible de la fraternidad está presente en el corazón de todos los seres humanos y nos invita a la comunión con los otros, “en los que encontramos no enemigos o contrincantes, sino hermanos a los que acoger y querer”(FRANCISCO, 2014, 1).

[...] la fraternidad es una dimensión esencial del hombre, que es un ser relacional. La viva conciencia de este carácter relacional nos lleva a ver y a tratar a cada persona como una verdadera hermana y un verdadero hermano; sin ella, es imposible la construcción de una sociedad justa, de una paz estable y duradera (FRANCISCO, 2014, 1).

En la actualidad, es cada vez mayor el número de medios de comunicación que unen a las personas y evidencian la interdependencia entre cada uno de nosotros; eso no hace sino evidenciar la conciencia “de que todas las naciones de la

tierra forman una unidad y comparten un destino común” (FRANCISCO, 2014, 1), a pesar de las diferencias étnicas, culturales, lingüísticas. “La vocación de formar una comunidad compuesta de hermanos que se acogen recíprocamente y se preocupan los unos de los otros” (idem) está inscrita en el corazón humano.

Así, surge la pregunta

¿los hombres y las mujeres de este mundo podrán corresponder alguna vez plenamente al anhelo de fraternidad, que Dios Padre imprimió en ellos? ¿Conseguirán, sólo con sus fuerzas, vencer la indiferencia, el egoísmo y el odio, y aceptar las legítimas diferencias que caracterizan a los hermanos y hermanas? (FRANCISCO, 2014, 3).

Ante el panorama que se nos presenta, la respuesta podría ser negativa; sin embargo, si nos remitimos a las palabras de Jesucristo en el Evangelio según San Mateo, la perspectiva se torna de profunda esperanza: “En cuanto a ustedes, no se hagan llamar “maestro”, porque no tienen más que un Maestro y todos ustedes son hermanos. A nadie en el mundo llamen “padre”, porque no tienen sino uno, el Padre celestial” (23,8-9).

Es decir, se podrán instaurar una fraternidad auténtica como camino para alcanzar la paz en la medida que reconozcamos que somos hijos de un mismo Padre, que es Dios. Así, la fraternidad hunde sus raíces en la paternidad de Dios. “No se trata de una paternidad genérica, indiferenciada e históricamente ineficaz, sino de un amor personal, puntual y extraordinariamente concreto de Dios por cada ser humano (Mt 6,25-30)” (FRANCISCO 2014, 3).

Una paternidad, por tanto, que genera eficazmente fraternidad, porque el amor de Dios, cuando es acogido, se convierte en el agente más asombroso de transformación de la existencia y de las relaciones con los otros, abriendo a los hombres a la solidaridad y a la reciprocidad (FRANCISCO, 2014, 3).

Como recuerda el Papa Francisco, la fraternidad humana ha sido regenerada en y por Jesucristo con su muerte y resurrección. Es la cruz el “lugar” definitivo donde se funda la fraternidad, que no somos capaces de generar por nosotros mismos. “Jesucristo, que ha asumido la naturaleza humana para redimirla, amando al Padre hasta la muerte, y una muerte de cruz (cf. Flp 2,8), mediante su resurrección nos constituye en humanidad nueva, en total comunión con la voluntad de Dios, con su proyecto, que comprende la plena realización de la vocación a la fraternidad” (FRANCISCO, 2014, 3).

Es necesario recordar que la fraternidad se enseña y aprende en el seno de la familia, “sobre todo gracias a las responsabilidades complementarias de cada uno de sus miembros, en particular del padre y de la madre. La familia es la fuente de toda fraternidad, y por eso es también el fundamento y el camino primordial para la paz, pues, por vocación, debería contagiar al mundo con su amor” (FRANCISCO, 2014, 1).

Finalmente, queremos señalar que la fraternidad “tiene necesidad de ser descubierta, amada, experimentada, anunciada y testimoniada. Pero sólo el amor dado por Dios nos permite acoger y vivir plenamente la fraternidad” (FRANCISCO, 2014, 10).

El atender a las urgentes necesidades materiales de las personas no debe llevar a ignorar la dimensión trascendente del hombre, pues falta esta apertura a lo trascendente, a Dios, toda actividad humana se vuelve más pobre y las personas son reducidas a objetos que pueden ser explotados.

Sólo si aceptan moverse en el amplio espacio asegurado por esta apertura a Aquel que ama a cada hombre y a cada mujer, la política y la economía conseguirán estructurarse sobre la base de un auténtico espíritu de caridad fraterna y podrán ser instrumento eficaz de desarrollo humano integral y de paz (FRANCISCO, 2014, 10).

Los cristianos tenemos la certeza de que al haber sido introducidos a la vida de la Iglesia en el bautismo, nos hemos vuelto miembros los unos de los otros, por ello, nos necesitamos unos a otros, y todos a Cristo, quien ha venido al mundo para traernos su gracia, con la cual tenemos la posibilidad de participar en su vida divina.

Esta realidad es un don pero a la vez una misión para cada cristiano: el entretener relaciones fraternas, “basadas en la reciprocidad, en el perdón, en el don total de sí, según la amplitud y la profundidad del amor de Dios, ofrecido a la humanidad por Aquel que, crucificado y resucitado, atrae a todos a sí” (FRANCISCO, 2014, 10) y nos deja el más grande de los mandatos: “Les doy un mandamiento nuevo: que se amen unos a otros; como yo les he amado, ámense también entre ustedes. La señal por la que conocerán todos que son discípulos míos será que se aman unos a otros” (Jn 13,34-35).

Esta es la misión que tenemos como cristianos y que exige de cada uno estar siempre un paso adelante ante las necesidades de los demás, un ejercicio continuo de estar atentos a los sufrimientos y esperanzas del prójimo y del más alejado, siempre en actitud de servicio, recordando las palabras de Jesucristo: “El primero entre ustedes póngase como el menor, y el que gobierna, como el que sirve”

(Lc. 22,26). Considerando que ese servicio y entrega desinteresada es el alma de la hermandad que edifica la paz.

REFERENCIAS

BENEDICTO XVI. **Mensaje para la celebración de la XL Jornada Mundial de la Paz: La Persona Humana, corazón de la paz.** 2007. Recuperado el 8 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/es/messages/peace/documents/hf_ben-xvi_mes_20061208_xl-world-day-peace.html

BIBLIA CLERUS. <http://www.clerus.org/bibliaclerusonline/es/index.htm>

Declaración Universal de los Derechos Humanos. Recuperado el 8 de agosto de 2017, de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

FRANCISCO. **Mensaje Urbi et Orbi.** 2013. Recuperado el 1 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/francesco/es/messages/urbi/documents/papa-francesco_20131225_urbi-et-orbi-natale.html

FRANCISCO. **Mensaje para la celebración de la XLVII Jornada Mundial de la Paz: La fraternidad, fundamento y camino para la paz.** 2014. Recuperado el 12 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/francesco/es/messages/peace/documents/papa-francesco_20131208_messaggio-xlvii-giornata-mondiale-pace-2014.html

JUAN XXIII. **Pacem in Terris.** 1963. Recuperado el 1 de agosto de 2017, de http://w2.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem.html

JUAN PABLO II. **Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis.** 1987. Recuperado el 13 de agosto de 2017, de http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html

JUAN PABLO II. **Mensaje para la celebración de la XIX Jornada Mundial de la Paz: La Paz un valor sin fronteras: Norte-Sur, Este-Oeste: Una sola paz.** 1986. Recuperado el 3 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19851208_xix-world-day-for-peace.html

JUAN PABLO II. **Mensaje para la celebración de la XXXII Jornada Mundial de la Paz: El secreto de la paz verdadera reside en el respeto de los derechos humanos.** 1999. Recuperado el 3 de agosto de 2017 de https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_14121998_xxxii-world-day-for-peace.html

JUAN PABLO II. **Mensaje para la celebración de la XXIV Jornada Mundial de la Paz 1991: Si quieres la paz, respeta la conciencia de cada hombre.** 1991. Recuperado el 8 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_08121990_xxiv-world-day-for-peace.html

JUAN PABLO II. **Mensaje para la celebración de la XXI Jornada Mundial de la Paz: La libertad religiosa, condición para la pacífica convivencia.** 1988. Recuperado el 9 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19871208_xxi-world-day-for-peace.html

JUAN PABLO II. **Mensaje para la celebración de la XX Jornada Mundial de la Paz: Desarrollo y solidaridad: dos claves para la paz.** 1987. Recuperado el 10 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/es/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_19861208_xx-world-day-for-peace.html

Lectio Divina: Martes, 5 Mayo, 2015. Recuperado el 1 de agosto de 2017, de <http://ocarm.org/ebook/Lectio/may15/0515es.pdf>

PABLO VI. **Mensaje para la celebración del “Día de la Paz”.** 1968. Recuperado el 1 de agosto de 2017, de https://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/messages/peace/documents/hf_p-vi_mes_19671208_i-world-day-for-peace.html

PABLO VI, **Carta Encíclica Populorum progressio: Sobre la necesidad de promover el desarrollo de los pueblos**, 1967. Recuperado el 10 de agosto de 2017, de http://w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html.

LOS PROBLEMAS FORMALES DE LA IDEA DE JUSTICIA

Miguel A. León Untiveros¹

RESUMEN

En este trabajo damos cuenta de una reciente propuesta de FMQC sobre lo que es una norma justa (Miró-Quesada Cantuarias, 2003), luego enumeramos una serie de problemas que no son contestados por la misma. De modo que, si bien podemos estar de acuerdo con FMQC de que un enunciado es justo si y sólo si no es arbitrario y es simétrico, no obstante, la no arbitrariedad no es un concepto claro en filosofía.

Palabras clave: Justicia, arbitrariedad, problemas formales de la ética.

1 FORMA Y JUSTICIA

El excelente filósofo peruano, Francisco Miró Quesada Cantuarias, en adelante FMQC, defiende la siguiente tesis: *la simetría es una condición suficiente, pero no necesaria de moralidad* (Miró-Quesada Cantuarias, 2003).

Se trata de un ensayo que tiene grandes virtudes, como no podía ser de otro modo, por la calidad de nuestro autor. No obstante, sus resultados son limitados, conforme son reconocidos por el mismo.

El punto de partida del trabajo es la idea de Platón de que la razón ha de guiarnos, en cuanto humanidad, tanto en las zonas del conocimiento como de la acción (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 196). No obstante, esta propuesta tiene su mayor reto en la filosofía Kantiana, quien influido por el camino seguro de la ciencia (esto es que ésta es racional), analiza la viabilidad de dicha posibilidad para el caso de la moral, que para este punto, Kant sostiene que es imposible encontrar una fundamentación de la ética material, pues toda ética de este tipo no es sino una sistematización de hechos empíricos (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 201).

FMQC analiza esta conclusión, y después de reconocer los grandes aportes de Kant, acusa al mismo de ciertos errores que debilitan sensiblemente su conclusión. Un gran aporte de Kant es su propuesta de “una metodología nueva y

¹ Profesor de Filosofía de la ciencia y de derecho. Doctor en Filosofía por la Universidad Mayor de San Marcos, Máster of Business Administration – MBA por la Maastricht School of Management, Holanda y abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

revolucionaria: la única fundamentación racional posible de la ética es una fundamentación que prescindiera de todo contenido.” (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 203). Por lo que dicha fundamentación es enteramente formal.

FMQC, por su parte, rechaza la propuesta de Kant de que la voluntad libre sólo puede ser determinada por una especie de legislación universal. Si bien cuando se trata del fundamento racional del conocimiento es posible hacer una deducción trascendental, no sucede ello sobre los principios supremos de la moralidad (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 209).

Para el caso del conocimiento científico, indica FMQC, Kant partió y comprendió a la ciencia, la física de Newton y la geometría de Euclides, como zonas completamente seguras. Ahora, en cambio, lo que Kant conocía como ciencia es lo mismo, ello debido a la aparición posterior de tres grandes logros científicos: 1) la teoría de la relatividad, 2) la teoría de los cuantos y 3) la teoría del caos. Por ello es que no seguir compartiendo con Kant su visión de la ciencia (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 218). Kant sostuvo que la física se fundaba en la deducción trascendental, pero FMQC fácilmente muestra que tal conclusión, ahora es falsa, pues las leyes científicas tienen un carácter probabilístico lo cual invalida el método de la deducción trascendental (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 212).

FMQC indica, desde un enfoque a nivel de metalenguaje de la ciencia, en especial de las matemáticas aplicadas a la ciencia, dar con un concepto que sea universal, necesario y objetivo (de acuerdo con los fines kantianos). Tal meta concepto es el de la simetría. El que además cumple, señala el autor, con el requisito kantiano de la formalidad, esto es que no tiene contenido. Sostiene FMQC que la física de Newton se caracteriza, a este respecto, por su simetría e invariancia. Asimismo, es Einstein quien muestra con mayor profundidad la propiedad simétrica de la ciencia, cuando fusiona la mecánica clásica con el electromagnetismo. La simetría señala pues: “todas las leyes de la naturaleza se pueden describir de la misma manera en los marcos inerciales de referencia” (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 224). El autor señala que en la teoría de las supercuerdas la simetría igualmente tiene un gran rol que desempeñar. Todo lo cual le permite a FMQC concluir: “*si el conocimiento de la realidad física cumple con el principio de simetría, entonces es verdadero*” (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 236). La formulación general de la simetría, con relación al tiempo t , es la siguiente (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 244):

$$R_t(x,y) \Rightarrow R_t(x,y)$$

Llegado a este punto, el autor retoma la propuesta platónica, de una razón que guía tanto la ciencia como la acción. Y tal rol lo cumple el metaconcepto de simetría, que además cumple con el requisito kantiano de ser formal. Luego el autor

sostiene que tal principio no sólo constituye la fundamentación racional de la ética, sino también del derecho y la política.

Merece una destacada mención tres de sus notas del trabajo: la nota 58 (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, págs. 238-240) hace un análisis muy lúcido de la relación interteórica de dos teorías científicas, la nota 64 donde señala que el concepto de simetría aplicado a la moral tiene un margen de borrosidad, y que dicho margen es, casi siempre, menor que el de la arbitrariedad. Para nosotros, tal hace que la racionalidad en la moral debe hacer uso necesario de la lógica difusa¹². En la nota 67, el autor muestra define una norma justa, del siguiente modo (Miró-Quesada Cantuarias, 2003, pág. 252 y 253):

$$(1) \quad \text{jus}(N) := (\text{sim}(N) \wedge \neg \text{arb}(N))^{23}$$

FMQC considera que la simetría es una razón suficiente para la moralidad, pero no todas las normas morales justas son simétricas, como el hecho de que si bien los padres están obligados velar por sus hijos (conforme con los más diversos sistemas jurídicos), lo contrario no necesariamente es el caso (Miró-Quesada Cantuarias, 2003).

Cabe indicar que una pretensión en FMQC, en esta obra, es la aplicación del análisis formal a la ética. Lo que, a nuestro entender, consiste en una verdadera revolución, similar a la que inició Galileo Galilei en la física.

Por otro lado, no puede acusarse a este obra de incurrir en la guillotina de Hume, pues el concepto de la simetría de mueve en el nivel del metalenguaje con respecto de los argumentos que precisamente estructuran el argumento del tipo de la guillotina de Hume³⁴. Finalmente, como dijimos al inicio, la propuesta de FMQC no es necesaria, pero parece que tal cosa no es un problema pues este trabajo indica que la ciencia actual (como una expresión de la razón) tiene leyes probabilísticas.

2 NUEVE PROBLEMAS

Empero, la propuesta de FMQC no está exenta de cuestiones por resolver. Éste no es el lugar para ello, sino que ahora, lo que haremos es formular dichos problemas; y conviene señalarlos a fin de tener claridad sobre cada uno de ellos. Los problemas formales de la ética son nueve, a saber:

¹² Sobre el empleo de la lógica difusa en el derecho ver (Miró Quesada Cantuarias, 2000; Puppo, 2012).

²³ La norma N es justa cuando es simétrica y no arbitraria. En este punto hemos corregido un error de edición pues no tendría sentido que una norma justa no sea simétrica.

³⁴ Sobre la estructura del argumento de la guillotina de Hume ver (León Untiveros, 2015).

1. *El problema es-debe*, o también conocido como la Guillotina de Hume o la Ley de Hume, que en nuestro medio fue tratado nuestro gran filósofo Julio César Sanz Elguera en su tesis de bachiller (1972), sin perjuicio de la posterior y muy importante bibliografía al respecto, como por ejemplo Gerhard Schurz: (1997).

En general y en una de las dos lecturas posibles del famoso pasaje del *Tratado de la Naturaleza Humana* (1739-1740) de David Hume, el problema es-debe nos dice que no es correcto concluir un enunciado tipo debe (como un imperativo), a partir de premisas (enunciados) tipo es (indicativas).

En un trabajo anterior mostramos que la situación de la ética y el derecho es más grave que la formulada en el problema es-debe, pues los argumentos éticos tienen distintos tipos de premisas a saber: imperativas, presuntivas, vagas, científicas, etc., y no existe manera de llegar a una conclusión y que pueda probarse (por medios lógicos) que sea la correcta, a esto es lo que llamamos el problema es-debe amplificado (León Untiveros, Las presunciones en el derecho: Un enfoque desde la filosofía matemática, 2014, pág. 5).

2. El segundo problema es *la falacia naturalista*, propuesta por Gorge E. Moore (1903, pp. 12-36), que consiste en el intento de definir los conceptos morales (como "bueno") en términos naturales o en términos metafísicos. Para Moore los conceptos morales son indefinibles.

3. En tercer lugar está lo que podríamos llamar *el problema de la verdad en la ética*, y que en palabras de Alfred Tarski, en su famosísimo trabajo "The Concept of Truth in Formalized Languages", señaló que no es posible reconstruir el lenguaje natural a efectos de aplicar el esquema T, pues cae en contradicciones como la del mentiroso. Por lo tanto, no es posible determinar la verdad de los lenguajes naturales (que son el medio como emitimos nuestros juicios éticos) (Tarski, 1983 [1931], pp. 154-165).

4. En cuarto lugar está *el dilema de Jørgensen*, propuesto en (1938) por el empirista lógico Jørgen Jørgensen, que en uno de sus, así llamados "cuernos", indica que no es posible una lógica de los imperativos puestos que éstos carecen de valor de verdad.

5. En quinto lugar está la cuestión de *la existencia de los hechos morales*. Esto es que si puede afirmarse la existencia de hechos morales en algún sentido, aun cuando no sea necesariamente igual al sentido en que afirmamos la existencia del mundo fáctico. En la disciplina filosófica llamada *metaética* ha surgido la afirmación de que existen hechos morales (*moral facts*). Por nuestra parte hemos indicado (León Untiveros, 2014) que los hechos morales están planteados en forma semejante a los hechos institucionales (*intitutional facts*) de John Searle (Searle, 1969, p. 50 y ss.). Por estos último se entiende que son actos del habla que tienen tanto un carácter fáctico (como los hechos brutos) como propiamente lingüístico, y que a través de los cuales que las personas modificaban su entorno (por ejemplo, "Juan se casa con Ana", "Pedro y Enrique hacen una apuesta acerca del partido del domingo", "Gina es condenada por hurto", etc.). Tales actos no sólo son lingüísticos sino que son hechos sociales, por lo que tienen un aspecto valorativo a la vez que fáctico.

Por su parte, los hechos morales no tienen un sustrato lingüístico sino más bien biológico, en especial, evolutivo, son aspectos de nuestra especie que precisamente hacen que seamos como somos y actuemos como actuamos, con fines a nuestra sobrevivencia como especie. Los hechos morales tienen la forma "Es el caso que debe hacerse X", pero la justificación es este enunciado no es convencional ni legal, sino que tiene una estructura biológico evolutiva, y por ello es natural.

De acuerdo con (León Untiveros, 2014), la existencia o aceptación de los hechos morales tiene interesantes consecuencias. Como por ejemplo, debilitaría la fuerza del problema es-debe o guillotina de Hume. Pues, en caso de aceptarse los hechos morales, ya no cabría alegar la invalidez de una conclusión valorativa a partir de sólo

hechos, cuando por lo menos uno de éstos es un hecho moral. En mejores términos, no cabe alegar la invalidez de un argumento cuyas premisas son descriptivas y su conclusión es imperativa, si por lo menos una de dichas premisas hace referencia a un hecho moral. Por otro lado, también se debilitaría la falacia naturalista de George E. Moore, pues conceptos como “bueno” serían analizables y por ende definibles en términos de los hechos morales.

6. En sexto lugar está la cuestión del *significado de los términos morales*. Este problema tiene relación con el dilema de Jørgensen (problema 4), sin embargo no son equivalente, ya que el dilema de Jørgensen es un problema lógico, que presupone un concepto de significado y que afirma que los imperativos no tienen valor de verdad. Este problema, el sexto, se pregunta por el valor semántico de los imperativos, más allá de la verdad.

7. En séptimo lugar, tenemos el problema de *la actuación conforme a una regla*. Este problema fue expuesto por Ludwig Wittgenstein del siguiente modo:

201. Nuestra paradoja era ésta: una regla no podía determinar ningún curso de acción porque todo curso de acción puede hacerse concordar con una regla. La respuesta era: Si todo puede hacerse concordar con una regla, entonces todo puede hacerse discordar. De donde no habría concordancia ni desacuerdo (Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, 2009, p. 87e).

La cuestión de seguir una regla es de gran importancia, puesto que las reglas jurídicas, morales, lingüísticas, son consideradas guías para la acción cuya evaluación se hace con respecto a una regla, a fin de determinar su valor (¿semántico?). Esta cuestión da lugar a otras, como por ejemplo, ¿caben cumplimientos graduales de las reglas? ¿Qué es una acción que cumple en forma parcial una regla? ¿Cuál es el valor semántico de una proposición que dice: “Juan ha cumplido con sus deberes”?

8. El problema de *la medición de los conceptos éticos*. En la aplicación de la ética y el derecho, vemos que las decisiones que las personas toman tienen que ver muchas veces con la imposición de castigos o sanciones por las faltas o infracciones. En tal caso, se requiere que dichos castigos sean “proporcionales” a la gravedad de la infracción. Esto hace surgir la cuestión de la medición en dos lados: uno por el lado de la medición de la infracción, y otro por el lado de la entidad del castigo. De modo que se hagan intersubjetivos los mecanismos de decisión acerca de la gravedad de una infracción, y asimismo, los mecanismos de decisión de la entidad (cuantitativa) de la sanción correspondiente.

9. Y, finalmente, tenemos el problema del *razonamiento ético*. ¿Es el razonamiento ético un tipo de razón? ¿La estructura de la razón (en general) es aplicable al razonamiento ético? ¿Es el razonamiento ético un tipo especial de razón distinto a la racionalidad matemática y científica? ¿Cuáles son los aspectos importantes de la racionalidad ética? Este problema, ha sido tratado muchas veces. Sin embargo, en la lógica poco o nada ha sido tomado en cuenta así (Hansson, 1988) y (Ausín, 2005). Y en el caso del derecho, el debate ha sido ejemplarmente expuesto por (Woods, *Is Legal reasoning Irrational? An introduction to the Epistemology of Law*, 2015).

3 REFLEXIÓN FINAL

Si bien podemos estar de acuerdo con FMQC de que un enunciado es justo si y sólo si no es arbitrario y es simétrico, la no arbitrariedad no es un concepto claro en filosofía. Un tema incrustado en el mismo es la cuestión de la racionalidad de la

argumentación jurídica. Actualmente, y hasta donde conocemos, no existe una respuesta satisfactoria a esta cuestión.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002 (1986)). **A Theory of Constitutional Rights**. (J. Rivers, Trans.) New York: Oxford University Press.
- Alexy, R. (2014). Formal principles: Some replies to critics. **International Journal of Constitutional Law**, 12(3), 511-524.
- Ausín, T. (2005). **Entre la Lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos**. México: Plaza y Valdés.
- Bunge, M. (December de 1961). Ethics as a Science. **Philosophy and Phenomenological Research**, 22(2), 139-152.
- Bunge, M. (1989). **Treatise on Basic Philosophy** (Vol. 8. Ethics: The good and the right). Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- Bunge, M. (1999). **Las ciencias sociales en discusión. Una perspectiva filosófica**. Buenos Aires: Sudamericana.
- Bunge, M. A. (2008 (2006)). Delito y sociedad. En M. A. Bunge, **Filosofía y sociedad** (págs. 49-75). México: Siglo XXI.
- Dieleman, S., Rondel, D., & Voparil, C. J. (Edits.). (2017). **Pragmatism and justice**. New York: Oxford University Press.
- Feteris, E. T. (1999). **Fundamentals of Legal Argumentation. A Survey of Theories on the Justification of Judicial Decisions**. Dordrecht: Springer.
- Freeman, S. (Ed.). (2003). **The Cambridge Companion to Rawls**. Cambridge: Cambridge University Press.
- Freeman, S. (2007). **Rawls**. Oxon & New York: Routledge.
- Goertz, G., & Mahoney, J. (2012). **A Tale of Two Cultures. Qualitative and Quantitative Research in the Social Sciences**. New Jersey: Princeton University Press.
- Haack, S. (2013). El probabilismo jurídico: Una disensión epistemológica. En C. Vázquez (Ed.), **Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica** (págs. 65-98). Madrid et al.: Marcial Pons.
- Hage, J. (2005). **Studies in Legal Logic**. Dordrecht: Springer.
- Hansson, S. O. (1988). Deontic logic without misleading alethic analogies - Part I. **Logique & Analyse**, 31(123-124), 337-353.
- Himma, K. E. (2014, 10 01). **Legal Positivism**. Retrieved 11 01, 2014, from Internet Encyclopedia of Philosophy, ISSN 2161-0002: <http://www.iep.utm.edu/legalpos/#H3>
- Hinton, T. (Ed.). (2016). **The Original Position**. Cambridge: Cambridge University Press.

Jørgensen, J. (1938). Imperatives and Logic. *Erkenntnis*(7), 288-96.

Klatt, M., & Meister, M. (2012). *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: Oxford University Press.

León Untiveros, M. Á. (2009). El Análisis Psicológico del Derecho. *Vox iudex*, 335-42.

León Untiveros, M. Á. (Marzo de 2013). ¡Señor Árbitro: No olvidemos la Constitución! Los fundamentos constitucionales del arbitraje. *Gaceta constitucional*, 63, 46-55.

León Untiveros, M. Á. (Noviembre de 2013). El concepto de derrotabilidad en H.L.A. Hart. Un punto de vista lógico. *IV Coloquio de Estudiantes de Filosofía y Teoría del Derecho, 20 y 21 de noviembre de 2013, Pontificia Universidad Católica del Perú* (págs. 1-9). Lima: inédito.

León Untiveros, M. Á. (Junio de 2013). El paternalismo jurídico: El caso de la comida chatarra. *Gaceta Constitucional*(66), 284-96.

León Untiveros, M. Á. (2014). La universalidad de los derechos humanos: Una defensa formal. 6° *Coloquio Internacional de Filosofía Política: "Saber, Poder y Perspectivas Coloniales"*, 5, 6 y 7 de Noviembre. *Inédito*, 1-8.

León Untiveros, M. Á. (2014). Las presunciones en el derecho: Un enfoque desde la filosofía matemática. *II Encuentro Latinoamericano de Epistemología Jurídica*, inédito, 1-14.

León Untiveros, M. Á. (Diciembre de 2014). Modelos de racionalidad y argumentación jurídica: Sobre la noción de in limine. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*(84), 92-96.

León Untiveros, M. Á. (2015). *El dilema de Jørgensen: Fundamentos semánticos de los imperativos*. Lima: Tesis para optar el grado de doctor en filosofía, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

León Untiveros, M. Á. (2015). La medición de los derechos: Un punto de vista epistemológico. *Inédito*, 1-6.

León Untiveros, M. Á. (2015). There is no semantic truth in Law. *Ponencia presentada en GTR15 – TRENTO DAYS ON RHETORIC. Visual Argumentation & Reasonableness in Judicial Debate. 17-19 junio. Inédito*, 1-7.

León Untiveros, M. Á. (2017). Derecho de acceso al agua: un análisis formal. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 115, 146-165.

León Untiveros, M. Á. (2017). Los métodos formales y el principio de tolerancia en la filosofía. *Ponencia en el La filosofía y sus métodos. Coloquio internacional sobre las diversas metodologías filosóficas: naturaleza, diversidad, complementariedad e incommensurabilidad, Pontificia Universidad Católica del Perú, 31 de agosto de 2016*, 1-17.

León Untiveros, M. Á. (2017). The meaningless of Alexy's weight formula. *Inédito*, 1-2.

Mandle, J., & Reidy, D. A. (Edits.). (2014). *A Companion to Rawls*. Malden et al.: Wiley Blackwell.

Mandle, J., & Reidy, D. A. (Edits.). (2015). *The Cambridge Rawls lexicon*. Cambridge: Cambridge University Press.

Maranhão, J. S. (2012). *Positivismo jurídico lógico-inclusivo*. Madrid et al.: Marcial Pons.

Maranhão, J. S. (2017). *Positivismo jurídico lógico-incluyente*. Madrid et al.: Marcial Pons.

Miró Quesada Cantuarias, F. (1988). **Ensayos de filosofía del derecho**. Lima: Universidad de Lima.

Miró Quesada Cantuarias, F. (1992). Respuestas de Francisco Miro Quesada C. En D. Sobrevilla, & D. García Belaunde (Edits.), **Lógica, razón y humanismo. La obra filosófica de Francisco Miiró Quesada C.** (págs. 270-426). Lima: Universidad de Lima.

Miró Quesada Cantuarias, F. (2000). **Ratio Interpretandi. Ensayo de hermenéutica jurídica**. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Miró Quesada Cantuarias, F. (2003). **Ser humano, naturaleza, historia**. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Miró Quesada Cantuarias, F. (2008 (1956)). Problemas fundamentales de la lógica jurídica. En F. Miró Quesada Cantuarias, **Obras esenciales** (Vol. VI, págs. 20-117). Lima: Universidad Ricardo Palma - Organización de los Estados Iberoamericanos.

Miró-Quesada Cantuarias, F. (2003). Ensayo de una fundamentación racional de la ética. En F. Miró-Quesada Cantuarias, **Ser humano, naturaleza, historia** (págs. 195-266). México - Buenos Aires - Barcelona: Paidós.

Moore, G. E. (1903). **Principia Ethica**. Cambridge: Cambridge University Press.

Mosterín, J. (2008). **Lo mejor posible. Racionalidad y acción humana** (Tercera ed.). Madrid: Alianza Editorial.

Navarro, P. E., & Rodríguez, J. L. (2014). **Deontic logic and legal systems**. New York: Cambridge University Press.

Nino, C. S. (1989). **Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación** (Segunda ed.). Buenos Aires: Astrea.

Pogge, T. (2007). **John Rawls. His Life and Theory of Justice**. (M. Kosch, Trad.) Oxford et al.: Oxford University Press.

Portocarrero Quispe, J. A. (2016). **La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional**. Madrid et al.: Marcial Pons.

Puppo, F. (2012). **Dalla vaghezza del linguaggio alla retorica forense. Saggio di logica giuridica**. Milani: CEDAM.

Puyol, Á. (2015). **Rawls. El filósofo de la justicia**. Barcelona: Bonallettera Alcompas.

Rainbolt, G. W. (2006). **The Concept of Rights**. Dordrecht: Springer.

Rawls, J. (1999). **A Theory of Justice** (Revised ed.). Cambridge: Belknap Press.

Rescher, N. (1966). **Distributive justice. A constructive critique of the utilitarian theory of distribution**. Indianapolis: Bobbs-Merrill.

Rescher, N. (2002). **Fairness. Theory & Practice of Distributive Justice**. New Brunswick & New Jersey: Transaction Publishers.

Salazar Bondy, A. (2010). **Para una filosofía del valor**. Madrid: Fondo de Cultura Económica.

Sanz Elguera, J. C. (1972). **La guillotina de Hume** (Tesis de bachillerato en filosofía ed.). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sanz Elguera, J. C. (1998). **Argumentos morales y argumentos éticos**. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Schurz, G. (1997). **The Is-Ought Problem. An Investigation in Philosophical Logic**. Dordrecht: Springer.

Searle, J. (1969). **Speech acts**. Cambridge: Cambridge University Press.

Siltala, R. (2011). **Law, Truth, and Reason. A Treatise on Legal Argumentation**. Springer: Springer.

Sobrevilla, D. (2013). **La filosofía del derecho en el Perú**. Lima: Fondo editorial de la Universidad de Lima.

Tarski, A. (1983 [1931]). The concept of truth in formalized languages. In A. Tarski, & J. Corcoran (Ed.), **Logic, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1938** (J. H. Hoodger, Trans., Second ed., pp. 152-278). Indiana: Hackett Publishing Company.

Weingartner, P. (Ed.). (2004). **Alternative Logics. Do Sciences Need Them?** Berlin, Heidelberg, New York: Springer.

Wittgenstein, L. (1961 (1921)). **Tratatus Logico-Philosophicus**. London: Routledge & Keagan Paul.

Wittgenstein, L. (2009). **Philosophical Investigations** (fourth ed.). (P. M. Hacker, J. Schulte, Eds., G. E. Anscombe, P. M. Hacker, & J. Schulte, Trans.) Oxford: Wiley-Blackwell.

Woods, J. (2004). **The Death of Argument. Fallacies in Agent Based Reasoning**. Dordrecht: Springer.

Woods, J. (2015). **Is Legal reasoning Irrational? An introduction to the Epistemology of Law**. Milton Keynes: College Publications.

Woods, J. (2017). Reorienting the Logic of Abduction. In L. Magnani, & T. Bertolotti (Eds.), **Handbook of Model-Based Science** (pp. 137-150). Cham: Springer.

Zuleta, H. R. (2008). **Normas y justificación. Una investigación lógica**. Madrid et al.: Marcial Pons.

DESDE LA EXPERIENCIA DE LA CONCILIACION EXTRAJUDICIAL COMO APORTE A LA CONSTRUCCION DE UNA CULTURA DE PAZ

Jesús Fernando Ramírez Bezada¹

RESUMO

Desde mi experiencia como Conciliador Extrajudicial desde el año 2000, y Conciliador Especializado en Asuntos de Familia desde el año 2014, y legalizando las Actas de Conciliación desde hace 10 años en mi condición de Abogado en el Centro de Conciliación del Instituto de Conciliación por la Paz, quiero hacer una reflexión sobre el invalorable aporte de este mecanismo alternativo para la solución de conflictos en la construcción de una Cultura de Paz.

Durante estos días hemos dialogado intensamente sobre la importancia de fomentar y desarrollar la Cultura de Paz en nuestras relaciones humanas, en la sociedad, en nuestros países y en el mundo.

Encontramos que los antecedentes del contenido de la categoría **“CULTURA DE PAZ”** se remontan a 1946, cuando en la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se enuncian, entre otras ideas que: ***“las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz”***

Y que *“una paz fundada exclusivamente en acuerdos políticos y económicos entre gobiernos no podría obtener el apoyo unánime, sincero y perdurable de los pueblos, y que, por consiguiente, esa paz debe basarse en la solidaridad intelectual y moral de la humanidad.”*

Fue el padre jesuita e intelectual peruano Felipe Mac Gregor quien en 1989 acuñó la expresión **CULTURA DE PAZ**, en su libro publicado bajo este título y que presentó en la UNESCO. En este texto considerado como el primero en su género, el Padre Mac Gregor nos brinda una definición original e integral de la **CULTURA DE PAZ**, *“La paz es dinámica. La paz es la solución justa y no-violenta a*

¹ Docente de la Universidad Católica Sedes Sapientiae (UCSS).

los conflictos. Genera un equilibrio en la interacción social, de tal manera que todos los miembros de la sociedad puedan vivir en relaciones armoniosas uno con el otro. Donde hay violencia no hay paz. Donde hay injusticia y ausencia de libertad, no hay paz. Para lograr un equilibrio en la dinámica de las relaciones sociales, la paz debe ser fundada en la justicia y la libertad.”

En efecto en 1986 el Ministerio de Educación del Perú creó una Comisión Nacional Permanente de Educación para la Paz designando como su Presidente al Padre Mac Gregor, el en sus memorias nos dice, con unas palabras que resuenan muy actuales en este auditorio que:

El resultado de la búsqueda (de la paz) fue que debíamos empeñarnos en construir en nosotros, en nuestros alumnos, en nuestros conciudadanos, una nueva cultura a la que llamamos “Cultura de Paz” porque transforma el imperativo moral de una persona, sus valores y sus decisiones hasta convertirlos en una única decisión: nunca usar la violencia para resolver un conflicto.

Precisamente en esta búsqueda de construir la Cultura de Paz en nuestra sociedad, es que queseamos presentar la experiencia de la Conciliación Extrajudicial como un aporte significativo en esta misión y desafío.

El artículo 2° de la Ley 26972 “Ley de Conciliación Extrajudicial” del año 1997 afirma que: **“La Conciliación propicia una cultura de paz...”** Entendamos entonces que la Conciliación tiene como objetivo favorecer la ejecución de una cultura de paz.

La conciliación quiere consolidar en nuestra sociedad su vocación a la paz a través de prácticas consensuales que la promueven en lugar de aplicar la lógica del litigio. El tema de la cultura de paz no es sólo un derecho disponible de los Estados y de las personas, es una exigencia de la humanidad que la UNESCO, por ejemplo, hizo suya cuando declaró el año 2000 como año internacional de la Cultura de Paz.

Aun cuando la conciliación no resuelve el complejo y serio problema del acceso a la justicia en nuestra sociedad, sin embargo, es un buen antídoto contra los malestares generados por el conflicto y la lógica de la disputa.

El fuero jurisdiccional compone el derecho violado, pero no compone los ánimos en cuyo trasfondo el derecho aparece como un acuerdo o justicia insuficiente. Esa tarea está reservada para la conciliación y su nuevo sentido de justicia.

Apreciamos por lo tanto que al mencionar la Ley de Conciliación Extrajudicial la categoría **“CULTURA DE PAZ”** se está evocando una estructura

conceptual que se gestó como corriente ideológica con carácter internacional posterior a la segunda gran guerra y surgió cuarenta años más tarde consolidada con nombre e identidad propios en el Perú como un enfoque socializador y democrático, aplicándose prioritaria y esencialmente al campo educativo pero extendiéndose a la gestión de conflictos, mediante su definición como presupuesto básico para el desarrollo de la Conciliación como institución regida por principios éticos y regulada por normas que deben favorecer su dinámica y flexibilidad, en el marco de las exigencias de adaptabilidad que una sociedad plural como la nuestra impone por su riqueza cultural y variados matices sociales.

Estamos firmemente convencidos que cuando aludiendo a la **“CULTURA DE PAZ”** se habla de educación, no solamente debe asumirse singularmente como tal al proceso instructivo basado en la incorporación y comprensión del conocimiento, sino en el proceso formativo en general que implica también la interiorización de valores, que permitan justamente incorporar en la mente y conducta de la gente, menor y mayor, la necesidad de buscar una solución más eficiente a sus conflictos, y que lo óptimo es la vía pacífica que la Conciliación ofrece; proceso formativo que es retroalimentativo y no se agota en los centros de estudio sino que es permanente y continuo en el regular devenir, sustentando la legitimidad de titularidad y el ejercicio de la ciudadanía.

Es así, como hemos transitado sumariamente por la germinación y florecimiento de la expresión “cultura de paz”, tomando atención en la evolución de sus fundamentos teóricos determinados en el libro del Padre Felipe Mac Gregor que le dio nombre propio e identidad, aquí en el Perú, y que se irradió a todo el orbe por la acción internacional; circunstancia que nos compromete sobremanera y obliga a tomar medidas radicales en la generación de una conciencia resolutive que se instaure en los individuos y grupos como regla y no como excepción según la postura actual, donde la libertad permita buscar la justicia hacia la paz, cimiento del orden, seguridad y estabilidad que requiere el desarrollo de nuestro país, que es responsabilidad de todos.

1 ¿QUÉ ENTENDER POR CULTURA DE PAZ?

Es frecuente hablar de la paz, pero casi nunca en relación con la cultura. Grave error, pues si hay alguna forma de que el frágil tallo de la paz crezca, florezca y de sus frutos permanentes es cultivando sus raíces con el acervo espiritual que da vida a los pueblos. Un cultivo cotidiano, integral e irrenunciable de los hombres comprometidos a convivir sin guerra, y, en general, sin violencia.

La paz es un asunto humano. Es la forma que tiene el hombre de hacer su mundo de vida habitable para sí y para sus semejantes. Con la cultura el hombre

recrea su mundo, se apropia de él a la medida de sus posibilidades y aspiraciones y tanto como su inteligencia, voluntad y sensibilidad se lo permitan. La cultura representa la comprensión humana de la vida y la forma como se vive de acuerdo con opciones, gustos y privilegios enteramente humanos.

En medio de esta diversidad y riqueza de hábitos y costumbres, la paz es sinónimo de consenso, acuerdo y diálogo. La paz es esa armonía que permite a cada ser humano convivir con sus semejantes, es decir, con sus elecciones, preferencias y creencias de raigambre cultural. Si esto no sucede es por un empobrecimiento del cultivo que la educación debió ejercer sobre las personas. Tal empobrecimiento o debilitamiento de la cultura se muestra en el simple hecho de haber convertido a la cultura y a la paz en dos conceptos separados y no relacionados. En el colmo de la confusión, es más habitual hablar de una “cultura de la violencia” que de una cultura de paz.

Es difícil entender como la cultura con la que el hombre se apropia del mundo (transformándolo en su hogar) puede servir también para promover la destrucción del mundo y la del propio hombre. La cultura humaniza el mundo dejando atrás el antiguo escenario de las cavernas. Desde este punto de vista es un contrasentido hablar de una cultura de la violencia o del conflicto.

Aun cuando es inevitable pensar en ello al ver el éxito que tiene “el cultivo” que llama a la barbarie, a la intolerancia, al sectarismo, a la violación de los derechos humanos y al rompimiento del diálogo. En suma, a una lógica adversarial por la cual los seres humanos se muestran como rivales. Así, es ingenuo esperar que la paz este entre nosotros.

En efecto, el MANIFIESTO 2000, documento redactado por la UNESCO en el **año internacional de la Cultura de Paz**, propuso la adhesión y el compromiso de asumir seis actitudes básicas para la consolidación de un punto de vista ético con el que se encaren los múltiples problemas de hoy y de siempre. Es decir, aquellos relativos al logro “de un mundo más justo, más solidario, más libre, digno y armonioso, y con mejor prosperidad para todos”.

Estas seis actitudes conducentes a una **CULTURA DE PAZ** son:

a) RESPETAR TODAS LAS VIDAS: Respeto a la vida y a la dignidad. Dejando atrás todo tipo de discriminación o prejuicios raciales, de género, etc.

b) RECHAZAR LA VIOLENCIA: No sólo no practicar la violencia sino combatirla en sus diversas formas (física, sexual, psicológica, económica, social). Es la práctica de la no violencia activa.

c) LIBERAR LA GENEROSIDAD: No condicionar la ayuda al prójimo o a quien lo necesita. Desarrollando en lo posible una ayuda comprometida, decidida y permanente. Dicha ayuda implica también denunciar y no ser parte o cómplice de ningún tipo de exclusión, y justicia, opresión política y económica.

d) ESCUCCHAR PARA COMPRENDERSE: Desarrollar la escucha y el diálogo sin ceder al fanatismo, a la maledicencia, o rechazo al prójimo. No coactar la libertad de expresión ni el derecho a la defensa sincera de las convicciones o intereses personales, respetando toda diversidad o alteridad.

e) PRESERVAR EL PLANETA: No atentar y más bien preservar todas las formas de vida así como el equilibrio ecológico del planeta. como el Papa Francisco nos exhorta en su Encíclica “Laudato Si” que nos llama a cuidar la casa común practicando una conversión ecológica que parta de cada ser humano habitante de nuestro planeta.

f) REINVENTAR LA SOLIDARIDAD: Aunar esfuerzos para el desarrollo de la comunidad. Alentando y dando oportunidad a la participación de las mujeres o cualquier minoría. Respetando los principios democráticos y buscando nuevas y efectivas formas de solidaridad

El conciliador no sólo practicaría estas actitudes éticas sino que con su función conciliatoria haría una pedagogía de ellos. Como se aprecia la cuarta actitud con la que cultivamos la paz nos sitúa en el centro de la conciliación: ***Escuchar para comprenderse.***

Hoy en día, a inicios del siglo XXI, debemos pensar y estar convencidos que la paz está a nuestro alcance , para ello debemos cambiar la percepción del conflicto personal o social, el conflicto no es algo a eliminar, sino una oportunidad para mejorar actitudes, conductas y situaciones para ayudar a adquirir habilidades sociales que permitan resolver los conflictos de manera no violenta, ayudar a los más jóvenes a reconocer, nombrar y expresar sus emociones, ayudar a los jóvenes a desarrollar, reconocer y utilizar su empatía de modo que perciban en todo momento personas; es decir, hermanos, en vez de extranjeros, miembros de otra etnia, religión, grupo; Informar del sufrimiento que tienen que soportar millones de personas del mundo a causa de la pobreza, la persecución política o religiosa, por su origen étnico, su tendencia sexual, por el hecho de ser mujer, por el hecho de ser niña o niño.

CONCLUSION

Precisamente tenemos con la Conciliación, la oportunidad de convertirnos en agentes activos de una cultura de paz, de nuestras vidas, de nuestro entorno, de nuestra sociedad. Indaguemos más sobre ella, su naturaleza, sus características, sus efectos y sus ventajas frente a la judicialización del manejo de los conflictos, aprendamos maduramente a tomar decisiones para lograr un equilibrio en la dinámica de las relaciones personales y sociales, pues la paz debe ser fundada en la justicia y la libertad

En resumen nos toca a todos nosotros como muy bien lo ha precisado nuestro Padre Rector y específicamente en nuestra universidad, educar a nuestros alumnos y a toda persona con la que nos relacionamos, en la responsabilidad, en el conocimiento y la conciencia de que nuestros actos y nuestras decisiones afectan a terceros **EDUCAR PARA LA PAZ significa** ayudar a desarrollar un efectivo amor y respeto por la vida, ayudar a comprender que la naturaleza es nuestro ser primigenio y que es responsabilidad de cada uno de nosotros protegerla. Cuando educamos para la paz nos integramos en un proceso dirigido por la conciencia, la voluntad y el amor a lo que somos y estamos llamados como hijos de Dios.

BIBLIOGRAFÍA

COTO, José Luis. **Manual de procedimiento de conciliación extrajudicial**. Lima, CECONORTE, 2001.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA-Revista **Bibliotecal**. Año 2, No 3, noviembre del 2001, Lima-Perú.515-523.

JENKINS, David. **Mediando casos complejos de partes múltiples**. San Francisco, 1992.

ORMACHEA Choque, Iván-**Manual de Conciliación-Instituto Peruano de Resolución de Conflictos, Negociación y Mediación** (IPRECON), Lima Perú.1999.

RAIFFA Howard, "El arte de Negociar y Estrategia para la Toma de Decisiones con Howard Rafia. Lima, 09 de abril de 1997", Lima, Perú: Conflicto Management y Asociación Peruana de Negocios, Arbitraje y Conciliación (Apenac) ,1997.

SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. **La Conciliación Judicial y Extrajudicial**, Ediciones Forenses, lima 1998.

SINGER, Linda. Resolución de conflictos. **Técnicas de actuación en los ámbitos Empresarial, familiar y legal**. Buenos Aires, Paidós, 1996.

STEIN Christian, "**Manual de Capacitación en Técnicas de Negociación y Conciliación**", Cámara de Comercio de Lima, abril 1998.

SUARES, Marines. Mediación. **Conducción de disputas, comunicación y técnicas**. Buenos Aires, Paidós, 1996.

LEGISLACIÓN OBRE CONCILIACIÓN.2ª Edición Oficial: Enero 2000 Ministerio de Justicia,
Dirección Nacional de Asuntos Jurídicos

EL DERECHO A LA VIDA: UN ESTUDIO REFERIDO AL HOMICIDIO PIADOSO EN EL DERECHO PENAL PERUANO¹

Cristhian Alexander Cerna Ravines²

RESUMEN

El autor objeta el concepto de bien jurídico vida en el Derecho Penal, analizando las contradicciones que genera el mismo cuando entra en contraposición con el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y a la Dignidad, cuestiones consagradas en la Constitución Política del Perú y diversos textos normativos internacionales; sugiriendo la derogación del tipo penal contemplado en el artículo 112 del Código Penal referente al Homicidio Píadoso o Eutanasia, lo que repercute en una sociedad con menor punitivismo y mayor paz social.

Marco Normativo:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos: art. 3.
- Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre: art. 1.
- Constitución Política del Perú: arts. 1 y 2.
- Código Penal: art. 112.

Palabras Clave: Libre Desarrollo de la Personalidad / Dignidad / Homicidio Píadoso / Eutanasia.

INTRODUCCIÓN

Usualmente podemos oír que el Derecho surge como herramienta necesaria para lograr una convivencia armoniosa y la paz social; cuestión que es necesaria y fundamental, la misma que se puede lograr sí y sólo si se respeta a la persona y a su dignidad de modo tal que sea el punto de partida y a la vez el punto de llegada de cualquier construcción humana.

La Constitución Política del Perú consagra en el artículo 1° que “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad

¹ Artículo basado en el artículo con el mismo nombre publicado en el Tomo 95 de la Revista Jurídica “Gaceta Penal y Procesal Penal”, edición de mayo de 2017.

² Bachiller por la Universidad Nacional de Cajamarca. Asistente de Coordinación Académica del Programa de Actualización y Perfeccionamiento de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación de Derecho Penal y Criminología “Ius Puniendi”.

y del Estado”; de lo que se desprende que, todo el ordenamiento jurídico debería basarse en aquel precepto, respetando la dignidad de la persona y manteniendo la vida de la misma en condiciones adecuadas.

Por lo mencionado, toda rama del Derecho, sin excepción, se encuentra ligado a dicha exigencia constitucional, siendo así, el Derecho Penal deberá respetar estrictamente lo establecido en la Norma Fundamental.

En base a la dignidad, libertad y vida de las personas, ha existido y existe un intenso debate penal en torno a si la persona puede disponer de su vida o si por el contrario la vida es indisponible por su titular; las primeras posturas se basan en la libertad y dignidad humana básicamente, las segundas, en cuestiones que en muchos casos escapan a lo netamente jurídico. Sea cual sea la posición, todas ellas estudian el denominado Homicidio Piadoso – artículo 112° del Código Penal Peruano – o también llamado “eutanasia”.

En este trabajo intentaremos hablar en primer lugar sobre el Derecho a la Vida, su concepción dentro del Derecho Penal nacional y si aquella es coherente con el contenido de libertad y dignidad exigido por la Constitución Política del Perú para luego analizar cómo debería tratarse el tema del Homicidio Piadoso en nuestro país.

I ALCANCES GENERALES DEL BIEN JURÍDICO VIDA Y SU PROTECCIÓN PENAL

1 EL DERECHO A LA VIDA EN LAS NORMAS INTERNACIONALES Y NACIONALES

Los derechos humanos, como menciona la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, son “inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”³. De lo expresado se entiende que los derechos humanos son inseparables del ser humano, que justamente por esa misma naturaleza humana los detenta, existiendo una extensa gama que le son conferidos a cada individuo, entre ellos, de los más importantes, sino el más importante, el derecho a la vida.

El Derecho a la Vida se encuentra recogido en diversos instrumentos normativos internacionales, los que brindan respaldo y seguridad al ejercicio del mismo. Es así que el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos

³ En: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx> [consultado: el 16 de Mayo de 2016].

Humanos menciona taxativamente al Derecho a la Vida.⁴, casi del mismo modo la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el artículo 1° recoge el derecho a la vida de todo ser humano⁵.

De modo más explícito la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce el derecho a la vida que posee cada individuo⁶, señalando como principal cuestión a resaltar que aquel derecho implicará, dentro de sus dimensiones, a que nadie sea privado de la vida arbitrariamente; el término “arbitrariamente” nos hace saber que en ocasiones se podrá privar de la vida a un sujeto de manera no arbitraria o, por decirlo de otro modo, amparada por el derecho, llámese legítima defensa, estado de necesidad exculpante, e incluso, tema que defendemos y es materia de este trabajo, cuando medie el consentimiento del titular de aquel derecho en circunstancias de padecimiento de una enfermedad terminal e incurable que provoque sufrimientos inhumanos en la persona.

No sólo los organismos internacionales consagran el Derecho a la Vida sino también lo hace la Constitución Política del Perú, en su artículo 2°⁷, pero además, es importante mencionar que junto al derecho a la vida, también señala el derecho al libre desarrollo de cada individuo, asunto que más adelante será tratado para fundamentar la tesis que postularemos.

El máximo intérprete de la Constitución, ha señalado con respecto al derecho a la vida que “es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No sólo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico”⁸, y como también menciona el Tribunal Constitucional, el derecho a la vida no puede estar alejado de la dignidad⁹, la dignidad nutre y da sentido a aquel derecho. En tal sentido, resulta imprescindible una vida digna para que se pueda entender de manera plena al derecho a la vida.

De lo dicho hasta el momento podemos decir que el Derecho a la Vida se encuentra protegido en nuestro país y además este derecho debe estar ligado de modo inseparable al Libre Desarrollo de la Personalidad y a la Dignidad Humana.

⁴ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo 3°: “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

⁵ Artículo 1°.- “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”.

⁶ Artículo 4° inciso 1.-“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”.

⁷ Artículo 2° inciso 1.- “Toda persona tiene derecho.- << A la vida, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece >>”

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 06057-2007-PHC/TC.

⁹ “La dimensión material del derecho a la vida guarda especial conexión con la dignidad humana como base del sistema material de valores de nuestro sistema jurídico”, fundamento 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0489-2006-PHC/TC.

2 LA VIDA PARA EL DERECHO PENAL PERUANO

Como vimos, el Derecho a la Vida se encuentra recogido por diversos instrumentos internacionales y por la Constitución Política del Perú, por lo que, el Estado Peruano debe garantizar la protección de aquel derecho mediante todas las instancias pertinentes, siendo una de ellas, el Derecho Penal, ello cuando se ataque del modo más grave a la vida, entendiendo vida ya como bien jurídico, por lo que “los ataques leves a los bienes jurídicos deben ser atendidos por otras ramas del Derecho o por otras formas de control social”¹⁰. Es decir que, el Derecho Penal protegerá al Derecho a la Vida o al bien jurídico vida para el caso, sólo de los cuando la acción realizada implica tal gravedad que legitime la imposición de una pena, por la naturaleza de esta rama del Derecho.

En ese sentido y buscando proteger a la vida, el Código Penal Peruano vigente, recoge, en el Título I, los Delitos contra la Vida, el Cuerpo y la Salud; y en el Capítulo I, al Homicidio, en todas sus modalidades.

En referencia a aquella protección y centrándose en que entiende el Derecho Penal por vida, Nelson Salazar señala que:

tal como lo reconoce la doctrina extranjera dominante, consideramos que el bien jurídico protegido en los delitos de homicidio es la vida humana independiente. No obstante, un sector minoritario, pero importante, considera que también se protege la autodeterminación del sujeto por considerar que, como consecuencia del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, el objeto de tutela no es la vida como realidad biológica, sino como conjunto de facultades de decisión y disposición que el sujeto tiene sobre la misma.¹¹

En el mismo sentido se expresa Salinas cuando menciona que en los delitos de homicidio “Se pretende tutelar la vida humana independiente, entendida desde la perspectiva natural y biológica.”¹².

De lo señalado por aquellos autores peruanos, se puede entender que en la doctrina nacional se protege a la vida desde una perspectiva biológica, a decir de esta concepción, implica que la vida viene a ser un “fenómeno biológico, que abarca varios aspectos. Así existe el meramente celular. Hállense, además, las funciones

¹⁰ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal Parte General”, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009, p. 93.

¹¹ SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, “Tratamiento del homicidio en el Código Penal Peruano”, en Actualidad Jurídica, Tomo 138, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, p. 276.

¹² SALINAS SICCHA, Ramiro, “Derecho Penal Parte Especial”, 3ra Ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008, p. 11.

fisiológicas y las químicas.”¹³; en otras palabras, el bien jurídico vida, en este caso vida humana independiente, para el derecho penal importa aquel proceso biológico que surge a partir del parto hasta el cese de la actividad cerebral, no tomándose en cuenta la autovaloración que realice el titular de aquel bien jurídico sobre su propia vida. Ello conlleva a que, se considere a la vida como un bien jurídico indisponible oponible a terceros; es decir, que:

el ejercicio de este derecho no puede afectar a otras personas; el derecho que una persona tiene a quitarse la vida no se traduce en un derecho a morir exigible erga omnes. Así como el sistema jurídico permite disponer de la propia vida, obliga a respetar la de los demás, por lo que prohíbe realizar actos que lesiones o favorezcan la lesión de la vida ajena.¹⁴

Reflejo de la postura que adopta nuestro Código Penal Peruano son las conductas tipificadas en los artículos 112° y 113° del citado cuerpo normativo, nos referimos al Homicidio Piadoso y a la Instigación o Ayuda al Suicidio, respectivamente.¹⁵¹⁶ en donde se sanciona la intromisión o participación de terceros en la decisión del titular del bien jurídico de finiquitar su propia vida, evidentemente en distintas circunstancias según sea el tipo penal.

3 PROBLEMAS QUE GENERA EL CONCEPTO CLÁSICO DE BIEN JURÍDICO VIDA EN REFERENCIA AL HOMICIDIO PIADOSO

3.1 HOMICIDIO PIADOSO

El homicidio piadoso para el derecho penal peruano o conocido también como eutanasia, implica el matar a otra persona, ya sea mediante una acción (eutanasia activa) o una omisión (eutanasia pasiva), motivado por móviles piadosos, cuando aquella esté padeciendo una enfermedad terminal o incurable, y que aquella

¹³ MARTINEZ ACOSTA, Carlos Dario y Andrés UMPRIMNY YÉPES, “*El Feto Humano*”. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984, p. 31.

¹⁴ AZZOLINI BINCAZ, Alicia Beatriz, “Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?”, en *Eutanasia – Aspectos Jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 9.

¹⁵ Artículo 112.- “El que, por piedad, mata a un enfermo incurable que le solicita de manera expresa y consciente para poner fin a sus intolerables dolores, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años”.

¹⁶ Artículo 113.- “El que instiga a otro al suicidio o la ayuda a cometerlo, será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. La pena será no menor de dos ni mayor de cinco años, si el agente actuó por un móvil egoísta”.

enfermedad le genere sufrimientos tales que hagan intolerable tal situación, todo ello siempre que la persona enferma solicite tal accionar de modo expreso, indubitante y consciente.

Cabe destacar algunos puntos importantes, en el delito de Homicidio Piadoso, i) deberá existir una persona que efectivamente tenga una enfermedad incurable, enfermedad que deberá ser determinada por un médico que habrá de utilizar procedimientos serios para ello, ii) la persona que padece la enfermedad deberá hacer notar su voluntad de terminar con su vida de manera que no quede duda de ello, mediando libertad de decisión, es decir sin ningún vicio en su voluntad y iii) que el móvil por el cual actúe quien prive de la vida al sujeto pasivo deberá ser uno piadoso.

Este delito, como ya se ha mencionado antes, surge para proteger la vida bajo la concepción que se tiene de aquel bien jurídico en el derecho penal; ahora bien, cabe preguntarse si es correcta la concepción de bien jurídico vida atendiendo a las circunstancias particulares que rodean al homicidio piadoso, al derecho al libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

3.2 PROBLEMAS DEL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO VIDA EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO REFERIDO AL HOMICIDIO PIADOSO

Tomando en cuenta el bien jurídico vida y a su indisponibilidad en referencia a terceros, en particular sobre del homicidio piadoso, hemos identificado dos problemas concretos y contundentes que surgen en un Estado como el nuestro, los cuales se contraponen en específico al Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y a la Dignidad de la Persona.

3.2.1 Libre Desarrollo de la Personalidad

El Tribunal Constitucional considera al Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad como:

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.¹⁷

¹⁷ Sentencia recaída sobre el Expediente N° 2868-2004-AA/TC.

Este derecho, menciona también la Corte Constitucional Colombiana:

protege la capacidad de las personas para definir, de forma autónoma, las opciones vitales que habrán de guiar el curso de su existencia. (...) el derecho al libre desarrollo de la personalidad presupone, en cuanto a su efectividad, que el titular del mismo tenga la capacidad volitiva y autonomía suficientes para llevar a cabo juicios de valor que le permitan establecer opciones vitales conforme a las cuales dirigirá su senda existencial.¹⁸

Teniendo una noción de que se entiende por el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad podemos mencionar que, como señalamos en el punto 1 de este trabajo, la Constitución Política del Perú consagra en el mismo artículo que el Derecho a la Vida, al Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad, por lo que debemos entender que ambos derechos están íntimamente relacionados, máxime cuando existe el Principio de Unidad de la Constitución, que como señala el Tribunal Constitucional, implica que “la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un “todo” armónico y sistemático”.¹⁹

Siendo así, considerar al bien jurídico vida como una cuestión meramente biológica, sin dotarlo del contenido de la libertad inherente a ella, atenta contra lo establecido de modo expreso en nuestra Norma Fundamental; por lo que no parece coherente, cuando existan condiciones que lo ameritan – caso del homicidio piadoso –, limitar aquel bien jurídico en un mero proceso biológico sobre el cual el individuo no puede decidir para poner fin a una vida que se torna contraria al desarrollo libre de su personalidad y sus expectativas de vida; haciendo de ese modo, que el Estado sea quien decida por él, cuando dadas las circunstancias, esa decisión, en estricto, sólo le compete al titular de aquel bien jurídico.

3.2.2 Dignidad Humana

Castromil, interpretando lo postulado por Dworkin, señala dos dimensiones de la dignidad humana:

El primer principio o principio del valor intrínseco sostiene que la vida humana tiene un valor objetivo. El éxito o fracaso de una persona (de cualquiera de nosotros) es algo que tiene importancia en sí mismo, es una cuestión axiomática (...). El segundo principio o principio de la responsabilidad personal está más relacionado, en cambio, con la libertad. Cada cual tiene la responsabilidad de conseguir para sí una

¹⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Unificación SU 642/98.

¹⁹ Sentencia recaída sobre el Expediente N° 5854-2005-AA/TC.

vida plena, así como el libre discernimiento de en qué consiste una existencia que merezca la pena ser vivida con plenitud. Es, en fin, la libertad para ejecutar decisiones tendentes a la autorrealización²⁰

Es interesante destacar el principio de la responsabilidad personal que informa a la dignidad desde este punto de vista, que por cierto compartimos, debido a que consideramos que existen circunstancias en las que aquella “vida plena” se ve amenazada – circunstancias que aparecen claramente en el homicidio piadoso- , y es allí donde se tiene que dejar en el ámbito personal de cada individuo la decisión de continuar o no viviendo en tales condiciones, y de ser el caso que considere que no se encuentra en condiciones de una vida plena y por lo tanto una vida digna, entonces poder darle herramientas para que materialice la decisión de acabar con su vida, en pro del respeto a la dignidad.

Lo dicho suele verse en casos de pacientes con enfermedades incurables que generan sufrimientos intolerables, y no pueden realizar actos tendentes a acabar con su vida por sí solos; creemos que allí se ve justificada la necesidad de permitir el ejercicio de la eutanasia activa o pasiva con consentimiento del titular del bien jurídico vida, sólo así se podrá evidenciar un verdadero respeto a dignidad humana; rechazando así, sanciones a personas que bajo el consentimiento del titular del bien jurídico, actúan con fines altruistas.

Es importante resaltar lo dicho por la Corte Constitucional Colombiana al manifestar que:

la decisión de cómo enfrentar la muerte adquiere una importancia decisiva para el enfermo terminal, que sabe que no puede ser curado, y que por ende no está optando entre la muerte y muchos años de vida plena, sino entre morir en condiciones que él escoge, o morir poco tiempo después en circunstancias dolorosas y que juzga indignas. El derecho fundamental a vivir de forma digna implica entonces el derecho a morir dignamente (...).²¹

Lo dicho por la Corte Constitucional Colombiana es absolutamente cierto, en el caso del homicidio piadoso, no existe una elección entre una vida digna y plena o morir, sino que la elección se da entre dos tipos de muertes, la primera, una muerte que el enfermo incurable considera digna ya que la vida que lleva no está acorde a

²⁰ CASTROMIL, Antón, “La democracia posible. Principios para un nuevo debate político”, Unidad de Investigación EGAP, Barcelona, 2008, p. 222.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-239/97.

sus expectativas de vida, o la segunda, que es una muerte dolorosa e inevitable, es decir, una muerte indigna.

El imposibilitar a un individuo tomar la decisión de terminar o no con su vida en esas situaciones, será hacer víctima del sistema jurídico estatal a una persona que ya es víctima de una enfermedad que lo aqueja e impide gozar del derecho a la vida en las condiciones que consagra la Constitución Política del Perú.

Y además, mantener el homicidio piadoso como una conducta punible, implica sancionar a una persona que, movida por móviles de piedad y solidaridad, actúa bajo el consentimiento del titular del bien jurídico, que como repetimos, en estos casos el consentimiento que ejerce aquel deberá considerarse en pro del respeto de los derechos consagrados en la Norma Fundamental y, como mencionamos al inicio de este trabajo, en diversos instrumentos internacionales que buscan proteger al ser humano.

4 UNA PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DE LA VIDA COMO UN BIEN JURÍDICO TUTELADO E IMPLICANCIA EN EL DERECHO PENAL NACIONAL

Sin intenciones de extendernos más allá de lo que el tema amerita, podemos señalar que el concepto de bien jurídico vida en el Derecho Penal Peruano debería tomar otro rumbo para así evitar cometer aquellos errores advertidos en el punto anterior con respecto al Homicidio Piadoso.

Siendo tal, la vida para el derecho penal, deberá dejar de lado el criterio meramente biológico y corresponderá ir acorde al Derecho de la Libre Determinación de la Personalidad y a la dignidad; debemos en estos casos, abandonar el clásico entendido de bien jurídico vida y evolucionar a darle una dosis de libertad y dignidad a la vida, o quizá en palabras más correctas, darle aquella dosis a la muerte, a la muerte digna elegida por una persona.

Por ende, el delito de homicidio piadoso contemplado en el artículo 112° el Código Penal, deberá derogarse, ya que, como se ha mencionado, existen condiciones en las cuales se amerita que la disponibilidad de la vida abarque a terceras personas dentro del consentimiento del titular del derecho, cuando una tercera persona sea estrictamente necesaria para poder ejecutar la decisión tomada por el enfermo incurable, que al emitir su consentimiento no cabría problema para quien coadyuva en el respeto a aquella decisión, no existiría una intromisión en la libertad amparada por las circunstancias que rodean al evento desafortunado, ya que como menciona el profesor Meini:

“la intervención penal se legitima si y solo si el comportamiento prohibido es una intromisión no autorizada en el esfera de libertad jurídicamente garantizada de un tercero. Sin este requisito de legitimación, aun cuando el comportamiento en cuestión agite los más profundos sentimientos morales y religiosos, el derecho penal no está autorizado a intervenir”²².

5 PROPUESTA Y PAZ SOCIAL

En la línea de lo expuesto en el apartado anterior, es evidente que el Derecho penal debe tener siempre una intervención mínima entre los ciudadanos, debido a que su uso excesivo provoca cuotas de violencia institucionalizadas que van en desmedro de la paz social.

En ese sentido, el respeto de la dignidad humana, de derechos fundamentales como el libre desarrollo de la personalidad y todas las libertades conexas, armonizan la convivencia en sociedad y por consiguiente, aumentan los niveles de paz social, necesaria en nuestro país.

CONCLUSIONES

Podemos señalar que el derecho a la vida se encuentra protegido por distintas normas internacionales y nacionales, teniendo un contenido que debe estar acorde a la libertad y dignidad

Además, el concepto tradicional del bien jurídico vida en el Derecho Penal Peruano tiene un contenido netamente biológico, concepto que para ser coherentes con la Constitución Política del Perú debe cambiar cuando las circunstancias extremas lo ameriten; aquellas circunstancias son las que se presentan en el Homicidio Piadoso o eutanasia, por ende deberá ser irradiado por el derecho a la libre determinación de la personalidad y por la dignidad humana, haciendo posible que un tercero ayude a la ejecución del enfermo que padece dolores insufribles a causa de una enfermedad incurable determinada adecuadamente.

Ello desemboca en la derogación del artículo 112° del Código Penal, que contempla al Delito de Homicidio Piadoso, consiguiendo menor intervención en sociedad del Derecho Penal, aumentando de manera necesaria los niveles de paz social y bienestar común.

²² MEINI, Iván, “Lecciones de Derecho Penal – Parte General, Teoría Jurídica del Delito”, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, p. 26 – 27.

BIBLIOGRAFÍA

AZZOLINI BINCAZ, Alicia Beatriz, "Intervención en la Eutanasia: ¿Participación Criminal o Colaboración Humanitaria?", en **Eutanasia – Aspectos Jurídicos, filosóficos, médicos y religiosos**, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.

CASTROMIL, Antón, "**La democracia posible. Principios para un nuevo debate político**", Unidad de Investigación EGAP, Barcelona, 2008.

MARTINEZ ACOSTA, Carlos Dario y Andrés UMPRIMNY YÉPES, "**El Feto Humano**". Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1984.

MEINI, Iván, "**Lecciones de Derecho Penal – Parte General, Teoría Jurídica del Delito**", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.

SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, "**Tratamiento del homicidio en el Código Penal Peruano**", en Actualidad Jurídica, Tomo 138, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

SALINAS SICCHA, Ramiro, "**Derecho Penal Parte Especial**", 3ra Ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima, 2008.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "**Derecho Penal Parte General**", Editora Jurídica Grijley, Lima, 2009.

DERECHO HUMANO DE ACCESO A INTERNET COMO MEDIO PARA PROMOVER LA PAZ¹

Jordy Arcadio Ramírez Trejo²

"Pertenezco a una generación que quiso cambiar el mundo, fui aplastado, derrotado, pulverizado, pero sigo soñando que vale la pena luchar para que la gente pueda vivir un poco mejor y con un mayor sentido de igualdad."

José Mujica

RESUMEN

En el presente trabajo el autor busca las nuevas formas de promover la paz a través de Internet, como esta herramienta ha ido evolucionando a pasos agigantados y con ella nace el derecho humano de acceso a internet. Asimismo, el autor señala proyectos que vinculan a la promoción de la paz y el acceso a esta herramienta.

Palabras clave: Internet, paz, acceso a internet, políticas públicas, proyecto.

INTRODUCCIÓN

Alguna vez se imaginaron con acceder a tanta información como lo hace hoy esta gran invención del siglo pasado denominada Internet.

En el presente trabajo identificaremos las formas de promover la paz a través de una de las plataformas más importantes en el presente, internet, en base al acceso de internet como derecho humano.

Por ello, nuestra preocupación en mencionar el acceso a internet como derecho humano y dentro de ella tratar sobre la historia de internet como una forma de identificar los inicios de esta importante tecnología, no podemos ser ajenos a

¹ A mis padres Arcadio Ramírez y Norma Trejo.

² Estudiante de cuarto año de Derecho en la Universidad Nacional Federico Villarreal, egresado en Computación e Informática por el Instituto Carlos Cueto Fernandini, Miembro de la Revista de Derecho Sociedad Jurídica, co-fundador y ex director general de Student Tech Club – CCF, co-fundador y socio de Sociedad de Debate UNFV. Ha sido Parlamentario Joven en la Región Áncash (2017). joramireztrejo@gmail.com.

como al avance tecnológico y con ella las nuevas formas de ver el derecho en esa línea también nos toca hablar sobre la Organización de la Naciones Unidas y el acceso a internet, el contexto en la que se da y como es que se da este novedoso derecho al acceso a internet, por último es este apartado nos toca también abocarnos e ingresar al contexto peruano y como hasta la actualidad se ha visto al internet desde su llegada.

Luego, nos toca abordar a cerca de internet y la promoción de la paz en este apartado ingresaremos a ver a internet como una nueva forma de integración en ella también comentaremos los proyectos relacionados a internet y la promoción de la paz, además de internet sin fronteras, muros y por el contrario revisar cómo internet es una forma de unir pueblos de crear puentes entre diversos países.

Asimismo, ya para finalizar ingresaremos al punto importante del presente trabajo la cual es cómo fomentar la paz desde un espacio virtual como es internet, dentro de la misma tocaremos temas como nuevas formas de diálogo multinevel, y otro de los puntos importantes para la promoción de la paz a través de internet es la accesibilidad a esta herramienta y si está se da de manera equitativa.

Así, de alguna manera buscamos mediante el presente trabajo buscar nuevas formas de promover la paz es este mundo que hoy se aplaca en guerras, desastres naturales, violencia hacia un determinado grupo y las brechas socioeconómicas. Por ello, este es un inicio de una investigación ardua el uso de nuevas tecnologías para la promoción de la paz.

1 ACCESO A INTERNET COMO DERECHO HUMANO

1.1 HISTORIA DE INTERNET

Las primeras descripciones sobre lo que en algún momento sería INTERNET, fue por parte del investigador del MIT Joseph Carl Robnett Licklider en 1962 ello en base a ciertos memorandos escritos por él mismo; donde describe su concepto de “Red galáctica”. Imaginó un conjunto de ordenadores interconectados globalmente, a través de los que todo el mundo podría acceder rápidamente a datos y programas desde cualquier sitio³. Lo que hoy identificaríamos como Internet de hoy en día.

³ Barry M. Leine y otros. (2000). “Breve historia de internet”. Internet Society. Recuperado de <https://www.internetsociety.org>

La data nos indica que Estados Unidos consigue conectar por vía telefónica dos ordenadores ubicados a miles de kilómetros, esta fue uno de los primeros acercamientos a lo que hoy en día denominaríamos Internet.

Más tarde, desde DARPA (siglas en inglés de Agencia de Proyectos de Investigación Avanzados de Defensa) donde nace un plan para ARPANET, un proyecto militar diseñado para que las comunicaciones de los sistemas de defensa no se interrumpiesen, ni tan siquiera en el supuesto de un ataque nuclear, así esta se convirtió en lo que hoy conocemos como INTERNET; este nuevo proyecto, internet, se basó en la idea de que habría múltiples redes independientes con un diseño bastante arbitrario, empezando por ARPANET como red pionera de conmutación de paquetes, pero que pronto incluiría redes de paquetes satélite, redes terrestres de radiopaquetes y otras redes.

El Internet de hoy en día plasma una idea técnica subyacente fundamental, que es la de red de arquitectura abierta, la cual consiste en que se un usuario podía elegir y hacerlo trabajar con otras redes para su mejor funcionamiento, hasta ese momento se utilizaba un solo método de federar redes.

Después el Laboratorio Europeo de Física de Partículas (CERN) desarrolla el concepto de World Wide Web (WWW) y el sistema de información hipertextual.

El boom del uso de internet comercial se da a partir de 1995, han pasado cerca 50 años desde los primeros conceptos o apariciones de internet. Esta herramienta se ha convertido en una de las más importantes en el mundo actual, usada no solo por personas naturales para poder conectarse con otro grupo de personas, sino también por parte de empresas privadas y hasta el mismo estado.

Podemos decir que internet es una de las invenciones más importantes del siglo XX, la importancia de esta herramienta se encuentra en que cualquier persona en donde se encuentre puede conectarse con otro lado del mundo en el mismo momento y tiempo. Los cambios actuales en internet son de mucha importancia tales como comercio electrónico, el uso de redes sociales como medio de comunicación trajo consigo que se pueda ver otros tipos de uso por ejemplo la promoción de la paz.

1.2 ONU Y EL ACCESO A INTERNET

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) en el 2011 declaró el acceso a internet como un derecho humano por ser una herramienta que favorece al crecimiento y al progreso de la sociedad, ello lo podemos notar en las palabras de Frank La Rue, relator especial de la ONU, quien en un comunicado de prensa luego de esta declaración indicó que “La única y cambiante naturaleza de internet no sólo permite a los individuos ejercer su derecho de opinión y expresión, sino que también

forma parte de sus derechos humanos y promueve el progreso de la sociedad en su conjunto”⁴.

En esa misma, nos compete presentar primero como los avances científicos y tecnológicos traen consigo nuevas formas de ver el derecho; ello se desprende desde el uso de internet por ejemplo envíos de correos, uso de redes sociales que han contribuido en los derechos fundamentales como el acceso a la información, libertad de pensamiento, libertad de asociación, derecho a la educación, a la salud. Sin embargo, no somos ajenos a la realidad y manifestamos que el uso de esta nueva tecnología trajo consigo que se vulneren otros derechos tales como a la privacidad o a la intimidad.

Ahora, las tecnologías representan o continúan a representar, un desarrollo de las libertades; más bien, las libertades han podido crecer y ampliarse significativamente hacia nuevas fronteras de la actuación humana propia gracias al progreso tecnológico⁵. Sin embargo, bajo esta premisa cabe indicar que internet no solo promueve libertad, esto debido a que la tecnología puede ser usada por personas buenas, así como por personas malas, por gobernantes demócratas como gobernantes déspotas, tal es el caso de China que ha bloqueado diversas páginas de redes sociales e crearon su propio buscador que de alguna manera censuran ciertas palabras de búsqueda. Los países democráticos han promovido el uso de internet como forma de promoción de libertad, libre comunicación, acceso a internet en zonas alejadas ello se refleja en la sentencia número 12790-2010 de la sala constitucional de costa rica⁶.

Así mismo, la Unión Europea en el 2008 determinó que: Internet es una vasta plataforma para la expresión cultural, el acceso al conocimiento y a la participación democrática en la creatividad europea, que crea puentes entre generaciones en la sociedad de la información, y consecuentemente, es importante evitar la adopción de medidas contrarias con los derechos civiles, los derechos humanos y con los principios de proporcionalidad, eficacia y disuasión, como la interrupción del acceso a internet.

Como bien lo indicamos en la primera parte de este apartado, las Naciones Unidas reconoce el acceso a internet como un derecho humano

⁴ *El acceso a Internet, un derecho humano según la ONU.* (9 de junio de 2011). CNN en español. Recuperado de <http://cnnespanol.cnn.com/>

⁵ Miranda, Haideer. (2016). *El acceso a internet como derecho fundamental.* Revista Jurídica IUS Doctrina, N° 15, pag. 6.

⁶ La resolución en cuestión es de particular interés en la presente investigación, pues la Sala Constitucional reconoció el acceso a internet como un derecho fundamental utilizando para ello derecho comparado donde se citó una sentencia extranjera del Consejo Constitucional de Francia.

En este sentido, en el informe denominado tendencias claves y los desafíos que enfrenta el acceso a internet como derecho universal, el relator especial en la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión de las Naciones Unidas, Frank La Rue, señaló que:

Pocas apariciones de nuevas tecnologías de la información, por no decir ninguna, han tenido un efecto tan revolucionario como la creación de Internet. A diferencia de cualquier otro medio de comunicación, como la radio, la televisión y la imprenta, todos ellos basados en una transmisión unidireccional de información, Internet representa un gran avance como medio interactivo. De hecho, con la llegada de los servicios Web 2.0, integrados por plataformas de intermediación que facilitan el intercambio participativo de información y la colaboración en la creación de contenidos, los usuarios han dejado de ser receptores pasivos para convertirse en generadores activos de información. Estas plataformas son especialmente útiles en países donde no hay medios de comunicación independientes, pues permiten a los usuarios intercambiarse opiniones críticas y encontrar información objetiva. Además, los medios de comunicación tradicionales también pueden aprovechar Internet para ampliar enormemente su público a un costo nominal. En un plano más general, al permitir el intercambio instantáneo de información e ideas a bajo costo a través de las fronteras nacionales, Internet facilita el acceso a información y conocimientos que antes no se podían obtener, lo cual, a su vez contribuye al descubrimiento de la verdad y al progreso de la sociedad en su conjunto.

Indicar que uno de los instrumentos más importantes en la actualidad es el internet y como esta ha revolucionado la forma de modalidad de comunicación y como esta ha influenciado la economía, la política y el derecho. Superando a las otras formas de comunicación en poco tiempo.

Entonces, la ONU dio un paso agigantado a cerca declara el acceso a internet como derecho humano, aunque tiene aristas de la cuales se desprenden sobre las formas y como se dará acceso a internet para todas las personas.

1.3 PERÚ E INTERNET

El Perú hasta la fecha no ha sido a la evolución tecnológica, cabe indicar que según las cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) del año 2017 en nuestro un aproximado 52% de personas accedía a Internet de forma regular. Las cifras de acceso a internet han ido acrecentándose de manera que un 88% de personas usan internet para comunicarse; esta cifra es importante para el presente trabajo debido a que nuestra prioridad es identificar como mediante el acceso a internet podemos promover la paz; una cifra importante de los hogares de

la población rural peruana, 80%, tienen acceso a un celular⁷. Entonces podemos evidenciar que una forma de poder llegar a las personas es que estas personas además de tener un celular puedan también acceder a internet.

Los primeros años de Internet en el Perú estaba a cargo en gran parte por el sector privado, sin embargo, entre los años 2000 y 2003 se inició por parte del Estado el hecho de asumir un rol activo dentro del joven e incipiente ecosistema local⁸. En esta etapa se puede identificar dos cosas importantes: (1) Creación de la Comisión Multisectorial para el desarrollo de la Sociedad de la Información (CODESI) en el año 2010³, y (2) La creación en ese mismo año de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico (ONGEI), esta está adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) como un órgano gestor de las políticas en materia de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC)⁹.

Cabe recalcar, que en el Perú el uso y acceso a internet es de manera progresiva, esto no solo por parte del sector privado, sino que hoy en día el rol del estado es importante para con las nuevas tecnologías, ya es parte de los debates dentro políticas públicas y como pueden ser implementadas dentro de las diferentes entidades del Estado; sin embargo, la implementación normativa es deficitaria y en la mayoría de casos incongruente.¹⁰

Así mismo, es conveniente recalcar que diversas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales se encuentran hoy en el debate sobre Internet en el Perú, algo de mucha trascendencia y los espacios de debate se dan en las universidades, eventos académicos de las cuales podemos identificar que hay un avance por parte la sociedad civil en temas relacionados a las TIC.

2 INTERNET Y LA PROMOCIÓN DE PAZ

Internet es uno de los espacios que el mundo ha abrazado como una forma de desarrollo a nivel político, económico y social, y será momento de cuestionarnos si Internet es un espacio idóneo para promover la paz y es que la respuesta a ello está en los usuarios, como se dijo en un principio existen buenos y malos.

Por ello, internet es un medio adecuado para promover la paz, pero como todo tiene su lado negativo; es como el uso de celulares si bien cierto ello promueve una comunicación más eficiente sin embargo apreciamos que existe gran cantidad de extorsionadores por este medio que de hecho no compete a la telefonía móvil, sino a los usuarios.

⁷ INEI. "Estadísticas de las Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares", 2017.

⁸ Congreso de la República. "Una Mirada al Gobierno Electrónico en el Perú". 2013.

⁹ "La Voz de la Internet Peruana". (2017). Asociación Civil HIPERDERECHO. Pag. 6.

¹⁰ "La Voz de la Internet Peruana", op. cit. p. 7.

Así, podemos otorgar ejemplos como Internet y las nuevas tecnologías han sido utilizadas por defensores de la democracia y la paz:

Colombia, Venezuela y Perú: en cada país la población hizo uso de teléfonos móviles y las redes sociales como Facebook para coordinar protestas, transmitir fotos y videos de medidas de represión por parte de las autoridades.

2.1 INTERNET NUEVO ESPACIO DE INTEGRACIÓN

2.1.1 Proyectos

- *Proyecto Loon*

Uno de los proyectos más ambiciosos para promover la paz por medio Internet es el Proyecto Loon (Internet para todo el mundo con la tecnología de los globos) de la compañía Google, indican que “más de la mitad de la población mundial sigue sin tener acceso a Internet. El Proyecto Loon se compone de una red de globos que viaja sobre el límite con el espacio exterior. Está pensado para extender la conectividad a Internet a las personas que habitan áreas rurales y remotas en todo el mundo”¹¹.

“La aparición de Internet también ha acentuado las brechas económicas y sociales, las desigualdades en el mundo de hoy son más grandes que nunca y con ello se ha acrecentado la discriminación y la falta de oportunidades para las comunidades no conectadas”¹². Por ello, los proyectos nacen con un fin de poder evitar estas brechas sociales en el mundo y con esto promover Internet sin fronteras.

El objetivo de este proyecto es proporcionar conectividad a Internet en lugares de difícil acceso mediante una red de globos que sobrevuelan a 20 km de la superficie, este proyecto nace además con el fin de llevar conexión a más de 4,000 millones de personas que aún no tienen acceso a Internet. Desde que el proyecto comenzó, ya recorrió cerca de 19 millones de kilómetros en vuelos de prueba, y uno de los globos tiene el récord de permanencia en la estratósfera de 190 días.

- *¿Cómo funciona este proyecto?*

La conexión de Internet de alta velocidad se transmite al globo más cercano desde nuestro socio de telecomunicaciones en el suelo. Se retransmite a la red de globos y, luego, nuevamente a los usuarios en la Tierra. Se llegó a probar la transmisión de datos entre globos a más de 100 km de distancia en la estratósfera y

¹¹ Proyecto Loon. Recuperado de https://x.company/intl/es-419_es/loon/

¹² “La Voz de la Internet Peruana”, op. cit. p. 5.

de vuelta hacia las personas en el suelo con velocidades de conexión de hasta 10 Mbps, directamente a sus teléfonos con LTE.

Estos globos se diseñan y se fabrican a escala para soportar las condiciones en la estratósfera, donde los vientos pueden superar los 100 km/h y la atmósfera delgada ofrece poca protección contra la radiación UV y los cambios bruscos de temperatura.

El proyecto tomó los componentes fundamentales de las torres de telefonía celular y los rediseñó para que sean lo suficientemente livianos y resistentes para que un globo los pueda transportar a 20 km de altura en la estratósfera.

- *Proyecto Loon en Perú*

Este ambicioso proyecto fue probado en Perú durante los últimos acontecimientos de desastres naturales, se utilizó en Lima, Piura y Chimbote donde se repartieron 160 GB de datos.

"(...) hemos estado haciendo pruebas técnicas con los globos, trabajando con las redes de Telefónica; y vimos la situación [del fenómeno de El Niño costero] y decidimos ayudar. Justo nos encontrábamos en el vecindario, así que decidimos proveer este servicio"1113, explica Sal Candido, ingeniero de Proyecto Loon.

Este proyecto como podemos apreciar pudo funcionar el Perú durante los desastres naturales acaecidos en la época de verano.

Este proyecto aún se mantiene en prueba, sin embargo, notamos que ya en una primera prueba pudo funcionar. Entonces, podemos notar que este proyecto es uno de los medios para promover la paz, más aún en momentos como las que nuestro país vivió en el último verano.

2.1.2 Internet más allá de las fronteras

Internet es un espacio que no conoce muros, ni fronteras, ni barreras. Podemos apreciar que en los últimos tiempos a través de Internet nos hemos encontrado con otras realidades, conociendo diferentes culturas sin necesariamente presenciarlos.

Así, desde este medio hemos llegado a saber noticias sobre los diferentes acontecimientos mundiales tales como el caso de Venezuela, las guerras de medio oriente, conocer las políticas de otros países, etc.

¹³ Globos brindaron Internet a las zonas afectadas por El Niño costero. (17 de mayo de 2017). El Comercio. Recuperado de <http://elcomercio.pe/>

Sin irnos a otros países, Internet nos ha permitido conocer diversas realidades de nuestro país, también nos ha permitido conocer los problemas del país y como a través de este medio se abren los debates que puede ser recogido por un grupo de personas para poder dar alguna solución a los problemas.

Un claro ejemplo, mediante este medio hemos llegado a conocer cómo viven las personas en las épocas de friaje en lugares como Puno, Apurímac, Huancavelica. Además de conocer, como nuestras autoridades sean locales, provinciales, regionales y/o nacionales llevan a cabo sus políticas públicas.

Entonces, el beneficio que nos brinda es conocer nuevas realidades, abrir debates multinivel y con ello promover la paz desde la idiosincrasia de los pueblos.

2.2 ¿CÓMO PROMOVER LA PAZ?

Y es en este apartado donde nos referimos a las formas de como promover la paz mediante Internet.

2.2.1 Nuevos contenidos

Vivimos en un mundo en el que las guerras como tales están focalizadas en algunos puntos del planeta, sin embargo, consumimos de manera cotidiana información sobre las mismas. Los noticieros hablan a todas horas de la violencia, en la calle, en los estados, en otros países. Los programas en la televisión y los juegos en Internet promueven la violencia y los juegos con armas. Se enseña a los niños a jugar a matar, a ser narcotraficante, a planear ataques. La guerra y la violencia parecen generar mejores dividendos y ser más rentables que la promoción del equilibrio y la armonía.

Entonces, en Internet podemos encontrar esta información diversas noticias sean malas o buenas, los nuevos contenidos deben ir en forma de la promoción de la paz enfocada en niños, las formas de noticia deben cambiar o en su defecto cambiar los discursos evidenciando información que promueva la paz, así como el aplicativo de Facebook que busca que las personas que han estado en algún desastre natural o en algún atentado se manifiesten mediante esta red social que se encuentran bien.

La promoción de paz debe ir de la mano tanto con el acceso de internet como con los nuevos contenidos en la misma. Asimismo, estos nuevos contenidos deben ser promovidos por las entidades públicas, por el sector privado, por la sociedad civil y las universidades.

2.2.2 Generar accesibilidad y equidad

“El acceso a Internet puede entenderse como todos aquellos esfuerzos realizados por gobiernos y/o particulares para facilitar la conexión permanente a Internet de una población, lo que incluye no solo el despliegue de infraestructura, sino también la creación de capacidades en los usuarios para lograrla apropiación de esta tecnología”¹²¹⁴.

El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 señala que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión: este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones. De buscar y recibir información e ideas y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

Entonces, ¿Qué sucede con las personas, y las mujeres y niñas en particular, que no tienen acceso ni a la información ni a los diversos medios de expresión? ¿Qué importancia tiene no sólo el analfabetismo como lo conocemos, sino el analfabetismo digital en la participación social, política, económica y cultural de una sociedad?

Que se esperan los usuarios por parte del estado en una encuesta realizada por la ONG Hiperderecho consideraron importantes las siguientes propuestas: a) Exigir al estado que se comprometa a reducir la brecha digital y 2) Asegurar la accesibilidad de los contenidos web para las personas con discapacidad¹³¹⁵.

Reducir de las brechas digitales, probablemente sea el principal desafío en la tarea de garantizar el acceso a internet; sin embargo, esta tiene diversas aristas como las brechas económicas y sociales, de género o en su defecto las brechas generacionales.

Respecto a la segunda propuesta ya se viene trabajando por parte de la Oficina Nacional de Gobierno Electrónico – ONGEI, emitiendo resoluciones ministeriales promoviendo el acceso de internet a personas con discapacidad en entidades públicas.

CONCLUSIONES

- Conocer la historia de Internet es muy importante en el presente trabajo, ello debido a que nos abre un campo distinto hacia una nueva era. Este cambio tres

¹²¹⁴ “La Voz de la Internet Peruana”, op. cit. p. 15.

¹³¹⁵ “La Voz de la Internet Peruana”, op. cit. p. 16.

consigo diversas formas de apreciar la realidad y como hoy se encuentra presente en las diversas formas de comunicación. La importancia de la historia de internet está en ver cómo y para qué nace esta herramienta, asimismo encontrar la manera de mostrar cómo la Internet ha ido avanzando frente a las otras tecnologías. Cabe recalcar que la importancia también se encuentra en poder vincular de alguna manera el derecho e internet, es allí donde identificamos el derecho al acceso a internet como una forma de progreso social, político y jurídico en cuanto accesibilidad a esta herramienta.

- El presente trabajo, nos llevó a la reflexión sobre la realidad del internet en nuestro país y como hasta el momento está ha sido desarrollada a través de políticas públicas. Hemos podido notar que aún el avance es incipiente con confusiones pero que de alguna manera ya se abren los debates respecto a internet dentro del Estado, pero sí se resalta el trabajo de la sociedad civil en la promoción de internet como una forma alternativa de llegar a más lugares y de ella podemos desprender la promoción de la paz.

- Y si de promoción de la paz a través de internet se trata, era preciso señalar proyectos ambiciosos que buscan que personas que tienen dificultad de poder acceder a internet lo puedan hacer, por ello mencionamos el proyecto loon de Google que tiene como fin llegar a los lugares de difícil acceso a internet.

- Uno de los puntos clave del trabajo fue el cómo promover la paz mediante internet y de ella podemos indicar que la accesibilidad a esta herramienta es de vital importancia, porque como se mencionó el proyecto loon estuvo se probó en Perú durante los últimos desastres naturales y funcionó, porque las personas pudieron comunicarse a través de los globos del proyecto.

BIBLIOGRAFÍA

Barry M. Leine y otros. (2000). "Breve historia de internet". Internet Society. Recuperado de <https://www.internetsociety.org>

Congreso de la República. (2013). "Una Mirada al Gobierno Electrónico en el Perú".

CNN en español en línea recuperado de: <http://cnnespanol.cnn.com/2011/06/09/el-acceso-a-internet-un-derecho-humano-segun-la-onu/>

El Comercio en línea recuperado de: <http://elcomercio.pe/tecnologia/actualidad/google-puso-prueba-globos-peru-399207>

El Comercio en línea recuperado de: <http://elcomercio.pe/tecnologia/inventos/globos-brindaron-internet-zonas-afectadas-nino-costero-423121>

En línea recuperado de: https://x.company/intl/es-419_es/loon/technology/

En línea recuperado de: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-282-de-la-poblacion-que-usa-internet-lo-hace-exclusivamente-por-telefono-movil-9825/>

"La Voz de la Internet Peruana". (2017). Asociación Civil HIPERDERECHO.

Level 3 comunicación recuperado de: http://level3_es.mediaroom.com/2017-06-13-Level-3-Colabora-con-el-Proyecto-Loon-de-Alphabet-para-Proveer-Acceso-a-Internet-en-las-Areas-afectadas-por-Desastres-Naturales-en-Peru

Miranda, Haideer. (2016). **El acceso a internet como derecho fundamental.** Revista Jurídica IUS Doctrina, N° 15.

PAZ, LEY, DIGNIDAD HUMANA Y HERMANDAD

Piero Gerardo Pacheco Huaca¹

RESUMEN

Paz del latín PAX definida en sentido positivo, en un estado a nivel social o personal en el cual se encuentran un equilibrio y estabilidad exentos de sentimientos y acciones bélicos; asimismo en lo que el ámbito jurídico respecta en el derecho internacional el estado de paz es aquel en el que se resuelven en forma no violenta los conflictos. “Deseo la paz a cada hombre mujer y niño y niña a la vez que rezo para que la imagen y semejanza de Dios permanezca en cada persona, especialmente en las situaciones de conflicto respetemos su dignidad más profunda y hagamos la no violencia como nuestro estilo de vida “en el siguiente artículo se desarrolla una perspectiva jurídico religiosa de este importante tema para el desarrollo de la humanidad 1.

Palabras clave: Paz. Ley. Dignidad. Hermandad.

INTRODUCCIÓN

La Paz según Jesucristo: “La Paz Que Os Dejo Mi Paz Os Doy, sin embargo Yo No Os La doy como el Mundo la da”.

Esta afirmación de Jesús está expresando que él nos legó su Paz. Esto significa que vivir en estado de angustia o guerra no es normal para un creyente.

En el siguiente pasaje se nos dice: “Que el Dios de Esperanza y Gozo nos llenara de Gozo y Paz cuando creamos. Y el Dios de Esperanza Os llene de todo Gozo y Paz en el creer porque abundáis en esperanza gracias al Poder del Espíritu Santo”.

De modo que como creyentes nuestro gozo y paz no se basa en hacer y obtener sino en creer. El gozo y la paz vienen como resultado de edificar nuestra situación con el señor, si hemos recibido a Jesús como nuestro señor y salvador el príncipe de paz vive dentro de nosotros

El gozo la paz viene de confiar en el señor con la sencilla fe de un niño.

¹ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae.

1 PROBLEMA ACTUAL

El espíritu concupiscente de esta generación y los intereses egoístas de la sociedad actual pretenden opacar el mensaje de paz que vino a transmitir a la humanidad,

Data en la historia que en el siglo XX se dieron 2 conflictos de escala mundial conocidos como LA PRIMERA Y LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. SE CALCULA QUE APROXIMADAMENTE en el primer conflicto armado murieron más de 20 millones de personas en Europa.

La 2da guerra mundial comenzó el día 1 de septiembre de 1939 y terminó el 2 de septiembre de 1945 duro 6 años y un día.

El final de esta guerra por el contrario de un discurso pacífico y unificador tuvo como desenlace el estallido de 2 bombas atómicas lanzadas por EE. UU sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki en respuesta al ataque japonés sobre PEARL HARBOR, solo en las 2 ciudades bombardeadas se dejó un saldo completamente funesto de 250,000 vidas que debido al afán armamentista y malévolos de los países en conflicto tuvo como consecuencia la muerte inocente de estas personas. Para evitar una nueva guerra mundial se creó la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS:

“La Organización de las Naciones Unidas (ONU), o simplemente las Naciones Unidas (N.N. U.U.), es la mayor organización internacional existente. Se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. La ONU fue fundada el 24 de octubre de 1945 en la ciudad estadounidense de San Francisco, por 51 países, al finalizar la Segunda Guerra Mundial, con la firma de la Carta de las Naciones Unidas.1.

“El propósito principal de las Naciones Unidas es el mantenimiento de la paz. De conformidad con la Carta, los Estados Miembros convienen en arreglar las controversias por medios pacíficos y abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra otros Estados.

A lo largo de los años las Naciones Unidas han contribuido decisivamente a aplacar las crisis internacionales y a solucionar los conflictos prolongados. La Organización ha llevado a cabo complejas operaciones de establecimiento y de mantenimiento de la paz y de asistencia humanitaria. Ha trabajado para evitar que surgieran conflictos, y después de cada conflicto ha estado tomando cada vez más medidas para hacer frente a las causas profundas de la guerra y para sentar las bases de una paz duradera.

Las gestiones de las Naciones Unidas han producido resultados espectaculares. Contribuyeron a desactivar la crisis de los misiles cubanos en 1962 y la crisis del Oriente Medio en 1973. En 1988, gracias a un arreglo de paz patrocinado por las Naciones Unidas, se puso fin a la guerra entre el Irán y el Iraq, y el año siguiente las negociaciones patrocinadas por las Naciones Unidas sentaron las bases para la retirada de las tropas soviéticas del Afganistán. En el decenio de 1990 las Naciones Unidas contribuyeron de manera fundamental a restablecer la soberanía de Kuwait, desempeñaron un papel importante en la terminación de las guerras civiles de Camboya, El Salvador, Guatemala y Mozambique y solucionaron o pusieron coto a conflictos en otros países.

En septiembre de 1999, cuando se desató una campaña de violencia que obligó a unos 200.000 timorenses orientales a huir de sus hogares después de haberse celebrado una votación sobre la libre determinación, las Naciones Unidas autorizaron el envío de una fuerza internacional de seguridad que facilitó el restablecimiento del orden. Posteriormente, la Administración de Transición de las Naciones Unidas supervisó la transición del territorio hacia la independencia el 20 de mayo de 2002 como Timor-Leste. Y cuando terroristas atacaron a los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001, el Consejo de Seguridad actuó rápidamente y aprobó una resolución de amplio alcance en la que se dispone la obligación de los Estados de velar por que todas las personas que participen en la financiación, planificación, preparación, perpetración o prestación de apoyo a los actos terroristas sean llevadas ante la justicia. "2.

2 PERSPECTIVA JURIDICA DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

La primera guerra mundial fue un conflicto armado a escala mundial desarrollado entre 1914-1918. Se origino en Europa, por la rivalidad entre las potencias imperiales.

Fue en su momento el conflicto más sangriento de la historia, esta guerra solía llamarse la gran guerra o la guerra de guerras.

Hitler consideró que Alemania estaba suficientemente armada y bien dirigida por el partido Nazi para emprender la conquista. La alianza alemana con Mussolini y la Italia fascista llevaba a cabo la reciente guerra civil española.

A comienzos del verano 1939, Hitler y Stalin hacen el pacto que alineaban a la cuna de consumismo en el campo de las dictaduras totalitarias.

Alemania y Rusia, se pusieron de acuerdo, Francia e Inglaterra anunciaron que se opondrían a ellos con las armas.

3 SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

Fue el conflicto armado más grande y sangriento de la historia mundial. Se enfrentaron las potencias aliadas y las potencias del eje, entre 1939-1945. Las fuerzas armadas de más de setenta países participaron en combates aéreos, navales y terrestres. Más de 60 millones de personas, siendo civiles inocentes fallecieron en tan brutal suceso. 3 septiembre: Gran Bretaña, Francia, Australia y Nueva Zelanda declararon la guerra a Alemania

9 abril: Alemania comienza la ocupación de Dinamarca e invade Noruega.

27 septiembre Alemania, Italia y Japón firman el pacto Tripartito.

1 Marzo Bulgaria se une a las potencias del eje

5 diciembre Alemania detiene su ofensiva contra Moscú

7 Diciembre Japón ataca la base estadounidense de Pearl Harbor en el pacífico

28 mayo los Alemanes derrotaron a los soviéticos en Kharkou

9 Agosto lanzamiento de la segunda bomba atómica sobre Nagasaki

14 Agosto capitulación de Japón

2 Septiembre Japón firma su rendición incondicional.

O que está verdaderamente en juego en las negociaciones de La Habana no son sólo unas reformas, sino la posibilidad de que el pueblo colombiano ingrese en el universo de la civilización, participe efectivamente en la vida colectiva, adquiera una autoestima, sea reconocido y valorado y entienda que la violencia, provenga de donde provenga, en lugar de enaltecerlo, es su tragedia y la vía regia para lograr su propio aniquilamiento.

Inglaterra dominaba el mundo tecnológico, financiero, económico y sobre políticamente.

Alemania y Estados Unidos le disputaban el predominio industrial y comercial.

El imperialismo acaba con el liberalismo

Francia deseaba la revancha de la derrota frente a Rusia 1870-1871. La historia se repite como si dijéramos dos veces: la primera vez como tragedia y la segunda vez como farsa. En el caso del conflicto colombiano parece más bien lo contrario: la tragedia se repite idéntica dos veces. La primera, la Violencia de los años 1950, que enfrentó en una lucha fratricida a humildes campesinos liberales y conservadores; y la segunda, el conflicto conformado alrededor de la guerrilla que podría ser considerado, no sólo como la confrontación entre unos grupos armados y el Estado, sino como una forma más de la auto anulación y la auto destrucción de los propios sectores populares, que son sus verdaderos protagonistas

4 EL DERECHO Y LA LEY DESPUES DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

“Por estos días se conmemora la iniciación de la segunda guerra mundial. Hace 70 años, Alemania bajo el mando de Adolf Hitler decidió invadir a Polonia. La guerra duraría casi seis años más, con un resultado tenebroso, más de sesenta millones de muertos y casi seis millones de judíos asesinados sistemáticamente en los fatídicos campos de concentración. La segunda guerra mundial dejó varios legados, la estructuración de la Organización de las Naciones Unidas, el Estado de Israel, la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión Soviética, y las modernas bases del Derecho Internacional y sobre todo del Derecho Internacional Humanitario

La segunda guerra mundial dejó a Alemania como un país más en el concierto internacional, después de la desastrosa llegada de los nazis al poder. Europa había sido el centro de la civilización occidental por más de quinientos años, pero con la guerra los Estados Unidos empezaron a determinar los valores del hemisferio. El antiguo continente, quedó así, como el antiguo continente.

En Derecho, lo que vino después de la guerra fue muy importante. La globalización jurídica dio sus primeros pasos cuando a los criminales de guerra nazis se les juzgó en el famoso juicio de Nuremberg, dando paso a la tipificación de delitos contra la humanidad y de los delitos de guerra.

La globalización jurídica, fenómeno que se presenta como un conjunto de valores en justicia que son reconocidos por todas las naciones del mundo, y la creación de instituciones multilaterales que juzgan el cumplimiento de la ley internacional en el marco de esos valores y de tratados internacionales, convirtiéndose en la evolución en el campo de la justicia más importante desde los primeros tiempos humanos.

La creación de la Corte Internacional de Justicia de la Haya, y recientemente de la Corte Penal Internacional, son herencias de la segunda guerra mundial, cuando la humanidad se dio cuenta que habían unos puntos concordantes en la axiología jurídica que eran necesarios reconocer para evitar la extinción de la especie y la posible iniciación de otra guerra que llevaría a la desaparición definitiva de la especie humana.

Las Naciones Unidas, el organismo global más importante en el concierto internacional, han sido blanco de varias críticas en los últimos años, por su falta de eficacia y por el control ejercido de manera casi que onnipotente por el Consejo de Seguridad. El caso más patente que describe lo anterior fue la guerra de Irak, donde prácticamente Estados Unidos actuó de manera unilateral saltándose los parámetros establecidos por la ONU.

La Corte Internacional de Justicia de la Haya, ha sido un tribunal que ha sentado jurisprudencia en el marco de los conflictos entre Estados, sobre todo en los diferendos limítrofes sobre fronteras.

La Corte Penal Internacional llega sesenta años después de la finalización de la segunda guerra mundial, pero sus cimientos fueron implementados cuando se juzgó a los criminales de guerra nazis en los juicios de Nuremberg. Hoy en día, este tribunal puede juzgar a quienes causen delitos de lesa humanidad, y delitos de guerra, contraviniendo el Derecho Internacional Humanitario.

El Derecho después de la segunda guerra mundial se globalizó, los sistemas jurídicos internacionales han hecho un esfuerzo importante por estandarizar sus legislaciones para que estén acordes con el sistema internacional, incluso el estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya habla del derecho de gentes y del derecho común como fuentes para fallar sus casos.

El Derecho después de la segunda guerra mundial dejó de ser un conjunto de ordenamientos separados para tener nexos que van más allá de las fronteras, ya que se han reconocido no sólo las legislaciones internas sino las legislaciones de los organismos supranacionales como la Unión Europea.

La segunda guerra mundial dejó destrucción, y un mundo bipolar que dejó de existir cuando a finales de la década de los ochentas en el siglo pasado se cayó el muro de Berlín. Este mundo unipolar donde Estados Unidos se ha convertido en la única superpotencia, también presenta varios retos para la civilización, ya que la amenaza nuclear sigue latente, el terrorismo internacional se ha convertido en una verdadera preocupación, y las crisis económicas y ambientales exigen un mayor campo de regulación internacional que le ofrezcan mayores poderes a los organismos globales para afrontar estos retos.

La segunda guerra mundial y su legado seguirá siendo estudiado en las cátedras de historia, sin embargo, todavía está por verse si la humanidad aprendió la lección, o si por el contrario el humanitarismo en los actuales tiempos sólo es cuestión de retórica.” 3.

5 OBJETIVO DEL ARTÍCULO

Habiendo realizado un análisis tanto jurídico – religioso – histórico político del tema que nos concierne, se pretende plantear soluciones eficaces frente a las guerras y a la historia ya pasada, para que no se vuelvan a repetir en el mundo

6 JUSTIFICACIÓN

Desde la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Sedes Sapientiae estamos siendo formados con una perspectiva humanística mediante la enseñanza, ética, justicia, proyección social y servicio a la comunidad local de Lima Norte como profesionales responsables y competentes que en sintonía con la Doctrina Social de la Iglesia respondan a los problemas y exigencias de la realidad para promover el bien común. Asimismo el objetivo de la paz en comunión con el magisterio de la Iglesia Católica y la promoción de la dignidad humana en todos los valores y aspectos preservando y desarrollando la cultura humanística y difundiendo la investigación científica y pacífica

De modo que en vista de los conflictos armados suscitados y la fatal cifra de muertos en las 2 guerras mundiales podemos brindar soluciones asertivas a los problemas sociales que nos atañen como líderes del presente líderes pacíficos

“La verdadera paz no podemos fabricarla nosotros. Es un don del espíritu santo lo dijo hoy el Papa Francisco en la misa matutina en Santa Marta. El Pontífice subraya una paz sin cruz no es la paz de Jesús”. Y recuerda que solo el señor puede dar paz en medio de las tribulaciones

Mi paz os dejo mi paz os doy. Francisco centra su homilía en las palabras de Jesús a los discípulos en la última cena, el papa se ampara en el significado de la paz dada por el señor

“El mundo nos enseña el camino de la paz con la anestesia: Nos anestesia para no ver la otra realidad de la vida: La Cruz. Por esto Pablo dice que se debe entrar en el Reino del cielo en el camino con tantas tribulaciones. Pero, ¿Se puede tener Paz en la tribulación? Por nuestra parte no. Nosotros no somos capaces de hacer una paz que sea tranquilidad, una paz psicológica, una paz hecha por nosotros; porque las tribulaciones existen: Quien tiene un dolor, quien una enfermedad, quien una muerte... existen. La paz que da Jesús es un regalo: Es un don del Espíritu Santo. Y esta paz va en medio de las tribulaciones y va adelante. No es una especie de estoicismo, eso que hace el faquir: No. Es otra cosa”.

El Papa Francisco reafirmó que la Paz de Dios es “un don que nos hace ir adelante”. Y añadió que Jesús, después de haber donado la Paz a los discípulos, sufre en el Huerto de los Olivos y allí “ofrece todo según la voluntad del Padre y sufre, pero no le falta el consuelo de Dios”. El Evangelio, en efecto, narra que se “le apareció un ángel del cielo para consolarlo”.

“La paz de Dios es un paz real, que va en la realidad de la vida, que no niega la vida: La vida es así. Está el sufrimiento, existen los enfermos, hay tantas cosas malas, están las guerras... pero aquella paz desde dentro, que es un regalo, no se pierde, sino que se va adelante llevando la Cruz y el sufrimiento. Una paz sin la

Cruz no es la paz de Jesús: Es una paz que se puede comprar. Podemos fabricarla nosotros. Pero no es duradera: termina”

Cuando uno se enoja – dijo el Papa al concluir –, “pierdo la paz”. Cuando mi corazón “se turba – añadió – es porque no estoy abierto a la paz de Jesús”, porque no soy capaz “de llevar la vida como viene, con las cruces y los dolores que vienen”. En cambio, debemos ser capaces de pedir la gracia al Señor para que nos dé Su paz: “Debemos entrar en el Reino de Dios a través de muchas tribulaciones. La gracia de la paz, de no perder esa paz interior. Un Santo, hablando de esto decía: ‘La vida del cristiano es un camino entre las persecuciones del mundo y las consolaciones de Dios’ [San Agustín, de Civitate Dei XVIII, 51]. Que el Señor nos haga comprender bien cómo es esta paz que Él nos regala con el Espíritu Santo” 4.

Finalmente: La paz es indispensable para el desarrollo humano. La paz concebida como ausencia de violencia y no de guerra (1), siendo violencia todo lo que impide al ser humano desarrollar plenamente su potencial físico, mental, espiritual (miedo, hambre, explotación, pobreza, opresión, desinformación, manipulación)

Dado que la guerra comienza en la mente del hombre, es en la mente del hombre, donde la defensa de la paz debe ser construida. La paz requiere adoptar una definición positiva, que acepte y asegure abundancia, comprensión acerca de las necesidades de interdependencia, preferencia por soluciones holísticas y el valor de la compasión o fraternidad. Porque la paz no es un mero rol de las instituciones, sino una responsabilidad de todos los seres humanos, individual y colectivamente.

Estamos pasando por una situación compleja, tanto que muchos de nosotros estamos completamente en guerra con nosotros mismos, con la sociedad y con las naciones. A cada momento hay una guerra en nuestra mente, siempre estamos escogiendo ir en una dirección o en otra. Por lo tanto, cuantas veces haya un dilema debemos buscar en la sabiduría, en el bien común, el camino de la rectitud y por esto es esencial que las actividades educativas apunten a desarrollar a un hombre con valores, responsable y sensible, quien creara una sociedad compasiva.

Promoviendo y enseñando la práctica de la no-violencia reduciremos la violencia que consume nuestras Almas, nuestras casas y nuestra sociedad.

Para trabajar por la unidad de nuestro país y el progreso de nuestro gran mundo, dediquémonos a la práctica del humanismo y no permitamos que el odio y la violencia encuentren lugar alguno en nuestros pensamientos, palabras y acciones. Al habernos comprometido solo con el progreso material y bienestar físico hemos descuidado el desarrollo de la paz mental y los aspectos internos de nuestro ser

Somos responsables de reemplazar para el nuevo siglo y el nuevo milenio la cultura pasada de guerra y violencia por una nueva cultura de paz y no-violencia,

una cultura de prevención de los conflictos. Necesitamos aproximarnos al nuevo milenio con una visión holística y abierta, para alcanzar un estado de sociedad en la que cada uno de sus miembros viva su vida de acuerdo con una paz aprendida en forma de pensamiento amoroso y rectitud, sistema de valores y modelo de conducta. Es nuestra tarea común de desarrollar formas prácticas que nutran esta cultura e ilustren a cada individuo para que la pueda disfrutar plenamente.

Violencia creciente, corrosión de valores familiares, diseminación del conflicto étnico y religioso, descuido del ambiente natural y vacío interno a pesar de la prosperidad material, han producido ansiedad universal, alienación y fragmentación.

Los esfuerzos para contener estos problemas solo pueden tener éxito a menos que la raíz de las causas sea superada por la práctica de los fundamentos espirituales en nuestra vida diaria. El conocimiento de las raíces profundas de la pobreza y la opresión contribuye efectivamente a la paz. Así que la pobreza, la enfermedad, la explosión demográfica, la inequidad, la discriminación, la injusticia social, la opresión política, la destrucción del medio ambiente, junto con la guerra y los conflictos armados deben ser nuestro objeto de estudio. No perdamos tiempo participando en juegos de sensiblerías y reuniéndose en espectáculos de paz para ganar el aplauso o el voto de las personas, ya que si no hay una conexión comprometida y un ambiente seguro no podemos movernos adelante hacia un cambio significativo. Una buena educación y un trabajo seguro en la actualidad contribuirían grandemente a nuestra salud física y mental.

El enojo de los oprimidos y la deshonra del opresor son sentimientos naturales, respuestas genuinas a su degradación compartida.

Porque los países en desarrollo están sufriendo demasiado y este dolor está alcanzando al mundo entero, uno debería preguntarse: ¿Cómo puedo contribuir a construir una sociedad secular justa basada en los principios de soberanía, evitando ser víctima de los mercados y el auto- marginamiento por el aislamiento tecnológico? ¿Cómo parar la carrera armamentista y lograr el desarme de todos? ¿Cómo parar la degradación constante del medio ambiente? ¿Cómo lograr que los intereses desorbitados de los industriales no exterminen los valores humanos? Las respuestas las vamos encontrando al asumir una verdad espiritualidad, que no nos coloque a los ciudadanos del mundo unos contra otros sino que nos impulse a construir conjunta y compasivamente un mundo de paz.

El mundo solo será pacífico cuando las personas del mundo sean pacíficas y felices. El cambio tiene que empezar con cada individuo. Si la selva esta marchita y queremos restaurarla a la vida, debemos regar cada árbol de esa selva. Si queremos paz mundial. Hemos de aprender cómo ser pacíficos nosotros mismos. Solo entonces podremos traer paz al mundo. Antes que todo, no tratemos de cambiar a la

otra persona. Tratemos de cambiarnos a nosotros mismos. Si alguien está tratando de hacernos miserables, lo logra porque reaccionamos con ello.

Pretendemos producir alteraciones mediante sistemas o una revolución en las ideas o en los valores basada en este o aquel método, olvidando que somos nosotros (vosotros y yo) quienes creamos la sociedad y producimos el orden o la confusión con nuestra manera de vivir. Entones, empecemos por lo que está más próximo, por preocuparnos por nuestra existencia diaria, por nuestros actos, pensamientos y sentimientos de todos los días, los cuales se rebelan en el modo de ganarnos la vida y en nuestra relación con las personas, ideas y creencias.

No es por lo mucho que hacemos, sino por cuanto amor ponemos en lo que hacemos. Aunque no podamos hacer grandes cosas, podemos hacer pequeñas cosas con gran amor. Juntos podremos construir una cadena de amor alrededor del mundo. La influencia de un bello, cooperador y esperanzador carácter es contagiosa y puede cambiar una nación entera.

Somos influenciados por las personas alrededor de nosotros y por nuestro ambiente, y nosotros a la vez ejercemos influencia en ellas. Si la mayoría de las personas, por ejemplo, están a favor de la violencia, entonces la guerra, el derramamiento de sangre y la destrucción ocurrirán y causaran sufrimiento a muchos. Pero si las personas empiezan a purificar sus mentes, entonces la violencia no puede ocurrir. La raíz del problema subyace en la mente de cada ser humano individual, porque la sociedad está compuesta de individuos. Si cada persona empieza a cambiar, entonces la sociedad cambiara, y la guerra y destrucción se volverán raros eventos.

Nuestra propia acción mental tiene una influencia en los otros. Si solo generamos negatividad en la mente, esta negatividad tiene un efecto dañino en quienes están en contacto directo con nosotros. Si nosotros llenamos nuestra mente con positivismo, con buenos deseos hacia los otros, ocasionara un efecto de ayuda en los otros. No podemos controlar la acción, el karma de los otros, pero podemos adiestrarnos a nosotros mismos para tener una influencia positiva en quienes están a nuestro alrededor.

Estamos siendo sobresaturados por la cultura de la violencia que se está exportando a todo el mundo, de tal forma que casi todos estamos influenciados, contaminados por ella; se glorifica la violencia en el cine y la televisión y se continua permanentemente, apoyando e involucrándose directamente en guerras para mejorar o mantener el control de la economía y los intereses particulares a través del mundo. Esto es cierto, pero nosotros como ciudadanos del mundo nos debemos preguntar si vamos a continuar como borregos una inclinación y tradición que son claramente aberrantes o si decidimos cambiarla. La violencia y la civilización no van juntas: o somos violentos o somos civilizados; no podemos ser ambos a la vez.

Año tras año aumentan los gastos en defensa en la mayoría de los países del mundo; de ahí que si nosotros estamos para cambiar esta tendencia, consideremos en serio el concepto de no-violencia como expresión física de compasión; y esto requiere trabajar primero en el desarme interior, liberándonos de todas las emociones negativas que produzcan violencia, y luego proceder al desarme externo.

No-violencia no significa no sumisión o aceptación de cualquier clase de injusticia. Significa encontrar una solución inteligente, pacífica, que resuelva el problema. Enfermedades desesperadas llaman remedios desesperados y la no-violencia, la no-cooperación son la única alternativa para la anarquía, la tiranía o cosas peores. No-violencia es una forma de vida y no simplemente una palabra en nuestras bocas; es la manera de que la violencia no conduzca al mundo. Solo si nosotros cambiamos nuestra propia actitud podremos cambiar el mundo.

El desarme externo también debe ser ejecutado gradualmente, paso a paso. Primero debemos trabajar en la abolición total de las armas nucleares y paulatinamente luego para detener el comercio de armas, el cual hoy en día es altamente practicado por ser muy lucrativo, y luego dirigimos hacia la desmilitarización.

Por supuesto, continuaran los problemas humanos, pero la forma de resolverlos debe ser a través del dialogo profundo y el amor por la paz, más que por la guerra y el derramamiento de sangre.

Siempre que alguien hace algo malo daña a otros y a la vez él se hace daño a sí mismo. Si nosotros le permitimos hacerlo, le estamos animando a que haga el mal. Luego, debemos usar toda nuestra fuerza para detenerlo, pero solo con buena voluntad, compasión y simpatía para esa persona, ya que si actuamos con odio o rabia, agravaremos la situación. No podemos tener buena voluntad para semejante persona a menos que nuestra mente este tranquila y pacífica, así que apliquémonos a desarrollar paz dentro de nosotros para poder resolver el problema.

Si somos desdichados, confusos, caóticos, en nuestro interior, eso lo proyectamos y causamos caos en el mundo, puesto que la sociedad es el producto de la relación entre vosotros y yo, entre mí mismo y los demás. Luego, si nuestra relación es confusa, egocéntrica, estrecha, limitada, nacionalista, así construimos al mundo a imagen de lo que somos.

En cambio el respeto es un elemento de organización social, de aceptación de la vida, de reconocimiento a la importancia de cada ser y de cada elemento en la armonía universal. El respeto es no-violencia, tolerancia y amor.

Recordemos que así como no podemos combatir la oscuridad, no podemos combatir la inconsciencia. En lugar de luchar contra la oscuridad traigamos la luz. En

lugar de reaccionar al error, al dolor, observémoslos y miremos a través de ellos, ya que si intentamos combatirlos los polos opuestos se fortalecerán y se encarnarán más profundamente. Al identificarnos con una de las polaridades crearemos un “enemigo” y así seremos arrastrados hacia la inconsciencia. Asegurémonos de que no llevamos resistencia a nuestro interior, ni odio ni negatividad. Amar a nuestros enemigos significa, por supuesto, no tener enemigos. De la atención sostenida y por lo tanto de la aceptación, llega la transmutación.

Para construir un país hay que construir primero al hombre, al hogar.... Hay que iniciar una educación transformadora.... Primero hagamos de la educación una materia de urgencia global que nos una en una misión y propósito. Es claro que la educación es el pilar de la esperanza, la inclusión y la oportunidad, y necesita de nuestra primerísima atención por encima de todos los demás.

Dado que nuestra educación ha fallado en mejorar el crecimiento económico. En mejorar la calidad de vida en el grueso de nuestra población, en construir una sociedad más igualitaria, justa, fraterna, humanitaria y compasiva que evite el odio, la explotación, el resentimiento y la venganza, nos deberíamos preguntar si nos estamos equivocando con el tipo de ser humano que estamos preparando, o si nos falta fuerza y determinación en lograr la transformación del ser humano, o si será que nuestro disfuncional sistema educativo no ha desarrollado en los estudiantes autoconfianza, creatividad y capacidad de corregir sus deficiencias y de solucionar sus propios problemas, de descubrir su verdadera esencia y misión.

Pongámonos de acuerdo, antes que todo, en que debe haber una distinción entre una cultura de violencia y una cultura de paz; en que las raíces causales del mal como la codicia, la arrogancia, el odio, la ignorancia, la lujuria, el prejuicio y el egoísmo deben ser identificadas y removidas para que los niños puedan ser criados en una educación de paz en la que los valores espirituales sean enseñados.

Bibliografía: Medicina y Espíritu, M.D. Augusto Castro Mejía, páginas 117 a 121.

7 LAS GUERRAS (1)

Siendo las guerras el resultado de las pasiones e interés de los hombres, se comprende bien que en todo tiempo hayan existido y que no habrá medio fácil de evitar la lucha material entre los pueblos, porque sería preciso para ello que se modificaran las condiciones y maneras de ser de la Humanidad.

Al nacer las pasiones con la existencia del hombre, surgió inmediatamente la guerra, y aunque doloroso, lo cierto es que el primer arte que inventaron los

hombres fue el de dañarse. Acaso desde el principio del mundo se combinaron y produjeron más medios para destruir la Humanidad que para obtener su bienestar y progreso pacíficos

No hemos de hacer apología de la guerra, que en el momento de realizarse ocasiona desdichas. Basta, en efecto, considerar la situación de un país afligido por la lucha material entre dos ejércitos, para advertir cuantos y cuan dolorosos son los estragos que produce semejante estado de cosas.

La violencia imponiéndose a la justicia y al derecho; territorios extensos, que se distinguen por su riqueza, desbastados y arruinados; la agricultura, el comercio, la industria completamente paralizados; la masa viril del país entregada en su totalidad a las actividades militares; los recursos del Estado absorbidos por la necesidad de cuidar preferente, sino exclusivamente, de las contingencias de la lucha y de sus innumerables e imperiosas demandas; la sangre derramándose a torrentes por la acción de las terribles maquinas y elementos de guerra, que aumentan de día en día con prodigiosa actividad, y como resultado de tan deplorable situación, el desequilibrio completo por espacio de muchos años en los elementos vitales de un pueblo.

Hay un concepto pesimista, fatalista y equivocado propiciado por el error: “La guerra es un mal necesario e inevitable. Las guerras como ejemplo máximo de voluntad destructiva del hombre para con sus semejantes, constituyen un absurdo tan grande que solo el conocimiento Espiritual puede darnos una alternativa ante el escepticismo que generan.

Si además consideramos: los cientos, miles o millones de seres que mueren violentamente en estado de rebeldía, los hogares destruidos, familias disgregadas, huérfanos y viudas desamparadas, territorios devastados, economías derruidas, epidemias; en pocas palabras: enfermedad, muerte, dolor, miseria y hambre; llegaremos a la conclusión que la guerra constituye un poderosísimo estímulo a la rebeldía en todas sus formas.

Sabemos que los seres que fomentan o dirigen las guerras, propician las guerras para satisfacer deseos de venganza, revancha, dominio, violencia, destrucción, fines mercantilistas o ideológicos.

Por lo tanto resolvámonos a ser embajadores de Jesús y operadores jurídicos eficaces en lo que a nuestra carrera jurídica corresponde. Sin más concluiré este artículo con la siguiente cita bíblica

“En fin, el fruto de la justicia se siembra en paz para los que hacen la paz. “

REFERÊNCIAS

LA PAZ EN EL MUNDO

Cecilia Wong Ronceros¹

RESUMO

En toda convivencia humana, hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre, es persona, esto es que tiene derechos y deberes, su principal derecho sublime es su derecho a vivir en paz, a vivir una vida ordenada y provechosa;

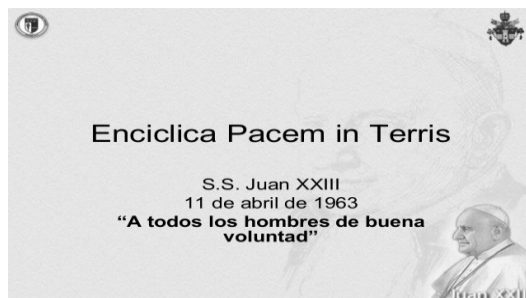
Alcanzar esta cohesión está entre las organizaciones que puedan contribuir a crear sociedades pacíficas, inclusivas, influir en las personas y que respondan a las necesidades de las comunidades para ofrecer el apoyo tan pronto como surjan las dificultades y poder generar la fe en ellas, de que se puede alcanzar una paz justa y que se unan todas las fuerzas para salvaguardarla;

Este hilo conductor la tendremos desde la Paz interior de cada persona como el elemento básico de una concepción social de Paz, la Paz en la familia, la Paz y las buenas prácticas en el vecindario, la Paz en el País, la Paz en el mundo;

En el mundo siempre anduvimos en la búsqueda de PAZ y en ese andar sucumbimos muchas veces y en otras arribamos gloriosos, exhortados por líderes religiosos y líderes en el mundo modelo de ello les puedo citar a uno de nuestros líderes religiosos el PAPA JUAN XXIII y la encíclica octava *PACEM IN TERRIS*, Mustafá Kemal Atatürk; Militar y político Turco, fundador de la Turquía moderna que le devolvió la paz a su país y su lema "PAZ EN LA CASA PAZ EN EL MUNDO" y la otra cara de cuando se pierde la paz, TROYA y la degradación moral que produce la guerra en los vencedores.

¹ Abogada Delegada del Colegio de Abogados de Lima. Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional de San Marcos (UNMSM).

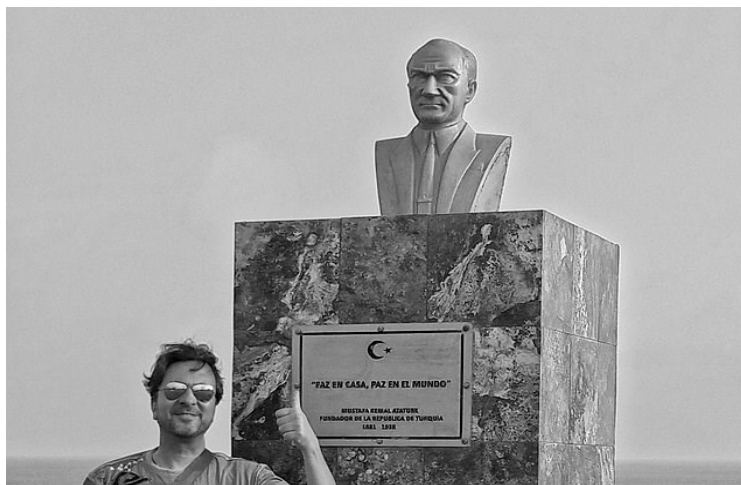
1 PACEM IN TERRIS (PAZ EN LA TIERRA)



Es la última de las ocho encíclicas del papa Juan XXIII, publicada el 11 de abril de 1963, a través de ella convocó a todos los humanos y a todas las naciones a colaborar para conseguir la paz por medio de la comprensión, la ayuda mutua y el respeto de los derechos de los demás, esta encíclica lleva un subtítulo que dice: «Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad», que describe los cuatro principios considerados fundamentales para alcanzar la paz:

La verdad como fundamento, la justicia como regla, el amor como motor y la libertad como clima. Su estructura está compuesta por una «Introducción» y cinco secciones llamadas: «Ordenación de las relaciones civiles y matrimoniales», «Ordenación de las relaciones políticas», «Ordenación de las relaciones internacionales», «Ordenación de las relaciones mundiales» y «Normas para la acción temporal del cristiano».

Durante el pontificado de Juan XXIII, la tranquilidad mundial fue alterada por diferentes sucesos como la creación del programa Sputnik, el apogeo de la Guerra Fría y la subsecuente construcción del Muro de Berlín, la Crisis de los misiles de Cuba, la Guerra de Vietnam y la posibilidad de que todo esto desembocara en una guerra nuclear; es en ese contexto que surge PACEM IN TERRIS.



2 “PAZ EN LA CASA PAZ EN EL MUNDO” ESTE ES EL LEMA DE TURQUÍA

Mustafá Kemal Atatürk; Militar y político turco, fundador de la Turquía moderna, Mustafá Kemal combatió en la Guerra de Libia (1911-12) y en la Primera Guerra Mundial (1914-18). Fue comisionado por el sultán para reprimir los desórdenes de la zona del mar Negro (1919). Pero las negociaciones de paz con los aliados avanzaban hacia un recorte territorial drástico de Turquía, que Mustafá Kemal no estaba dispuesto a admitir. Formó su propio grupo de aliados derrotando a italianos y franceses y expulsando a los griegos de Asia Menor (1922); En 1923 El Tratado de Lausana reconoció a la República de Turquía fundada por Kemal como el Estado Nacional Independiente; Durante veinticinco años modernizó el país y le devolvió un lugar en la escena internacional, Creó un Estado laico de corte occidental, emancipó a las mujeres, adoptó el derecho europeo y trató de imponer modelos culturales occidentales en el vestido, las costumbres y la escritura; También impulsó la construcción de una red de transportes que garantizara la cohesión nacional, e impulsó un cierto crecimiento industrial. Jugando la base del equilibrio entre Rusia y las potencias occidentales, acabó por conseguir el pleno control Turco del Bósforo (Acuerdos de Montreux, 1936). Con todo ello puso las bases para el resurgimiento de Turquía de las cenizas del Imperio Otomano, por lo que recibió el apelativo de *Atatürk* o padre de los turcos PAZ EN LA CASA PAZ EN EL MUNDO el lema de TURQUÍA nos demuestra la importancia de un desarrollo urbano que evite la agresividad, la desigualdad e injusticia;

3 TROYA - Y LA DEGRADACIÓN MORAL QUE PRODUCE LA GUERRA EN LOS VENCEDORES



Troya fue una antigua ciudad prospera con todos los requisitos para ser feliz, eso no quiere decir que estaba alejada de la cotidiana lucha por la supervivencia; pero algo marcaba la diferencia en ella, la calidad de sus fuerzas armadas siempre estaba por encima de la capacidad de sus políticos. La Fuerza Armada había sabido mantener a distancia a sus enemigos tanto así, que los ciudadanos llegaron a prescindir en su idea de que tenían políticos por la seguridad que para ellos les representaba la Fuerza Armada;

Esta falsa seguridad que sentían los ciudadanos de Troya los llevo a la relajación de sus costumbres, alteración del orden público, la moral, y la consecuente corrupción en su convivencia; evidenciado en la inacción del Príncipe Héctor frente a los actos corruptos y de violencia cometidos por su hermano el príncipe Paris;

Aquel torcido actuar del Príncipe Paris originó la irrupción de un sinnúmero de embarcaciones en las playas de Troya que sorprendió a los troyanos, pero los ciudadanos tan acostumbrados a sus fuerzas armadas, no fueron capaz de organizar

una respuesta contundente, y los enemigos seguían llegando tanto que los troyanos comenzaron a ocultarse tras las murallas de su ciudad; este asedio por la conquista, se prolongo largamente por lo que los griegos tramaron una estrategia de conquistar a su enemigo con sus propias leyes, estas leyes establecían que “ deberían respetarse los regalos de los dioses ; a todos ellos por igual” fue esta necesidad de los troyanos que ya habían perdido el rumbo de respetar sus costumbres su moral, lo que permitió que ingresara este caballo de madera, regalo al que el célebre Laocoonte se opuso tenazmente;

Laocoonte era sacerdote de Poseidón (Neptuno para los romanos), quien fue muerto junto con sus hijos después de intentar exponer el engaño del Caballo de Troya , los troyanos encontraron un caballo construido de madera en las puertas de Ilión, después de que los sitiadores aqueos hubieran simulado una retirada.

Laocoonte pronuncia la famosa frase Timeo Danaos et dona ferentes «(Desconfío de los dánaos (griegos) incluso cuando traen regalos)», alertando a los troyanos de que podría ser una trampa, que dentro del caballo podía haber tropas aqueas y sugirió quemarlo, pero los troyanos no le hicieron caso. En su osadía, lanzó palos en llamas para tratar de quemar el caballo de madera, en ese momento dos grandes serpientes mandadas por Atenea, Caribea y Porce, emergen de las aguas y devoran a sus hijos. Angustiado, se lanza a luchar contra las serpientes y también resulta devorado.

Con la muerte de los Laocoonte la invasión quedó consumada esa misma noche mientras los troyanos dormían, desapareciendo su civilización y la paz en sus vidas que no supieron defender; la destrucción de Troya supuso el sufrimiento de las mujeres troyanas y el saqueo de los vencedores las mujeres fueron vejadas los hombres muertos niños quemados,

Esta tragedia refleja los sufrimientos de los vencidos y la degradación moral que produce la guerra en los vencedores es por eso que siempre debemos buscar la paz esa paz cohesionada de respeto para que haya PAZ en el mundo;



No quiero dejar de mencionar al cierre de este artículo, que la búsqueda de la Paz en el hombre es constante tanto si somos conscientes que paradójicamente en la zona especialmente más convulsionada del planeta, los ISRAELÍES dicen “SHALOM” (la paz) y los PALESTINOS dicen “As salaam Aleikum” (la paz contigo)

REFERÊNCIAS

TAXONOMÍA Y APLICACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO EN COLOMBIA²

Jaime Cubides Cárdenas³

Angélica Grandas Ferrand⁴

Juan Marcelino González Garcete⁵

RESUMEN

El Control de Convencionalidad (en adelante, CCV) es un mecanismo judicial derivado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), con el objetivo de armonizar el ordenamiento jurídico con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) de cada Estado que la suscribió y con la finalidad de proteger los derechos y garantías fundamentales. El CCV puede ser ejercido por dos modalidades un CCV concentrado y un CCV difuso. El CCV difuso en Colombia es el enfoque principal de ésta

² Capítulo de libro que expone resultados de investigación del proyecto titulado "Desafíos contemporáneos para la protección de Derechos Humanos en escenarios de posconflicto desde enfoques interdisciplinarios", que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los Derechos Humanos, del grupo de investigación Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia, reconocido y categorizado como Tipo B por COLCIENCIAS y registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

³ Abogado, y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y Magister en Docencia e Investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda y Magister en Derecho de la misma casa de estudios, estudiante de Doctorado en Derecho en la línea de investigación de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires- Argentina. Docente asociado e Investigador y Líder del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: jacubides@ucatolica.edu.co

⁴ Estudiante de Derecho Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia" e integrante del semillero de investigación "Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos" vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (CISJUC), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: amgrandas59@ucatolica.edu.co.

⁵ Abogado, Medalla de Oro y Mejor Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción (UNA). Escribano de Público. Máster en Criminología Forense. Doctor en Derecho de la Universidad Nacional de Asunción, Doctorando en Ciencias Políticas y en Ciencias de la Educación. Profesor de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Asunción. Miembro de la Asociación Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Miembro del Consejo de Redacción de Juristas de Derecho Administrativo Comparado, Autor de varias obras de Derecho Constitucional y Administrativo.

investigación, por ser un control ejercido propiamente por el Estado y sus autoridades, otorgando celeridad al proceso de protección, lo que se demostrará es la obligación que tienen todas las autoridades públicas del país de aplicarlo, analizando su origen desde la jurisprudencia interamericana, comprendiendo su taxonomía e incluyendo una nueva categoría para la construcción conceptual, y verificando su aplicación en Colombia por órganos jurisdiccionales como el Consejo de Estado, los jueces de la República y jurisdicciones especiales.

Palabras Clave: CCV difuso, taxonomía, aplicación, protección, derechos humanos, Colombia.

INTRODUCCIÓN

A través de la historia universal, se han evidenciado vulneraciones en gran magnitud de derechos humanos, el ejemplo más claro es el holocausto nazi que durante la Segunda Guerra Mundial dejó múltiples víctimas. Sin embargo, fue el momento histórico más importante para la creación de organizaciones mundiales que ayudarán a la protección de derechos humanos. En la evolución de la idea de garantizar la no repetición de violaciones a garantías fundamentales, se desarrollan Sistemas Regionales de Derechos Humanos, como el Interamericano, el Europeo y el Africano, precisamente dentro del Interamericano que es el que atañe a la presente investigación, ha existido un concepto denominado CCV encargado de que en cada Estado parte de este sistema se asegure la aplicación de la CADH, a través de dos modalidades; un CCV concentrado en cabeza de dos organismos creados por el SIDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y otro que contempla la obligación de organismos jurisdiccionales y autoridades públicas internas de que en sus manifestaciones normativas sea incorporada la CADH a lo que se le denomina Control de Convencionalidad difuso (en adelante, CCV difuso).

En la presente investigación, se hará un desarrollo del CCV difuso en Colombia, teniendo en cuenta que es el mecanismo que contribuye a flexibilizar el trámite de protección, porque tiene una competencia más amplia por parte de todas las instituciones y organismos que pueden ejercerlo, garantizando una plena protección y goce de los derechos humanos de individuos pertenecientes a los Estados que han suscrito la CADH; vislumbrando su origen, taxonomía y aplicación por parte de organismos judiciales como el Consejo de Estado, que resulta ser el más eficaz, también por jurisdicciones especiales, como la Jurisdicción Penal Militar y la contemporánea Jurisdicción Especial para la Paz incorporada al ordenamiento jurídico por Acto Legislativo 01 de 2016 (Cubides & Grandas, 2017, p. 169). Asimismo, apoyando la idea de que debe ser ejercido por todas las autoridades públicas para generar una asimilación plena del CCV en Colombia

De acuerdo a la teoría de Maquiavelo, en un Estado de Derecho debe existir una separación de poderes, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial, cada uno con funciones limitadas a su competencia, lo cual brinda un equilibrio para el poder público de cualquier Estado. Colombia ha sido un Estado de Derecho desde 1886 y ha evolucionado a un Estado Social de Derecho a partir de 1991, adopta la teoría de separación de poderes practicado por varias instituciones; el poder legislativo es llevado a cabo por el Congreso de la República, el Poder Ejecutivo encabezado por el Presidente de la República y el Poder Judicial, por las tres Altas Cortes, Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, jueces de la República y demás órganos con funciones de administrar justicia. En la presente investigación cabe demostrar que el CCV no pertenece a ninguna rama del poder público en particular, sino que es un mecanismo del que jueces nacionales y autoridades públicas deben ser responsables (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 49).

1 GÉNESIS DEL CCV

Una corriente de la doctrina revela que el origen del control de convencionalidad se remonta al momento en que entró en vigor la Convención Americana sobre Derechos Humanos, es decir, en la creación del SIDH (Castilla, 2011, p. 596). Para analizar el anterior razonamiento, es apropiado estudiar el origen del CCV a partir de dos perspectivas, un origen francés y un origen interamericano.

1.1 ORIGEN FRANCÉS

En la actuación judicial que ha ejercido Francia a través de sus tribunales de cierre, hay que resaltar tres decisiones proferidas en diferentes lapsos de tiempo, las cuales demuestran el origen pretoriano y evolución del CCV.

El primer pronunciamiento es una pequeña aproximación al CCV, emana del Consejo Constitucional Francés mediante la decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975, denominada *Interruption volontaire de grossesse* (Interrupción voluntaria del embarazo) (IVG), gracias a una demanda de inconstitucionalidad en la que los actores argumentaban que tenía el respectivo efecto por no adecuarse al artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶; a lo que la jurisdicción constitucional aduce que solo “su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional” (Castro, Cubides &

⁶ Creada en la ciudad de Roma-Italia por el Consejo de Europa el 4 de Noviembre de 1950, entró en vigor en 1953 con el objetivo principal de proteger libertades y derechos fundamentales, lo cual tenía relación estrecha con la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en 1948. El artículo 2 de la CEDH, dentro del capítulo de Derechos y Libertades, protege la vida como un derecho individual amparado por la ley (Fundación Acción Pro Derechos Humanos).

Martínez, 2016, pp. 22-23), es decir, a realizar únicamente el control de constitucionalidad e indica que la adecuación de la CEDH a leyes nacionales correspondía hacer valer por los jueces ordinarios (Eto, 2014, pp. 133-134).

La Corte de Casación francesa al ser un órgano de jurisdicción ordinaria, adopta la teoría del tribunal constitucional y profiere la sentencia hito en materia del CCV *Sociedad Jacques Vabre* del 24 de mayo de 1975, en la que confrontó y adecuó la ley interna a los tratados internacionales, en este contexto a la CEDH (Cubides, Grandas & González, 2016, p.55), en razón a la interpretación del artículo 55⁷ de la Constitución Francesa de 1958, que autorizaba al juez inaplicar una ley contraria a un tratado internacional (Fromont, 2002); contribuyendo a realizar una distinción entre un control de constitucionalidad y un control de convencionalidad.

Finalmente, el Consejo de Estado francés en 1989 marca la historia del CCV trascendentalmente, por una demanda interpuesta por el señor Nicolo para “anular las elecciones al Parlamento Europeo, por considerar que la ley número 77-729, de 7 de julio, es contraria a lo dispuesto en el artículo 227-1 del Tratado de 25 de marzo de 1957, de la Comunidad Económica Europea” (Alonso, 2000, p. 210), el tribunal de cierre realiza un exhaustivo análisis del caso interpretando el referido artículo 55 de la Constitución Francesa y consideró que “el Tratado de Roma de 1957 debía prevalecer sobre una ley de 1977 relativa a la organización de las elecciones al Parlamento Europeo” (Cubides, 2013). Del mismo modo, es menester afirmar como lo expresan Castro, Cubides & Martínez (2016) que la misma sentencia del Consejo de Estado Francés crea el CCV difuso (en adelante, CCVD) al otorgarle facultad a los jueces de inferior jerarquía a que en un evento de confrontación normativa de leyes con normas convencionales, se aplicarán éstas últimas.

Con lo anterior, se vislumbra que el CCV tiene un origen pretoriano francés, el cual ya sea en diferente denominación, también contempla la facultad que tiene el poder judicial de confrontar una ley nacional con un tratado internacional prevaleciendo este último. Es así como Mauro Cappelletti (1977) denomina en términos de “control de la legitimidad convencional del acto impugnado” la función ejercida por la Corte Europea de Derechos Humanos para aplicar el CEDH.

1.2 ORIGEN INTERAMERICANO

El SIDH resulta ser el sistema regional más antiguo del mundo, teniendo su origen en la Primera Conferencia Internacional Americana de 1889 a 1890 dentro del

⁷ Artículo 55 de la Constitución Francesa de 1958. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

marco de la Organización de los Estados Americanos (Martínez, Cubides, & Reyes, 2016, p.101), conformado por dos órganos la Corte IDH (órgano jurisdiccional) y la CIDH (órgano cuasi-jurisdiccional) revestidas por un compendio de funciones de las que se harán alusión posteriormente, tienen como objetivo asegurar el cumplimiento del Pacto de San José. La Corte IDH en razón de su facultad de emitir sentencias y conceptos por parte de su colegiado, profiere en el año 2003 la primera jurisprudencia interamericana en la que se esboza el concepto de CCV, exactamente en el Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala por el voto concurrente del Juez y en ese entonces Presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez de la siguiente manera

(...) No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Mack Chang vs. Guatemala, 2003)

Creando una figura denominada por Sierra, Cubides & Carrasco "responsabilidad convencional" (2016, p. 58), en la que todos los Estados se comprometen a adecuar las obligaciones que hacen parte del pacto internacional a toda su normatividad interna.

Un año después el mismo juez Sergio García Ramírez, mediante otro voto concurrente en el Caso Tibi vs. Ecuador, 2004, coadyuva a la construcción de la línea jurisprudencial del CCV, expresando lo siguiente

(...) Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos (...) (...) El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía (Corte IDH, Voto concurrente razonado juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi vs. Ecuador, 2004).

Al continuar con el desarrollo jurisprudencial, se encuentra que el Caso Vargas Areco vs. Paraguay del 2006 con voto razonado del juez Sergio García Ramírez, es aquel que enaltece y enuncia taxativamente el término:

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno (Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006) (el subrayado es nuestro).

No menos importantes, otras sentencias de la Corte IDH contra los diferentes países americanos, desarrollan el CCV y contribuyen a su evolución, por ejemplo, el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 2006, resulta ser otra sentencia fundamental para el concepto de CCV, sobre todo es la fuente del CCV difuso como se retomará en líneas posteriores, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006, el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá 2008, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, 2010, Caso Gelman vs Uruguay, 2011.

2 CONCEPTO CCV

2.1 SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

El SIDH es concertado por Estados americanos que han suscrito la CADH, se identifica como un indicador regional de protección universal consolidado formalmente en 1969 pero con raíces teóricas establecidas desde 1948”, (Barreto & Cubides, 2017, p. 662), compuesto por la Corte IDH, como órgano jurisdiccional de naturaleza reparativa y la CIDH como órgano cuasi-jurisdiccional de naturaleza preventiva. El SIDH tiene instrumentos y tratados internacionales para proteger los DDHH de todos los habitantes de los Estados que han suscrito la CADH⁸, a lo que se denomina *Corpus Iuris* (Cubides, Grandas & González, 2016).

Antes de recurrir a la noción de CCV, surge la cuestión de conocer la necesidad del CCV, conforme a Castro, Cubides & Martínez (2016), es un mecanismo para coadyuvar a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales, responsabilidades que adquirieron al momento de suscribir la CADH y ratificarla en su ordenamiento jurídico interno.

Existen diferentes concepciones del CCV por varios autores, expresa Barreto & Cubides (2016), el CCV es un mecanismo judicial de origen internacional, “con el propósito de garantizar la protección de los derechos contenidos en el

⁸ La CADH es la ley regional por la cual surge el sistema interamericano como instrumento jurídico de carácter regional, que lo crea y legitima su funcionamiento (Barreto & Cubides, 2017, p. 663).

componente normativo propiamente dicho del mencionado Corpus Iuris Convencional” (p. 668).

Según Vivas & Cubides (2012) es el cumplimiento de las sentencias emitidas por la Corte IDH, consideradas como un precedente jurisprudencial que evita la vulneración del CADH, estas, deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno y ser vinculantes en el campo nacional e internacional.

Sierra, Cubides & Carrasco (2016, p. 59) lo sintetizan como

“una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y las libertades constitucionales son armonizadas con valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales” (p. 59).

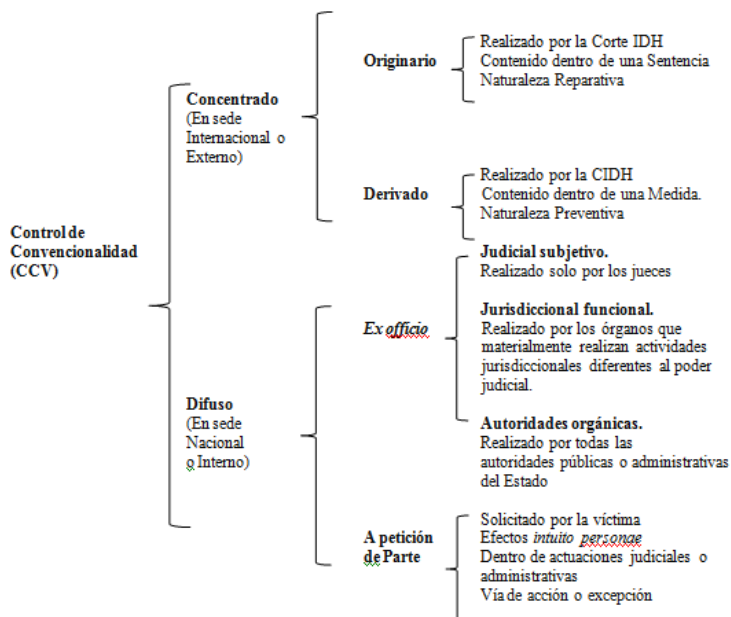
Lo anterior se refiere a que los operadores jurídicos deben ejercer a través de la interpretación, una labor de armonizar el derecho interno a los parámetros del SIDH (Martínez, Pérez y Cubides, 2015, p. 119).

Siguiendo a Woolcott (2016, p. 82), la Corte IDH a través de su ejercicio del CCV puede también aplicar un principio convencional conocido como *“restitutio in integrum”*, verbigracia, al realizar hermenéuticamente una confrontación de una ley nacional con una convención en un caso concreto facilita garantizar el derecho vulnerado, a declarar una responsabilidad de un Estado y sobre todo asegurar la reparación del daño causado a la víctima en su integridad.

3 TAXONOMÍA DEL CCV, CON ENFOQUE AL CCV DIFUSO

En el 2015, Cubides, Chacón & Martínez a través de un esquema ejemplifican la taxonomía del CCV como una construcción teórica respecto al CCV concentrado y CCV difuso, en el que enuncian las características importantes de cada uno de ellos junto al órgano que lo ejerce, como se expone en la siguiente figura.

CUADRO N° 3. Taxonomía del CCV.



Fuente: Cubides, J. Chacón, N. & A. Martínez. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. *Revista Académica y Derecho*, (11), p. 78.

En el anterior cuadro identifican que los dos órganos del SIDH son los encargados de realizar un CCV concentrado, definido como una confrontación entre leyes nacionales y tratados internacionales ratificados examinando cuáles son las normas que defienden los derechos convencionales y los actos que los han violentado (Quinche, 2014), se materializa cuando la Corte IDH profiere una jurisprudencia convencional con todos sus elementos (original) y la CIDH recomienda tomar medidas para la prevención de perjuicios trascendentales (derivado), con el objetivo de reconocer la eficacia de actos que integran el derecho internacional de los derechos humanos (González, 2016, p.4).

Por su parte, el CCV difuso es entendido como una confrontación normativa a nivel local o nacional (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 20), como la obligación de los jueces de los Estados parte para adecuar la CADH en asuntos concretos de su competencia (Quinche, 2013), prevaleciendo sobre normas contenidas en el compendio jurídico interno.

Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 113) agregan que el examen de compatibilidad no se debe realizar solo frente a la CADH, es apropiado que se incluyan los protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte IDH, es decir, los instrumentos que hacen parte del *Corpus Iuris*.

Parafraseando a Sierra, Cubides & Carrasco (2016, p. 85), el CCV difuso goza de las siguientes características:

1. Los órganos y jueces de todos los niveles deben velar porque la CADH no se vea afectada en ningún momento, es decir, ejercer CCV.
2. El CCV debe ser realizado por órganos internos y jueces de todos los niveles "ex officio", garantizando el efecto útil.
3. En el CCV deben ser considerados la CADH, las interpretaciones que ha realizado la Corte IDH en ejercicio de sus funciones y el *Corpus Iuris* en razón del artículo 29 de la CADH.
4. Los órganos internos, incluidos los jueces, deben efectuar dicho control al caso concreto dentro de sus respectivas competencias.
5. Debe hacerse adecuándose a los principios establecidos por la Convención y las garantías judiciales.

Con lo anterior se asegura la premisa de que todos los órganos internos de los Estados parte del SIDH realizan CCV en su modalidad difusa, independientemente de que sean o no jurisdiccionales.

Es así como Carlos, Cubides & Martínez (2016) realizan una clasificación jurisprudencial de la aplicación del CCV difuso ex officio, contribuyendo y ampliando la taxonomía compartida en la presente investigación. Utilizan la metodología descriptiva mediante la herramienta de línea jurisprudencial y realizan un estudio a las sentencias de la Corte IDH que son hito para calificar cada una de estas categorías. El Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006) categoriza el criterio judicial convencional⁹, al contemplar que los jueces nacionales de los Estados son los que realizan el CCV difuso. El Caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006)

⁹ Castro, Cubides & Martínez (2016, p. 43) indican que el siguiente voto razonado es el que menciona a los jueces convencionales que resultan ser los jueces internos del Estado. Léase en: Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, 2006, donde se expresa: "Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquellos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte"

expone el criterio judicial orgánico¹⁰, son los órganos del poder judicial los encargados del CCV difuso. El Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) es el autor del criterio jurisdiccional convencional, afirma que todos los órganos vinculados que ejerzan funciones jurisdiccionales y estén relacionados con la administración de justicia¹¹, en todos sus niveles hacen valer el CCV difuso; esta categoría resulta ser la diferencia con la taxonomía indicada por los doctrinantes en el esquema, ya que contempla organismos que por su naturaleza no son jurisdiccionales pero hacen las veces de administradores de justicia, verbigracia, algunas Superintendencias. La última categoría se denomina criterio autoritativo convencional, en el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), es tarea de toda autoridad pública para prevenir vulneraciones a los derechos humanos¹².

Asimismo, los autores argumentan que las anteriores categorías pueden determinar en una escala para explicar el grado de asimilación de los Estados con el ejercicio del CCV

esto es si se encuentran en el primer criterio sería un nivel "leve", si están en el segundo sería un cumplimiento "intermedio", si se ubican dentro del tercer momento sería "amplio", y si están dentro del último momento sería "total". Estos criterios, por tanto, servirán para identificar el grado de cumplimiento o de acatamiento de los Estados al CCV (Castro, Cubides & Martínez, 2016, p. 48).

En conclusión, se afirma que "los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la CADH" (Maldonado, 2017, p.73).

¹⁰ En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, Sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006).

¹¹ Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (Corte IDH, Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010).

¹² Debe primar un "control de convencionalidad" (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (Corte IDH, Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay, 2011).

4 CCV EN COLOMBIA

El Pacto de San José fue firmado el 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica, Colombia la aprueba el 30 de diciembre de 1972 mediante la ley 16 del mismo año y es ratificada, según informes de la Organización de Estados Americanos, el 28 de mayo de 1973.

En los antecedentes del CCV en Colombia, se evidencia que antes de la creación de la Corte Constitucional en 1991, ningún tribunal de cierre aplicaba éste término al caso concreto debido a que nunca se hizo referencia a la obligatoriedad que tenía la Convención. No obstante, Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 117) afirman que en 1998 mediante sentencia C-481 de la Corte Constitucional al resolver un problema de discriminación laboral por sexo, expone por primera vez en nuestro país la tesis de la obligatoriedad de la CADH

[...] es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno (Corte Constitucional, 1998).

De la misma manera, expresan que la sentencia C- 370 de 2006 tiene incidencia en la incorporación de los tratados internacionales al sistema interno de los Estados parte

la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos (Corte Constitucional, 2006).

Aunque las sentencias referidas afirmaran la obligatoriedad de la CADH y de incorporar los tratados internacionales al ordenamiento interno, de ninguna manera se evidenciaba la aplicación del CCV. Para Pinilla & Cubides (2016) la sentencia hito en la se vislumbró por primera vez el CCV es la Masacre de Santo Domingo vs Colombia (2012)¹³,

¹³ en el que a causa del conflicto armado interno que ha vivido el país, un helicóptero de la Fuerza área Colombiana lanzó artefactos con destino a una avioneta que llevaba armas y dinero para actividades ilícitas como el narcotráfico afectando a la población civil. La Corte IDH condena a Colombia por la violación a derechos humanos, evidenciando la eficacia y existencia del control de convencionalidad ligado directamente con el Estado Social de Derecho adoptados por países latinoamericanos, garantizando derechos humanos y la dignidad humana

en el que la Corte IDH interviene por haber afectado a la población civil a causa de un helicóptero de la Fuerza Aérea que lanzó artefactos contra una avioneta destinada para actividades ilícitas, Colombia en su defensa argumenta que la Corte IDH solo podría basar sus interpretaciones a la luz de la CADH, a lo que respondió que también tiene la facultad de interpretar otros tratados de derechos humanos y cualquier acción u omisión del Estado que permita la vulneración de aquellas garantías, admite la intervención de la Corte (p. 104).

Lo anterior demuestra que la Corte IDH está facultada en Colombia, para interpretar cualquier tratado internacional ratificado por Colombia y no solo la CADH, esto, por ser la Convención que contiene un compendio de derechos humanos y libertades, lo extendiendo la competencia interpretativa de la Corte. A continuación, se contemplarán los mejores ejemplos en los que el CCV difuso se hace efectivo en Colombia.

El CCV difuso en Colombia sigue la premisa de ser ejercido por los jueces nacionales, y órganos judiciales, pero no se evidencia un ejercicio eficaz por parte de autoridades públicas, como se demostrará posteriormente.

4.1 EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

Los jueces de la República de Colombia tienen el deber de realizar lo que se conoce como excepción de inconstitucionalidad en razón del artículo 4¹⁴ de la Constitución Política, consiste en inaplicar una disposición que resulte contraria a la Constitución (Pinilla & Cubides, 2016, p.101), ésta decisión puede ser recurrida por parte del accionante cuando considere que el juez nacional no procedió a realizar el mejor control de constitucionalidad (Sierra, Cubides & Carrasco, 2016). La acción de tutela es la acción pública encargada de la protección de derechos humanos por excelencia, regulada en el artículo 86 de la Constitución Política y es concebida como el escenario en el que el juez de la República ejerce el control de constitucionalidad.

La excepción de inconstitucionalidad es la figura adecuada para entender por analogía como los jueces de la República pueden aplicar la CADH cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos (Sierra, Cubides & Carrasco, 2016, p. 65). Además es el claro ejemplo del CCV difuso en Colombia, ya que los jueces pueden fungir como jueces interamericanos de protección de derechos (Corte IDH. Caso de Cabrera y Montiel, 2010). El ejemplo más claro que le da firmeza al anterior

¹⁴ Artículo 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

argumento, es que el juez de la República al resolver una tutela, contempla en sus razones de derecho la protección de una garantía fundamental incorporado en una convención.

4.2 CCV DIFUSO POR EL CONSEJO DE ESTADO

El Consejo de Estado es por naturaleza la Alta Corte de la jurisdicción contenciosa administrativa que tiene una aproximación al tema de reparación directa del daño causado por acciones del Estado, por competencia de la Sección Tercera, también se incluye en las características del CCV. Siguiendo esta idea, en sus sentencias proferidas se ha corroborado el ejercicio de tal control, demostrando un eficaz desempeño de sus funciones.

Castro, Cubides & Martínez (2016) establecen una línea jurisprudencial dentro de un espacio de tiempo desde el 2012 hasta el 2016, sobre las jurisprudencias proferidas por el Consejo de Estado que reconocen y tienen incidencia en el CCV. A continuación, enfatizaremos en las sentencias consideradas como “hito” en el tema.

En primer lugar, la sentencia 24070 (2012)¹⁵ es la encargada de mencionar por primera vez el CCV en el Consejo de Estado y le atribuye al juez contencioso administrativo su ejercicio facultativamente. De igual manera, la sentencia 45092 (2013)¹⁶ confirma lo expresado y además agrega que el juez administrativo debe de oficio aplicar el CCV. La sentencia 45679 (2013), manifiesta la obligatoriedad del CCV que tienen los jueces nacionales.

Por último, los autores señalan que la 29764 (2013) es la sentencia más importante, en esta, la utilización del CCV es fundamental para endilgar la

¹⁵ Además, la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil (muertos y lesionados) inmersa en el conflicto armado, del cual se desprende el ataque armado ocurrido el 27 de agosto de 1999, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la CADH, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad), tal como en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” se sostiene.

¹⁶ Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

responsabilidad al Estado colombiano¹⁷, en un caso de lesa humanidad cometido por el Ejército Nacional contra unos habitantes del municipio de San Roque por considerarlos colaboradores de la guerrilla.

Paralelamente, otras sentencias del tribunal de cierre de lo contencioso administrativo afirman la eficacia del CCV difuso en ésta Corte, pues el Tribunal cumple con el deber constitucional, legal e internacional de asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos (Cárdenas & Suárez, 2014, p. 36), evitando que acudan a instancias internacionales para exigir la protección de ellos.

5 APLICACIÓN DEL CCV DIFUSO EN COLOMBIA

Anteriormente, al aludir la taxonomía del CCV difuso encontramos un argumento el cual contempla que todas las autoridades públicas de un Estado que adopta la CADH pueden y tienen la obligación de ejercer el CCV de acuerdo a sus funciones, lo que se conoce como CCV difuso ex officio por autoridades orgánicas en la anterior taxonomía y como criterio autoritativo convencional en la actual.

Cubides, Reyes & Castro (2016, p. 114) explican que las diferentes normas internas, leyes, reglamentos y reformas constitucionales, como actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas (Ayala, 2015), expedidas por las autoridades públicas pueden hacer valer el CCV mediante regulaciones administrativas, establecer responsabilidades civiles o penales y asegurar las garantías judiciales), garantizando el ejercicio eficaz de sus derechos.

Por consiguiente, las Superintendencias, los Departamentos Administrativos, Ministerios, entre otros, autoridades que expidan normas o conceptos están obligados a la efectuar al CCV, por ende, se infiere que jurisdicciones especiales como la justicia penal militar también están facultados a realizarlo, como se demuestra a continuación.

5.1 JURISDICCIÓN PENAL MILITAR

Se encuentra en cabeza del Ejército Nacional, encargado de hacer cumplir la Constitución Política y los derechos fundamentales, como de impartir justicia en el

¹⁷ Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “*restitutio in integrum*”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión.

ámbito militar (Cubides, Reyes & Castro, 2016, p. 121), para esto, utiliza el mecanismo del CCV difuso, teniendo en cuenta la CADH como la interpretación realizada por la Corte IDH (Corte IDH, 2010). En lo que se refiere a su misión, es la que le otorga la responsabilidad a ésta institución de ejercer el CCV difuso por lo siguiente:

Cubides, Reyes & Castro, (2016, p. 112):

1. La misión principal es proteger a la población civil, hecho que, junto con la CADH, lo faculta para ejercerlo y así direccionar su obrar en la protección de los derechos humanos.
2. El Ejército debe tenerlo en cuenta para no actuar en contra de lo pactado en la CADH, aunque la legislación interna se lo permita.
3. Debe abordarlo cuando ejerza la justicia penal militar.

Es decir, el Ejército Nacional de acuerdo a su misión de proteger los derechos fundamentales de la población civil, está directamente ligado al ejercicio del CCV difuso porque en un caso concreto, debe armonizar el compendio normativo interno con la CADH.

Al establecer que la anterior institución como lo es la Jurisdicción Penal Militar, debe ejercer CCV bajo la premisa que es una autoridad pública que por su misión debe propender por la protección de derechos humanos, se trae a colación un ejemplo de una jurisdicción especial actual, analizando que por su naturaleza eventualmente debe también ejercer un CCV difuso.

5.2 JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ (JEP)

Tiene su origen en el Acuerdo Final de Paz del 24 de noviembre de 2016 firmado por las FARC-EP y el Gobierno Colombiano con el objetivo de ponerle fin al conflicto armado interno (Cubides & Grandas, 2017, p. 148), instaurando medidas como el Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición (SIJVRNR) dentro de la cuál funcionan cinco mecanismos que contribuyen al cumplimiento de los componentes mencionados.

La JEP se ubica dentro del componente de justicia siendo “un tribunal ad hoc encargado de juzgar todos aquellos crímenes en razón al conflicto armado” asegurando una efectiva transición hacia la paz (Cubides & Grandas, 2017, p. 149).

Dentro de la misma JEP existe otra sub clasificación en cinco salas¹⁸, siendo el Tribunal de la Paz el más relevante en razón a ésta investigación, por ser el órgano judicial que aplicará las sanciones de acuerdo a unas condiciones determinadas¹⁹, al proferir sentencias que contengan sanciones a quienes fueron autores y partícipes de los crímenes dentro del conflicto armado interno, debe procurar porque sus sentencias no contraríen la CADH ni otro tratado internacional ratificado por Colombia, por ejemplo, no puede condenar por pena de muerte porque estaría vulnerando el derecho fundamental a la vida.

El CCV difuso que debe realizar la JEP y exactamente el Tribunal de Paz, también se respalda por un argumento del Acuerdo Final de Paz que ubican Cubides & Grandas (2016, p. 158) en la sección de apelación, pues argumentan que la acción de tutela “procederá por una manifiesta vía de hecho o cuando la afectación del derecho fundamental sea consecuencia directa de la parte resolutive” (Acuerdo Final de Paz, 2016, p. 160). Es decir, el Tribunal de Paz cuenta con mecanismos constitucionales para evitar que en sus sentencias pueda vulnerar la CADH, en este caso, la acción de tutela, la cual puede ser revisada hasta por la Corte Constitucional (Cubides & Grandas, 2017, p. 158).

Cubides & Martínez (2015, p. 104) sostienen que los órganos judiciales de cada Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen una doble función y es la de ejercer el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, Pinilla y Cubides expresan que estos dos son mecanismos que complementan y facilitan la armonización entre el Estado Social de Derecho y el principio fundante de la dignidad humana que están incorporados en la Constitución de los países latinoamericanos.

CONCLUSIONES

El origen del CCV es pretoriano, tuvo su primera aparición en la historia a partir del desarrollo jurisprudencial que brindaron los tribunales de cierre francés. A pesar de que no se denominaba específicamente “control de convencionalidad”, término nominado por la Corte IDH en razón a su función jurisdiccional, enunciada taxativamente en el Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006 por el voto razonado del juez Sergio García Ramírez; si existía un control con las mismas características actuales, pero con nominación indeterminada.

¹⁸ Una sala de reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas, la Sala de Amnistía o indulto, Sala de definición de situaciones jurídicas, Unidad de Investigación y Acusación y el Tribunal de Paz (Acuerdo Final de Paz, 2016).

¹⁹ Si los autores de los crímenes en ocasión al conflicto armado reconocen la verdad y responsabilidad o si existe ausencia de responsabilidad, criterios importantes para aplicar la sanción respectiva, clasificadas en sanciones propias, alternativas y ordinarias (Cubides & Grandas, 2017, p.163).

Las tres decisiones proferidas por los tribunales de cierre estudiadas en la presente investigación demuestran la evolución del concepto de control de convencionalidad. El análisis realizado por la jurisdicción racional resultaba ser limitada, rechazando la facultad de ejercer un control de convencionalidad que por la naturaleza de la misma jurisdicción de garantizar el respeto de los derechos humanos podría materializar el “efecto útil” del mismo. No obstante, el concepto proferido por la Corte de Casación francesa, dista del tribunal constitucional, resaltando que pertenece a la jurisdicción ordinaria y no está tan próxima a manejar temáticas de derechos humanos, a través de su análisis tuvo una aproximación más adecuada al concepto de control de convencionalidad, reconociendo la primacía de los tratados internacionales sobre leyes nacionales. Evidentemente la sentencia que causó más revuelo en el tema, es la sentencia Nicoló proferida por el Consejo de Estado francés, identificando la existencia de un control de convencionalidad, en el cual los órganos jurisdiccionales deben adecuar el derecho interno de cada Estado a los tratados internacionales que han suscrito.

Considerando las nociones sobre el CCV pueden amalgamarse en lo siguiente, es un mecanismo judicial que ejerce la Corte IDH, organismos jurisdiccionales, no jurisdiccionales, autoridades públicas de cada Estado, con la función principal de garantizar y proteger los DDHH debido a la obligación que adquirieron al suscribir la CADH, la idea principal es armonizar el ordenamiento jurídico interno con los tratados internacionales. El CCV también es de naturaleza reparativa incidiendo en el principio de reparación integral cuando la Corte IDH condena a los Estados americanos a reparar el daño causado a la víctima que trascendió a instancias internacionales.

La categorización que realizan los autores Castro, Cubides & Martínez parte de una aplicación limitada al reconocer que solo los jueces nacionales pueden realizar el CCV difuso, pero al mismo tiempo extienden ésta práctica a organismos jurisdiccionales, organismos que colaboran con la administración de justicia y autoridades públicas de cada Estado; de lo cual se puede inferir el sentido amplio del CCV difuso ex officio.

Las modalidades más comunes de realizar el CCV difuso, es por parte de los jueces de la República y el Consejo de Estado, siendo éste último el control más efectivo por el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo, pues a través de su jurisprudencia ha reconocido la obligatoriedad de la CADG, asimismo ha inaplicado las disposiciones normativas que contraríen los tratados convencionales.

La Jurisdicción Penal Militar, de acuerdo a sus funciones especializadas tiene la obligatoriedad de realizar el CCV difuso por la misión que tiene dentro del país de proteger a la población civil en sus garantías fundamentales. De igual manera, la Jurisdicción Especial para la Paz a partir de su funcionamiento debe

aplicar el CCV en razón a que su órgano sancionador, el Tribunal para la Paz permite que sus sentencias puedan ser recurridas por acción de tutela cuando profiera una sentencia que contrarie derechos y garantías fundamentales, y pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, tribunal de cierre especializado en el tema de protección de derechos humanos, lo cual evita que aquellos que fueron sancionados deban acudir a instancias internacionales.

El ejercicio del CCV difuso por parte de jurisdicciones como la especial militar y la JEP, es coincidentalmente el ejercicio ex officio del criterio jurisdiccional convencional.

Hasta el momento en Colombia no se ha reconocido en acto administrativo, regla, decreto, y demás normas proferidas por autoridades públicas, el CCV difuso ni su aplicación; ubicando a Colombia en un grado de asimilación intermedio del CCV, como se demostró en el desarrollo de la presente investigación, organismos con funciones jurisdiccionales ejercen efectivamente el CCV en el país. No obstante, lo anterior no quiere decir que esto no sea obligatorio, las autoridades públicas están vinculadas a la aplicación del CCV difuso, materializaría el efecto útil de la CADH.

REFERENCIAS

Alonso, M. (2000). La Facultad Del Juez Ordinario de Inaplicar la Ley Interna Posterior Contraria Al Derecho Comunitario. **Revista de Administración Pública**, 138. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17288>

Ayala, C. D. (2015). El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Verba**, 33. Pp. 77-97.

Cárdenas, M. y Suárez, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. **Revista Opinión Jurídica**, 13(26). Pp. 33-48

Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco, **Anuario mexicano de derecho internacional**, 11.

Castro, C. Cubides, & J. Martínez, A. (2016). La génesis del control de convencionalidad: El ejercicio del control de convencionalidad difuso (CCVD) por parte del Consejo de Estado Colombiano 2006-2014. **El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (15-49). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

Cubides, J. (2013). El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). **Ambiente Jurídico**, 15. Bogotá. Pp. 104-125.

Cubides, J. (2012). La relación del fenómeno de la Constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional. **Justicia Iuris**, 8. Bogotá, Colombia. Pp. 22-29.

Cubides, J. & Barreto, P. A. (2017). Positivización del ordenamiento convencional interamericano en Colombia **Derecho Procesal Constitucional. Codificación Procesal Constitucional**. (661-680). Bogotá, Colombia., Velandia Canosa, Eduardo Andrés (Director Científico), VC Editores Ltda. Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional, Asociación Mundial de Justicia Constitucional, Ediciones Nueva Jurídica.

Cubides, J. Chacón, N. & A, Martínez. (2015). El control de convencionalidad (CCV): retos y pugnas. Una explicación taxonómica. **Revista Académica y Derecho**, Universidad Libre Seccional Cúcuta (11), p. 78.

Cubides, J. Grandas, A. & González, J. M. (2016). Constitucionalismo Multinivel (CM): el nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales. **Perspectivas del Constitucionalismo**. (45-60). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público.

Cubides, J. Reyes, M. & Castro, C. (2016). El control de convencionalidad (CCV) y sus relaciones con la fuerza pública en Colombia. **Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana**. (107-123). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público.

Cubides, J., Sánchez, M., y Pérez, C. (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos. **Revista del observatorio de derechos humanos: iemp**. Pp. 46-54.

Cubides, J., y Vivas, T. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. **Entramado**, 8. Cali, Colombia. Pp. 184-204.

Eto, G. (2014). La inconventionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En J. L. Cáceres (Coord.). **Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional**. Perú: Adrus D & L Editores, 129-151.

Fromont, M. (2002). El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas. **Revista Pensamiento Constitucional**, (8) 369-382.

González Lemus, M. (2016). La novela "Los derechos en serio en el sistema regional interamericano": una justificación teórica del control judicial de convencionalidad. Madrid: Universidad Carlos III. Pp. 1-158.

Grandas, A. & Cubides, J. (2017). La Jurisdicción Especial para la Paz: Un tribunal ad- hoc en Colombia. **Sociedad y Fuerza Pública ante los retos de la paz**. (147-178). Bogotá, Colombia. Ed. Ibañez, Ed. Pontificia Universidad Javeriana, Ed. Ediciones Escuela Superior de Guerra.

Maldonado, R. (2017). **El derecho laboral y el control de convencionalidad**. Perfiles de las Ciencias Sociales. 4.8.

Martínez, A. J. & Cubides, J. A. (2015). Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de Convencionalidad (CCV): Análisis de dos casos paradigmáticos. **Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**, (95-120). Bogotá, Colombia, Universidad de Colombia, Colección Jus Público.

Pinilla, J. E. Cubides, J. (2016). El control de constitucionalidad: construcción dogmática en Colombia y Argentina. **Derecho Público en el siglo XXI**. (83-121). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia. Colección Jus Público.

Pinon, S. (2010). El sistema constitucional en Francia. **Revista de derecho constitucional europeo**, (14), 17-74.

Quinche, M. F. (2013). El control de constitucionalidad en Colombia. Bogotá: Universidad del Rosario.

Quinche, M. F. (2014). El control de convencionalidad como control normativo no como control simplemente erudito o formal. En E. A. Velandia (Ed.). **Derecho Procesal Constitucional**. 653-673. Bogotá: LEGIS.

Sierra, P. A. Cubides, J. Carrasco, H. (2016). El control de convencionalidad: Aspectos generales en el Sistema Americano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano. *El control de convencionalidad (CCV). Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, (51-87). Bogotá, Colombia, Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

Woolcott, O. (2016). El daño al proyecto de vida: Una categoría autónoma y necesaria en la jurisprudencia de la Corte IDH. **Análisis y aplicación de los Derechos Humanos en el contexto de la Corte Interamericana** (75-106). Bogotá, Colombia: Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público.

Normativas

Acuerdo Final de Paz, 2016.

Constitución Política de Colombia, 1991.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José de Costa Rica.

Ley 16 de 1972. Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", firmada en San José de Costa Rica. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969).

Jurisprudencia Nacional

Corte Constitucional. (1998). Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional (2006). Sentencia C-370 de 18 de mayo de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández.

Edilia del Consuelo Jiménez Arroyave vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 21 de noviembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 29764

Eudoro Salcedo Acosta vs. Policía Nacional (2012): Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 24070.

José Álvaro Torres vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 17 de octubre. Sección Tercera. Cambio de Radicación. 45679.

Teresa del Socorro Isaza de Echeverry vs. Ministerio de Defensa Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 17 de septiembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 45092.

Jurisprudencia Interamericana

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C N°. 220.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2011. Serie C N°. 221

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto del 2008. Serie C N°. 186.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N°. 101

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30 de noviembre del 2012. Serie C N°. 259.

Corte IDH. Caso Tibi vs Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 07 de septiembre de 2004. Serie C N° 114.

Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158.

Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C N°. 155.

DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE

Melitón Torres Tovar¹

Edgardo Torres López²

RESUMEN

El presente ensayo monográfico, pretende contribuir al conocimiento y práctica del desarrollo urbano sustentable, como alternativa al modelo de modernización material y centralista, que impera en la mayoría de ciudades de América Latina. Las vigas maestras del desarrollo urbano sustentable, son el respeto al medio ambiente ecológico, descentralización, desarrollo equilibrado y armónico del campo y la ciudad. Asimismo que las autoridades y ciudadanos, participen en una planificación urbana, concertada e indicativa, para ser posible una vida saludable y de calidad.

Palabras clave: Respeto a la vida. Urbanismo. Deberes y derechos humanos, dignidad de las personas; ambiente ecológico sano; planificación, descentralización, desarrollo sustentable y equilibrado.

1 CONCEPCIONES DE DESARROLLO URBANO

Para aproximarnos al tema, es necesario conocer las concepciones vigentes de desarrollo urbano.

1.1 MODERNIZACIÓN MATERIAL CENTRALISTA

El desarrollo urbano según ésta concepción es la libre construcción de edificios, centros comerciales, amplias pistas, grandes obras que privilegian el centralismo, comercio, turismo y recreación. El encargado de realizarlas es el sector privado, con las facilidades del Estado, la Región y el Municipio.

Este modelo basa su enfoque en construir obras y edificios que satisfagan la demanda inmediata de servicios y consumo generando ganancias económicas; sin tomar en cuenta una visión de futuro; solo una visión de corto plazo.

¹ Jurista peruano. Escritor. Abogado.

² Juez Superior de la Corte Superior de Lima Norte. Mestre en Derecho.

No prevé por ejemplo los riesgos que significa construir en forma masiva, altos edificios en zonas sísmicas; sin suficientes servicios de agua potable y desagüe; sin previsión de fuentes de alimentación, seguridad y salubridad.

La modernización material derrumba casonas coloniales para construir masivamente edificios. Es así que inmuebles que albergaban por ejemplo una familia con 7 personas; actualmente hospedan a más de 300 o 400 personas, en módulos verticales, generando sobre densidad, escases de agua, hiper centralismo, sobre excesiva concentración, y multiplicidad de problemas urbanos.

Por otro lado, por la ausencia de regulación o incumplimiento de normas existentes y el afán de lograr recursos económicos a cualquier precio, se disminuye o depreda, gran parte de la campiña y zonas naturales que pertenecen a la naturaleza, tierra agrícola y los aires.

El proceso de urbanización acelerada es intenso y sin ningún control efectivo.

En la ciudad se anulan áreas verdes, se retiran árboles, para convertirlas en patios o cocheras.

En el campo, extensas zonas agrícolas se convierten en selvas de asfalto y cemento; ello es un gravísimo error de fatales consecuencias, porque se afecta el ambiente natural para la producción de alimentos y el equilibrio en el eco sistema.

Los árboles, la vegetación y los espacios públicos libres, deben ser parte integrante de la ciudad; en caso contrario se afecta la calidad de vida.

La modernización material centralizada produce desorden urbano, sobre masificación, inseguridad ciudadana, contaminación ambiental, escases y encarecimiento de servicios.

Al modelo material centralista, en la práctica, poco o nada le interesa los problemas de gravea contaminación ambiental, carencia de servicios y calidad de vida de las personas en las zonas urbanas y descentralizadas; su interés principal es que los ciudadanos compren y paguen pisos para vivienda o comercio en edificios y construcciones masificadas, en los centros urbanos.

Así se genera la migración a la capital de los distritos y provincias del interior de los países, y el abandono y desatención de las zonas rurales y extensivamente de los distritos alejados de los centros urbanos en toda Latinoamérica.

El modelo de modernización centralista considera que el Estado, no debe orientar ni planificar el desarrollo urbano; que se debe dejar a plena libertad de la iniciativa privada que construya de acuerdo a criterios de oferta y demanda; que la

ciudad debe ser dejada al libre albedrío de las empresas constructoras y financieras; por lo que el rol del municipio y del Estado, con mínima regulación, debe ser facilitar la actividad constructora y comercial.

Todo ello en apariencia es atractivo, novedoso, fuente de inversiones y de empleo; sin embargo genera profundos contrastes y conflictos; se construyen edificios y grandes centros comerciales, generando un excesivo centralismo; y a la vez se genera zonas abandonadas, barrios de extrema pobreza; contaminación ambiental, sobre densidad en capitales de provincias, y bajísima población en algunas zonas, lo que genera múltiples problemas. Por un lado hacinamiento, falta de servicios públicos inseguridad ciudadana y violencia; por otro abandono, deserción y olvido de las zonas que podrían servir para la agricultura.

La ciudad en su conjunto poco a poco se convierte en un centro sobre saturado de personas, comercios, vehículos automotores y contaminación; de conflictos urbanos constantes, de caos, stress y violencia.

Si a esto le agregamos la posibilidad de sufrir movimientos telúricos, desabastecimiento de agua, o como algunos lugares ya se aprecia erupción de volcanes; desastres de la naturaleza por el calentamiento global; o conflictos por la necesidad de recursos vitales; las amenazas y los peligros que se ciernen son grandes, por falta de previsión y planificación, y principalmente por sobrevalorar el interés económico y la modernización de corto plazo, sin fijar las bases para un desarrollo humano sostenible.

Por ello consideramos que es una falta de visión grave, la política urbanística de dejar hacer y dejar pasar; consintiendo que prevalezcan los intereses privados y ganancias monopólicas, antes que la armonización de los intereses públicos y privados, que orienta el bien común.

Si continúa creciendo la ciudad sin planificación, sin respeto al derecho urbano y al derecho al medio ambiente sano, que son base del desarrollo sustentable; se generan amenazas y problemas sociales de gran complejidad.

De otro lado, la modernización material centralista, sin visión de futuro, genera nuevas y masivas invasiones de migrantes del interior del país a los centros urbanos, migrantes que buscan bienestar y progreso; porque sus pueblos y ciudades, están abandonados por el Estado y el sector privado.

En síntesis: La modernización material centralista no tiene base sustentable por los siguientes motivos:

1.- La ciudad se densifica y masifica; más de lo que puede soportar generando caos y escases de servicios públicos elementales; por hiper centralismo.

2.- Existe riesgo de desabastecimiento de agua, falta de alimentos, de servicios básicos y posibilidad de no poder afrontar desastres naturales; por la excesiva densificación de las zonas urbanas y concentración de personas.

3.- El parque automotor se incrementa a niveles que llegan a hacer colapsar las pistas; aumentando los congestionamientos; riesgos de accidentes y conflictos viales.

4.- Se depreda el ambiente natural, y se eleva los niveles de contaminación, generando stress y enfermedades urbanas.

5. Se incrementa gravemente los niveles de inseguridad ciudadana, corrupción, delitos, niños abandonados, mendicidad, problemas de salud mental y otros.

1.2 DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE

El desarrollo urbano sustentable, según este modelo, es la posibilidad de planificar y lograr que la población satisfaga sus derechos y necesidades básicas en forma racional: Alimentación, salud, trabajo, vivienda, educación, cultura, y recreación.

Es crear ciudades campiñas, en un ambiente armónico, en el que se cumplan deberes de atención al medio ambiente, y respeten los derechos humanos de las personas.

Es promover ciudades descentralizadas y desconcentradas en las que no exista sobre masificación de personas; tugurios, niños abandonados, mendigos, excesiva contaminación ambiental, ni inseguridad ciudadana; metas que han sido logradas por diversos países desarrollados respetando el Estado Constitucional de Derecho y aplicando la planificación, educación ciudadana, derecho urbano y derecho ambiental.

Es decir promover ciudades sostenibles en el tiempo; espacios racionales y equilibrados en las que se respete la dignidad, la vida y salud de las personas; asimismo la ecología; seguridad y bien común; solucionando los conflictos sociales por medios pacíficos; valores superiores a las meras consideraciones de lucro y acumulación económica.

Según esta concepción, importan más el desarrollo humano en un ambiente sano, descentralizado, equilibrado, con el cuidado del ambiente; que la construcción de grandes edificios con fines de lucro.

El objetivo del desarrollo sustentable, se puede lograr en base a una planificación estratégica armonizando el interés público y el interés privado; con

formulación y ejecución de planes urbanos con base en el respeto del ambiente ecológico, a corto, mediano y largo plazo; cumpliendo principios de equidad, previsión de servicios básicos en todos los distritos, generación de fuentes de trabajo, inversiones descentralizadas y concertación con los agentes sociales, económicos y culturales.

La clave para este modelo, es el conocimiento y respeto al derecho urbano; una planificación indicativa y democrática; descentralización y desconcentración; desarrollo equilibrado y racional de las ciudades en forma armónica, evitando la excesiva masificación de personas en ciudades, a la fecha sobre pobladas, como ocurre en Sao Paulo, ciudad de México, Bogotá, o Lima.

Para ello es fundamental la formulación y ejecución de políticas públicas de descentralización urbana; creación de ciudades campesina; con base a la coordinación entre el Gobierno Nacional, Regional y Local. Asimismo, gestión orientada por el Gobierno Local, con la participación de los sectores públicos y privados.

El planificador en este caso no impone; propone, convoca, coordina con las instituciones públicas y privadas; y al decide. El estado incentiva el desarrollo racional y equilibrado de todos los pueblos y ciudades

El desarrollo urbano se determina en objetivos de carácter social, ecológico, cívico, cultural, jurídico y económico.

En lo que se refiere a la armonización de los factores urbanos (población, construcciones, zonificación, ecología), es necesario el apoyo de la tecnología informática; utilizar programas denominados sistemas de información urbanística y geográfica, que orientan la densidad racional de una ciudad, capacidad de vivienda, servicios, transporte, trabajo, salud y otros.

La tecnología informática, para proyectar el desarrollo sustentable, es un instrumento imprescindible.

Actualmente es posible con sistemas de modelística informática, contribuir a planificar y simular diversas opciones de desarrollo urbano sustentable, con información de costos y beneficios, desde un ordenador. Los sistemas de multimedia, o realidad virtual, son instrumentos básicos, para realizar una planificación indicativa.

Asimismo, para la construcción de viviendas inteligentes; que posibiliten el reciclado del agua; y de residuos sólidos; el ahorro y uso racional de energía; la seguridad urbana; el control del parque automotor; el fomento a las actividades culturales, recreativas

Algunos centros urbanos en el mundo, reciben el nombre de E-ciudades; es decir, ciudades éticas, ecológicas, con eco desarrollo.

El desarrollo urbano sustentable puede orientarse en estudios y pruebas realizadas en laboratorios de urbanismo e informática, con los objetivos de:

- Descentralizar la ciudad, construir ciudades - campañas autónomas, en las provincias y distritos.
- Diseñar vías, edificios, áreas de educación, salud, recreación, turismo y servicios, en forma racional y armónica a lo largo y ancho del país; no solo en las capitales de provincias.

El desarrollo sustentable, debe orientarse sobre la base de políticas de descentralización racional y protección del medio ambiente en el campo y la ciudad, en todos los distritos del Perú y América Latina.

La autoridad urbana, es decir los Gobiernos Locales tiene que prever, planificar, dirigir, coordinar esfuerzos; en suma gobernar; en concertación legal, con los sectores públicos y privados.

2 GUÍA BÁSICA PARA UN DESARROLLO URBANO SUSTENTABLE

Para lograr un crecimiento urbano, armónico, ordenado y con respeto al medio ambiente es necesario considerar los siguientes requisitos.

- Respeto al derecho al medio ambiente sano y equilibrado
- Crecimiento Urbano Ordenado.
- Uso de tecnología actual y adecuada.
- Cuidado del patrimonio monumental.

El gobernante local para ello, debe hilvanar intereses, recursos y necesidades; ser un director de orquesta, que sintonice las voluntades, expectativas y requerimientos del grupo social, en base a un plan urbano, que debe ser una verdadera constitución respetada y cumplida por todos.

2.1 RESPETO AL DERECHO AL AMBIENTE SANO Y EQUILIBRADO

El deterioro progresivo del ambiente por acción humana, ha hecho surgir el derecho ambiental, constituido por un conjunto de preceptos que tienen como finalidad la protección del ecosistema, evitando la contaminación, destrucción, y desequilibrio de la naturaleza; procurando la armonía entre los intereses públicos y privados.

El derecho al medio ambiente tiene como objeto la protección de la ecología, la fauna, la flora, los recursos naturales y el desarrollo equilibrado de la vida humana en hábitats saludable; asimismo evitar la destrucción progresiva de nuestro planeta.

El derecho al medio ambiente proporciona los mecanismos legales para la protección del ambiente.

Los Gobiernos Locales, Regionales y Nacionales, de acuerdo a la legislación vigente, son los encargados de dirigir, supervisar y controlar el derecho al medio ambiente; para el cumplimiento de los objetivos urbanos, los Gobiernos Locales, deben formular planes reguladores y de control en materia urbanística y ambiental, en caso contrario la contaminación y el deterioro de la calidad de vida en las ciudades, cada vez será mayor.

2.2 CRECIMIENTO URBANO ORDENADO

Una de las razones del desorden existente en algunas ciudades latinoamericanas, es que ni las autoridades, ni la mayoría de ciudadanos respetan ni cumplen, ni hacen respetar el Derecho Urbano.

El Derecho Urbano, es un elemento esencial de regulación, planificación y desarrollo de las ciudades.

A la fecha existe un gran número de normas que forman parte del derecho urbano, sin embargo algunas se contradicen; son confusas, sobreabundantes; y las que son valiosas como el mandato de intangibilidad de los terrenos agrícolas, no se cumplen, ni controlan a cabalidad.

El respeto a la disciplina del derecho urbano, en los países desarrollados, ha demostrado que puede ser un instrumento vital para el crecimiento ordenado.

No es por la violencia, la tenencia de grandes capitales, ni por la improvisación, que se va a lograr un crecimiento urbano ordenado, sino en base a una democracia colaborativa, planificación, respeto a ley, educación de los ciudadanos; actitud positiva; uso de tecnología actual y adecuada; buen manejo de los recursos disponibles.

Asimismo la solución progresiva y racional de variables que afectan al desarrollo, como la constante migración, el centralismo, la falta de empleo y lo que es más grave la escases de recursos hídricos.

2.3 USO RACIONAL DEL SUELO

La política urbana de los gobiernos locales, así como en general a nivel nacional, es principalmente expansionista; como si no existieran barriadas o como si no hubiera necesidad de inversiones y de habilitación progresiva en las zonas antiguas o alejadas de los centros urbanos.

Una alternativa para no crecer en forma desproporcionada consiste en rehabilitar áreas deterioradas; restaurar, tugurizar, reanimar o complementar lo que la sociedad en su conjunto en el pasado se ha esforzado en desarrollar y construir.

No es recomendable que la ciudad siga creciendo sin planificación alguna, forma horizontal o vertical; por la dificultad en la dotación de servicios básicos y servicios;

Es necesario que el desarrollo se impulse en los pueblos y ciudades del interior del país en forma equitativa, descentralizada y armónica. Que se impulse la construcción de viviendas productivas y la construcción del segundo y tercer piso de los inmuebles, en las urbanizaciones consolidadas; que se incentive la creación de fuentes de trabajo, educación y oportunidades en las zonas de baja densidad poblacional.

Las Municipalidades podrían utilizar como política de ocupación de espacio urbano, por ejemplo, la promoción del derecho de superficie; construcciones en el subsuelo y sobresuelo, la edificación de casas prefabricadas, la construcción de viviendas económicas en base a contratos jurídicos modernos, como el joint venture, y otros.

Para ello se requiere:

- Uso racional del suelo.
- Planificación, prevención y control del crecimiento urbano
- Recuperación y rehabilitación de las áreas urbanas deterioradas.
- Recuperación y protección de los centros históricos.
- Rehabilitación de predios en situación del alto riesgo.
- Eliminación progresiva de tugurios.

En algunas ciudades aparentemente sobra espacio; sin embargo ese espacio sin la posibilidad de recursos hídricos, ni servicios esenciales, tiene poco valor.

Sería necesario planificar la existencia de ciudades campiñas descentralizadas, con desarrollo equilibrado.

Lo importante aquí es ampliar la zona agrícola. No podemos pensar seguir construyendo zonas solo para viviendas, destruyendo áreas agrícolas. No es dable continuar construyendo ciudades dormitorios, para que los ciudadanos, tengan que trasladarse diariamente a otros centros distantes, para trabajar.

La producción de alimentos, la ecología y los recursos naturales deben ser preservados.

Sería bueno planificar la construcción de edificios de un máximo de 12 pisos, en las ciudades del interior del país ubicadas en zonas altamente sísmicas; incentivar el derecho de superficie, la construcción vertical moderada, reservando espacios para bio huertos.

La construcción de viviendas no puede seguir destruyendo la vegetación; por un árbol destruido, si queremos preservar la vida debemos sembrar dos.

2.4 CUIDADO DEL PATRIMONIO MONUMENTAL

La grave contaminación ambiental, no sólo afecta a la naturaleza y los ciudadanos; sino también a los edificios y monumentos.

Esta una de las razones por las que los centros históricos deben convertirse en áreas culturales, turísticas, y comerciales moderadas. Restringir el acceso de vehículos automotores; construir paseos peatonales, promover la participación de la empresa privada, realizar campañas de educación para preservar los centros históricos, como áreas eminentemente culturales, comerciales y turísticas.

Muestra de lo que significa, conservar un centro histórico, es la ciudad Antigua de Guatemala. En esa ciudad el centro es eminentemente un área cultural, turística, financiera y comercial.

También es necesario utilizar los instrumentos de rehabilitación y preservación previstos en la ley. Enseñar a los ciudadanos y a la juventud especialmente a tener cariño y respeto por la ciudad. Para ello se sugiere una labor ejecutiva y eficaz de coordinación de todas las instituciones vinculadas al desarrollo urbano y preservación del patrimonio monumental, como es el caso del Ministerio de Cultura.

2.5 PARTICIPACIÓN EN EL DESARROLLO LOCAL

La ciudadanía elige a sus representantes. En este sentido el poder real, lo tiene el pueblo y sus instituciones.

La sociedad debe participar activamente en el desarrollo urbano y ambiental, por intermedio de los medios de comunicación, los colegios profesionales, las universidades, las asociaciones; las entidades representativas.

Se deben sembrar árboles, realizar campañas de descontaminación; crear conciencia ambiental; respetar y hacer respetar el derecho urbano y al medio ambiente sano y equilibrado.

3 VISIÓN DE FUTURO

El crecimiento ordenado de las ciudades se alcanza cuando existe respeto al derecho urbano, estabilidad política, buena economía social de mercado; asimismo planes, directrices y regulación del Gobierno Local.

Para ello se necesita promover la planificación urbana; los deberes y derechos humanos, educación ciudadana; mayor sentido de urbanismo, de respeto al medio ambiente y de solidaridad.

Velar que los intereses públicos y privados, no sean motivo de división y conflicto, sino principalmente de gestión efectiva para el desarrollo social. Además es necesario reafirmar que es posible lograr el crecimiento económico sin necesidad de sacrificar el derecho a vivir en ciudades equilibradas y saludables; protegiendo el medio ambiente; y haciendo efectivo el derecho al desarrollo.

Desarrollo humano, social y económico; equidad; conservación del medio ambiente, no convergen espontáneamente sino vía políticas públicas efectivas, normas, acciones de buen gobierno y control legal.

La formulación de políticas, normas y proyectos ambientales efectivos requieren participación ciudadana activa y cooperación pública - privada desde el diseño, ejecución, control y evaluación de resultados.

La responsabilidad en la solución de los problemas ambientales recae en autoridades y ciudadanos, sobre la base de actitudes positivas; en las personas y organizaciones que respeten el ambiente. Y los gobiernos que impulsen ejecuten y controlen políticas ambientales eficaces.

Es urgente impulsar la institucionalización de Foros, entre autoridades, vecinos y empresarios, para el diálogo y formulación de políticas urbanas y

ambientales integradas, que promueva el desarrollo económico, social y cultural de las ciudades de América Latina.

Se requiere que las Municipalidades aprueben planes urbanos, los cumplan y hagan cumplir.

Los planes urbanos podrían tener los objetivos siguientes:

1. Adecuar racionalmente la distribución de la población y de las actividades económicas de acuerdo a las condiciones de la zona.

2. Alentar la radicación equilibrada y sana de los habitantes mejorando las condiciones naturales y urbanísticas del hábitat.

3. Propiciar la salud, la higiene y la integración socioeconómica y cultural.

4. Distribuir equitativamente los costos y beneficios del desarrollo urbano.

5. Preservar y mejorar áreas forestales, fauna y mantos acuíferos.

6. Preservar y salvaguardar el patrimonio monumental histórico.

7. Conservar, y desarrollar integralmente la calidad de vida, belleza urbana y respeto al ecosistema.

8. Distribuir equitativa y equilibradamente las actividades urbanas; económicas, sociales, empresariales, de tal modo, que cada ciudad en lo posible sea autónoma e independiente, en la auto satisfacción de los servicios públicos.

9. Facilitar la conectividad y transporte otorgando preferencia a los sistemas modernos colectivos de transporte urbano; limitando el exceso de transporte vehicular individual.

10. Alentar y apoyar los trabajos emprendidos por el Ministerio de Cultura y Patronato del Centro Histórico en el rescate y conservación de fincas con valor cultural y arquitectónico.

11. Promover y supervisar el respeto al medio ambiente ecológico.

A manera de resumen final, para prepararnos a enfrentar las demandas del futuro, proponemos un decálogo o lineamientos de Desarrollo Urbano, como documento rector, que puede servir de marco teórico para la formulación de un plan urbano.

ANEXO - DECÁLOGO URBANO

I IDENTIDAD, CARIÑO Y RESPETO A LA CIUDAD, COMO SEGUNDO HOGAR.

Dichos valores son claves para el desarrollo sustentable. Pequeñas ciudades, sin muchos recursos, en base a la unión, buena administración de gobierno, respeto al medio ambiente y concertación entre autoridades y ciudadanos, logran brindar soluciones viables y pacíficas en forma constante y progresiva a los problemas urbanos y sociales.

II RESPETO MUTUO ENTRE AUTORIDADES LOCAL Y LOS CIUDADANOS. EN EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO SUSTENTABLE.

Gobernantes y gobernados debemos someterse a la Constitución y la ley, y al respeto a los deberes y derechos fundamentales, entre estos al derecho urbanístico y ambiental.

III OBJETIVOS COMUNES Y ESFUERZO PARA EL DESARROLLO URBANO EN UN AMBIENTE ECOLÓGICO SALUDABLE

Fijar objetivos a corto mediano y largo plazo, en el plan urbano. Ejemplo: Descentralización, desconcentración, preservación de áreas verdes, repoblamiento de los distritos; programas de vivienda, industrias, comercio y agricultura en zonas desatendidas; conectividad e internet en zonas rurales.

IV PLANIFICACION CONCERTADA, INDICATIVA, DESCENTRALIZACIÓN Y RESPETO AL PLAN URBANO.

Armonización de los intereses públicos y privados, en el Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental, en el marco de los Tratados Internacionales, la Constitución Política del Estado y las normas vigentes.

V RESPETO Y CUMPLIMIENTO A LAS NORMAS DE DERECHO URBANO Y EDUCACIÓN CIUDADANA.

Una de las claves del desarrollo, seguridad y bienestar es el respeto al Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental; que en el caso específico constituyen los deberes y derechos fundamentales, para lograr el desarrollo armónico y equilibrado de las ciudades y la población.

VI RESPETO y PROTECCIÓN A LA ECOLOGIA Y ACCIONES EN CONTRA LA CONTAMINACION.

Preservación y ampliación de la campiña y áreas verdes; creación de nuevas áreas verdes; promoción, educación y difusión de los derechos y deberes ambientales.

VII CUIDADO Y PRESERVACIÓN DE LOS RECURSOS NATURALES.

Principalmente el oxígeno, agua, y tierra, que posibilitan la vida; la vegetación, flora y fauna.

VIII PARTICIPACION CIUDADANA EN EDUCACION, CULTURA URBANISMO Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

El desarrollo sustentable es una acción participativa y creativa del Estado y la sociedad.

IX ACCIONES DE RESTAURACIÓN, REHABILITACION, DESTUGURIZACION Y MODERNIZACIÓN.

No se debe destruir barrios y casonas antiguas; algunos se pueden rehabilitar, restaurar y conservar

X RESPETO Y CUIDADO A LOS MONUMENTOS HISTORICOS.

Patrimonio de la ciudad y memoria histórica de la humanidad.



BIBLIOGRAFÍA

ALZAMORA VALDEZ MARIO.- **Derecho Municipal** 2da. Edición. Lima 1989

CARAVEDO M. BALTAZAR. **El problema del des centralismo**. Lima. 1ra Ed. 1983

CEDER. **Centro de Estudios para el Desarrollo Regional**. Desarrollo Urbano y Vivienda Popular. La vivienda popular en Arequipa. 1ra.Ed. 1989

DE ALTHAUS GUARDERAS JAIME. **Realidad de las Municipalidades en el Perú**. Fund. Friedrich Ebert. Septiembre 1986

DESCO. **Municipio y Pobladores en la Habilitación Urbana**. (Huaycan y Laderas de Chillón) Lima 1989

DE SOTO HERNANDO. **El Otro Sendero**. Lima 7ma Edición.

DIAZ PALACIOS JULIO. **Municipio**: Democracia y Desarrollo. Ed. 1989

LE CORBUSIER **Cómo concebir el urbanismo**. Argentina 1959. 1ra Edición

MATOS MAR José. **Desborde Popular y Crisis del Estado**. 7ma Ed. 1988

RIOFRIO GUSTAVO. **¿Que vivienda haz construido?** Desco.1ra. Ed. 1989

RIOFRIO GUSTAVO. **Producir la ciudad (popular) de los 90**. Desco 1991

RODRIGUEZ RODRIGUEZ GERMAN. **Arequipa clandestina. Reflexiones sobre el crecimiento urbano**. Arequipa 1989

TORRES TOVAR MELITON Bodas de Plata de la Ley 13517. Balance y Perspectivas. **Revista Dinámica** Nro. 18. Arequipa

COMISION HABITAT. **Hacia nuevas políticas del hábitat en el Perú**.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA PAZ EN EL SIGLO XXI

Milton Miranda Paredes¹

Sentado en la tranquilidad de mi habitación pienso en algunos conceptos que existen sobre la paz o relativos a ese estado de conciencia del ser humano, en este siglo marcado por la realidad virtual, el internet, las comunicaciones, vía Skype, etc.

¿Qué es la Paz? En términos simples, podríamos decir que es la ausencia de guerra. Sin embargo ¿se podría afirmar, si un país no está envuelto en una guerra convencional, su pueblo vive en paz y tranquilidad? En mi opinión no. Eso se pensaba siglos atrás.

En este siglo, el concepto de paz ha evolucionado, es decir se hecho más plenos, ha tomado más cuerpo, es ahora más complejo como la vida del ser humano. Para que exista paz, tiene que haber justicia, libertad y respeto a los derechos fundamentales de las personas.

En el mundo actual esto no ocurre. Basta hacer un rápido análisis de las personalidades que representan algunos de los países más importantes, como por ejemplo el presidente de Rusia, con un afán expansionista anexando territorios como Crimea o intentando nuevamente revivir el eje de países pro soviético.

El dictador nor coreano Kim Jong-un, con un poder absoluto, un ejército de más de un millón de soldados y un creciente arsenal nuclear, teniendo como enemigos jurados a Estados Unidos, Corea del Sur y Japón. Una verdadera una amenaza a la paz mundial.

Y por último el personaje más controvertido de estos tiempos en el sillón de mando del país todavía más poderoso del mundo, Donald Trump, quien ha despertado oscuras épocas de ese país como la segregación racial, no solo contra los afroamericanos, sino contra todos los que no tiene piel blanca, especialmente los inmigrantes de ayer y de hoy. Atenta contra la paz a la que tienen derecho unos seres humanos movidos por el deseo de superación y bienestar para ellos y sus hijos.

¹ Abogado de la Universidad Católica Santa María. Asistente de Odecma de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

Podríamos decir que dichos personajes, representan amenazas contra la PAZ? Si lo son. Pero al margen de esas amenazas, tenemos que lograr la paz. Volvemos a la pregunta ¿Que es la Paz?, es un estado de conciencia, un estado situacional o es una actitud del ser humano? Yo diría que es esto último. El ser humano por su naturaleza, no es perfecto, tiene estados de violencia que los manifiesta por temor, por necesidad o frustración, cuando intenta defenderse contra una amenaza, cuando aún nada ha sucedido, para cubrir sus necesidades básicas o ante un tema de desesperación o abandono, adopta una reacción violenta que se contrapone a una actitud pacífica que es pensar cómo puedo solucionar un problema, el dialogo que lleva a la concertación o acuerdo sea gremial, institucional o personal.

Para que una persona tenga paz, tiene que lograrla en su mente y corazón. Para que una sociedad tenga paz duradera debe construir dos pilares fundamentales: Democracia y Justicia social. El ser humano alcanzara la tranquilidad cuando no vea amenazados sus derechos y su dignidad humana no sea mancillada. Si en un país gobierna el despotismo y la tiranía, sea religiosa, económica o política; si no se respeta la opinión o las creencias de sus ciudadanos, o si acallan cualquier voz contraria con latigazos, encarcelamiento y balas, la tranquilidad desaparecerá y la Paz se convertirá en una quimera como la felicidad

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

Resúmenes Expandidos

GT3: PAZ Y TEORÍAS DE LA JUSTICIA

“PAZ PERPÉTUA KANTIANA: A INTERNACIONALIZAÇÃO DA OBRIGAÇÃO MORAL”

Wagner Vinicius de Oliveira¹

RESUMO

Talvez a questão da paz seja uma questão mais intrincada que a justiça. Essas dificuldades são elevadas quando se pensa num projeto teórico-filosófico que ambiciona fundamentar a paz global, como é o caso da paz perpétua kantiana. Deste modo, investiga-se de modo sumário sua consistência teórica para desenhar o arrojado projeto da paz mundial. Para tanto, aplica-se o método de análise bibliográfica na referida obra para alcançar este escopo. Constata-se, por fim, que alguns tratados internacionais replicam a filosofia moral kantiana com o objetivo de alcançar a paz, contudo a concretização da obrigação moral a nível mundial, ainda hoje, é uma tarefa não realizada.

Palavras-chave: Kant. Filosofia política. Paz mundial.

1 PRIMEIRAS PALAVRAS

Este breve escrito se insere no eixo temático sobre a “Paz e Teorias da Justiça”. Objetivando delimitar estes vastos temas, nas linhas que seguem coloca-se em movimento a situação-problema acerca da validade teórica do projeto filosófico de Immanuel Kant intitulado *A paz perpétua: um projeto filosófico*. Trata-se de um opúsculo, publicado originalmente em 1795, desenvolvido em duas seções, artigos preliminares e definitivos, dois suplementos e, igualmente, dois apêndices.

De partida, cabe sublinhar que a sobredita obra não se apresenta como um manual, que seguido *pari passu* culminará na paz mundial. Nessa obra, o filósofo procura desenhar diretrizes fundamentais para o arrojado empreendimento de

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades - NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU, graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7878120675568536>

mundialização de uma obrigação moral, qual seja: a observância do imperativo categórico pela comunidade valorativa a nível mundial, cujos resultados diretos são o reconhecimento da autonomia existencial e a não instrumentalização do ser humano.

Contudo, há tempos estes mesmos deveres são cotidianos e sistematicamente infringidos. Assim, seria adequado sustentar a consistência teórica da paz perpétua kantiana ante o conturbado cenário geopolítico mundial? Ante a insuficiência de lastro empírico para comprovação das hipóteses, resta proceder o exame teórico do tema.

Para tanto, Kant baseia-se na mútua tolerância entre todos os “coproprietários do mundo”, o autor engendra uma complexa trama de direitos que em alguma medida representam o suporte filosófico de alguns tratados internacionais para fins de promoção da paz², como é o caso do direito de posse comunitária da terra, direito de visita, dever de hospitalidade, dentre outros da mesma espécie.

Como se sabe, na rigorosa filosofia moral kantiana a Constituição republicana é estabelecida como condição de possibilidade para a participação do povo nas decisões políticas, portanto, igualmente necessária para o projeto de paz mundial. Cujas confederação dos Estados-nacionais (federações) compõe a liga de povos que, por sua vez, formará uma liga da paz atingindo o estado de paz perpétua mundial, sem a necessidade de uma legislação universal (constituição cosmopolita não escrita). Em termos mais claros, a teoria da “[...] paz perpétua fundada numa liga de povos como república mundial” (KANT, 2008b, p. 41).

Na perspectiva da junção entre direito, moral e política os Estados (de forma análoga aos seres humanos) não possuem preço, mas dignidade. Isto equivale a afirmar que um Estado não deve ser um patrimônio particular, podendo ser comprado ou vendido, mas de outra sorte, deve ser compreendido como um bem público coletivamente construído.

Diferentemente do ponto de vista hobbesiano, conforme indica Heddley Bull (2002, p. 33), segundo o qual “A paz corresponde a um período de recuperação da última guerra e de preparação para a próxima.”, em Kant a paz mundial centra-se na racionalidade e na autonomia dos povos³.

² Em consulta a coletânea de tratados internacionais no sítio eletrônico do Núcleo de Estudos sobre Cooperação e Conflitos Internacionais - NECCINT, da Universidade Federal de Ouro Preto - UFOP, referente ao tema do desarmamento e da segurança coletiva, além da própria Carta das Nações Unidas (arts. 1º, 4º, 11, 12, 18, 23, 24, 26, 33, 34, 37, 39, 42, 43, 47, 48, 51, 54, 73, 76, 84 e 99), constam o Tratado Interamericano de Assistência Recíproca (1947) - Pacto do Rio (arts. 4º, 5º, 6º e 7º) e o Tratado sobre a Não-Proliferação de Armas Nucleares (1968) (arts. 4º e art. 11), como indicativo destas ideias.

³ Muito embora, não se esqueça que: “Mas a guerra não precisa de um motivo particular, pois parece estar enxertada na natureza humana [...]” (KANT, 2008a, p. 27).

2 ARTICULANDO IDEIAS FILOSÓFICAS EM TORNO DA PAZ MUNDIAL

Realizadas uma breve contextualização e a apresentação da situação-problema, cumpre neste tópico realizar a análise da fundamentação teórica acerca dos ideais progressistas para o cenário mundial. Na especulação kantiana, chamada por Michael W. Doyle (2006, p. 206-207) de internacionalismo liberal (*liberal internationalism*), a paz perpétua é o objetivo último de seus escritos políticos, por conseguinte, essa teoria é considerada o marco do direito e da filosofia supranacional, segundo afirmam Dulce María Granja Castro e Eduardo Charpenel Elorduy (2014, p. 55).

Para colocar em evidência seu arrojado empreendimento filosófico Kant (2008a, p. 06) apresenta como condição de uma paz duradoura entre os Estados a necessidade do desaparecimento progressivo e integral dos exércitos permanentes. Mais à frente, o citado autor manifesta suas razões para essa aguda afirmação:

[...] acrescente-se que pôr-se a soldo para matar ou ser morto parece implicar um uso dos homens como simples máquinas e instrumentos na mão de outrem (do Estado), uso que não se pode harmonizar bem com o direito da humanidade na nossa própria pessoa. (KANT, 2008a, p. 06).

Na mesma tônica, ao que tudo indica, o germe do princípio da não interferência revela-se na seguinte passagem: “5. «Nenhum Estado se deve imiscuir pela força na constituição e no governo de outro Estado.»” (KANT, 2008a, p. 07). Mesmo porque, constantemente ingerências externas colocam em xeque a autonomia dos Estados, porquanto, este clássico princípio de Direito Internacional deve ser (re)interpretado à luz dos padrões contemporâneos de justiça⁴.

Kant (2008a, p. 11), na segunda seção afirma que a constituição republicana é fundamental para a construção da paz permanente, isto é, a legislação jurídica de um povo formado por membros livres e iguais jungidos por um vínculo comum decorrente do contrato originário. “O republicanismo é o princípio político da separação entre o poder executivo (governo) e o legislativo,” (KANT, 2008a, p. 13-14). Fala-se, pois, na autodeterminação popular manifestada na constituição republicana.

⁴ Cf. ressalta Valério de Oliveira Mazzuoli (2011, p. 440, grifos no original): Também não significa que os poderes que tem um determinado Estado sejam *ilimitados* e não encontrem qualquer ordem de impedimentos. Assim, a *autocapacidade* (e, conseqüentemente, a *independência*) significa apenas que os Estados são livres para se autoconduzirem, tanto interna como internacionalmente, sem interferências de outros Estados em seus negócios próprios.

Vale acrescentar que esta tarefa deve ser desenvolvida por “[...] uma federação de tipo especial, a que se pode dar o nome de federação da paz [...]” (KANT, 2008a, p. 18). Reforçando, assim as características acima apontadas, quais sejam: a inexistência de exércitos permanentes e a necessidade de uma república federativa.

Se se compreendeu adequadamente as ideias do autor, tem-se a internacionalização de uma obrigação moral que é refletida por toda a obra. Bem por isso, “[...] *hospitalidade* significa aqui o direito de um estrangeiro a não ser tratado com hostilidade em virtude da sua vinda ao território de outro.” (KANT, 2008a, p. 20, grifo no original). Tal diretriz possui desdobramentos nas relações internas, entre o Estado e seus cidadãos, bem como nas relações externa, com outros Estados.

Essa tônica é transparecida pelo próprio Kant (2008a, p. 30), que por intermédio de outras palavras sustenta: “No entanto, o anseio de todo o Estado (ou da sua autoridade suprema) é estabelecer-se numa situação de paz duradoira (*sic*) de modo a dominar, se possível, o mundo inteiro. Mas a natureza quer outra coisa.”

Em verdade, sendo o princípio da moralidade um “[...] conjunto de leis incondicionalmente obrigatórias, segundo as quais devemos agir” (KANT, 2008a, p. 34), não há como realizar-se de outro modo, pois, como se sabe, sobretudo nessa filosofia moral, não se delibera acerca de consequências necessárias. Logo, o supremo princípio da paz perpétua é que:

[...] todo o mal que se lhe atravessa no caminho provém de que o moralista político começa no ponto em que justamente o político moral acaba e, ao subordinar assim os princípios aos fins (isto é, ao pôr os cavalos atrás da carroça), torna vão o seu propósito de conciliar a política com a moral. (KANT, 2008a, p. 41).

A tarefa a ser desenvolvida pelo imperativo categórico da moralidade é harmonizar o princípio material (contingencial), objeto do arbítrio, com o princípio formal (necessário), isto é, “[...] age de tal modo que possas querer que a tua máxima se torne uma lei universal (seja qual for o fim que ele queira).” (KANT, 2008a, p. 41; 1991, p. 56). “Assim,” segundo afirmou Kant (2008a, p. 43), “por exemplo, um princípio da política moral é que um povo se deve congregar num Estado segundo os conceitos exclusivos da liberdade e da igualdade, e este princípio não se funda na astúcia, mas no dever.”

Deste modo, a vista do exposto a configuração proposta pelo filósofo caminha no sentido de construir uma complexa arquitetura global, formada por uma rede de federações (liga da paz), cuja função precípua é “[...] a *paz perpétua*, que se segue aos até agora falsamente chamados tratados de paz (na realidade,

armistícios), não é uma ideia vazia, mas uma tarefa que, a pouco e pouco resolvida, se aproxima constantemente do seu fim [...]” (KANT, 2008a, p. 52, grifo no original).

Em resumo, a coerente resposta apresentada por Kant coloca a dignidade da pessoa humana como núcleo de uma obrigação moral categórica, cujo alinhamento com esta proposta nos planos interno e externos poderão chegar, paulatinamente, as consequências vislumbradas. Por fim, o desfecho do princípio da moralidade não é outro senão uma relação adequada para que os Estados possam desenvolver-se pacificamente, segundo as palavras de Kant, na paz perpétua.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A vista do objetivo acima traçado, esta pesquisa consistente no registro das principais ideias retratadas na filosofia moral kantiana no que toca à possibilidade de construção da paz mundial. Com efeito, viu-se a natureza contra fática da arrojada teoria filosófica da *Paz perpétua*, todavia, cabe repisar sua função prescritiva, em detrimento do caráter descritivo.

Dito isto, a contribuição deste escrito está em destacar a contribuição filosófica para pensar a problemática questão da geopolítica mundial. Assim, nas linhas passadas buscou-se fundamentar a ideia de justiça e de paz presente nos instrumentos do Direito Internacional Público dentre eles a autodeterminação e a valorização dos povos, cuja contribuição teórica-filosófica de Kant é inegável.

Como habitual, resta a árdua tarefa de transformar a realidade fática de acordo com o plano ideal traçado, tal empreendimento deve ser construído coletiva e progressivamente pelos povos do mundo, com vistas a concretização da obrigação moral da paz mundial. Isto, contudo, não é cerrar os olhos para dificuldades que a teoria apresenta, que por razões de espaço não foram aqui abordadas.

REFERÊNCIAS

BULL, Hedley. **A sociedade anárquica**. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

CASTRO, Dulce María Granja; ELORDUY, Eduardo Charpenel. El ideal de la paz perpetua en Rousseau y Kant. **Signos Filosóficos**, vol. XVI, núm. 31, enero-junio, 2014, pp. 37-62. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/signosf/v16n31/v16n31a2.pdf>>. Acesso em: 07 ago. 2017.

DOYLE, Michael W. Kant and liberal internationalism. In: KLEINGELD, Pauline. (Ed.). **Toward perpetual peace and other writings on politics, peace, and history - Immanuel Kant**. New York: Yale University Press, 2006, pp. 201-242. (Rethinking the western tradition).

EASLEY, Eric S. **The war over perpetual peace: an exploration into the history of a foundational international relations text**. New York: Palgrave Macmillan, 2004.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**: um projecto (sic) filosófico. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008a. (Clássicos de Filosofia).

KANT, Immanuel. **Religião nos limites da simples razão**. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008b. (Clássicos de Filosofia).

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1991. (Textos filosóficos 70).

KANT, Immanuel. **Qu'est-ce que les lumières?** (1784). Disponível em: <<https://webusers.imj-prg.fr/~david.aubin/cours/textes/kant-lumieres.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2017.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO (UFOP). Observatório de Relações Internacionais. Núcleo de Estudos sobre Cooperação e Conflitos Internacionais da UFOP (NECCINT). **Coletânea de tratados internacionais**. Disponível em: <<https://neccint.wordpress.com/legislacao-internacional>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

GT4: PAZ, EDUCACIÓN Y LIBERTAD RELIGIOSA

“GÊNERO E HIERARQUIA: COMO MEDIAR A RELAÇÃO LABORAL DE MULHERES POLICIAIS”

Naira Lima Santos

RESUMO

O estudo desta pesquisa aborda a questão do trabalho a partir da atuação feminina, embora analise as diferenças de gênero no que tange aspectos de identidade sexual, dentre outros, porém, visto a hierarquia entre os sexos em uma perspectiva *foucaultiana*. Sendo assim, apresenta uma breve abordagem acerca o ambiente de trabalho dito de homem e as adequações à condição feminina, além das questões que afetam ao reconhecimento do trabalho feminino. Portanto, considera-se que a atuação de mulher é pautada sob o *poder disciplinar* como sistema de normalização de suas atividades e o quanto é importante destacar o seu papel no contexto policial e, também como pode ser difícil a sua inserção em uma área predominantemente masculina.

Palavras-chave: Foucault. Gênero. Hierarquia. Trabalho policial feminino.

INTRODUÇÃO

O estudo deste trabalho tem como objeto a análise das diferenças entre o gênero masculino e feminino no que tange aspectos de identidade sexual, biológico, psíquico e emocional dentre outras, no ambiente de trabalho, os quais podem contribuir para o complemento mútuo, corroborando para a eficácia no desenvolvimento e na atuação das atividades funcionais na área de segurança pública de forma que proporcione a paz, o bem estar dentro do grupo interno no dever SER das atividades da polícia refletindo, assim, ao público fim: a sociedade.

É notório que a nossa sociedade, desde os tempos primórdios, vem sendo gerida pela imposição do gênero masculino sobre o feminino, desqualificando-a e desprezando-a muitas vezes o seu potencial como pessoa e como sexo feminino, atribuindo-a atividades depreciativas.

1 CONFLITO NO AMBIENTE LABORAL

Fazendo uma breve retrospectiva, vê-se que o gênero feminino, historicamente, obteve um papel fundamental, embora considerado secundário, nas famílias latino-americanas. No ambiente familiar de base patriarcal, a mulher era vista como fonte de apoio e sua responsabilidade residia em dar apoio emocional e cuidar dos deveres do lar. Por sua vez, nesse sistema patriarcal, herdado da cultura europeia, cuja hegemonia ideológica colocam a mulher como um elemento “deixado de lado”, onde a sociedade e as tradições atribuem tarefas e expectativas únicas de acordo com o gênero.

Portanto, no relatório sobre gêneros de 2016 da OMS, o conceito de gênero faz referência aos estereótipos, papéis sociais, condições e posições adquiridas que cada sociedade atribui aos homens e às mulheres. Destarte, o gênero e suas funções são construções sociais e discursivas que são congêntas de cada cultura e que são construídas ao longo do tempo.

Mas a influencia de uma sociedade machista e de um forte regime de hierarquia e poder depara-se com uma função, subjetiva e por vezes não perceptível, de adestrar o outro. A mulher mesmo após grandes conquistas dentro deste tipo de sociedade, sofre mais agudamente com a supremacia masculina através do *poder disciplinar*. Tal como expressa FOULCAULT (2010)

[...] O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem duvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utiliza-las num todo.... A disciplina “fabrica” indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício... Humildes modalidades, procedimentos menores, se os comparamos aos rituais majestosos da soberania ou aos grandes aparelhos do Estado. E são eles justamente que vão pouco a pouco invadir essas formas maiores, modificar-lhes os mecanismos e impor-lhes seus processos. ... O sucesso do poder disciplinar se deve sem duvida ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame [...] (FOULCAULT, 2010, P. 164).

Tal fato ocorre desde o período escolar, em sua tenra infância quando pais e professores ao selecionar brinquedos e atitudes voltadas para o gênero feminino e masculino, onde o sistema *adestra* o indivíduo para que este tenha determinada característica e, com isso, creia que é algo que em nato, ou melhor, natural do ser humano.

Sendo assim, no meio militar, ao tentar formatar as pessoas a um processo individualizatório, resumido na farda que, por vezes, se é perceptível a ideia de que

não é aceitável o fato de que o “menino” não chora, de um lado, são fortes, e por outro, ser bom em cálculo algo másculo. Enquanto isso, todavia as “meninas” devem seguir carreiras profissionais outras, que não a militar, porque são menos competitivas. Assim, ao dar uma nova “roupagem” a mulher enquanto militar e, com isso, impedir certas atividades ao gênero pelo simples fato de ser mulher, como, por exemplo, reforçar o sentido de que existe uma relação natural e, sobretudo, hierárquica entre eles. Já que, o “mando” é atribuído ao universo masculino, portanto, um homem que manda é normalmente mais valorizado e, mulher mandona não é vista como um modelo a ser seguido e, com isso, é estereotipada como uma garota masculina.

Logo, o “mando” é exercido por este universo masculino, mediante o exercício da disciplina, por intermédio de um processo de vigilância em que se aplica técnicas que induzam ao efeito do exercer o poder sobre o outro e, em troca, através dos meios de coação sejam claramente notórios aos seus subalternos. Como exemplo disto temos os acampamentos militar, seu espaço físico e sua distribuição, dentre os quais há um único propósito: o de exercer o poder disciplinador.

2 GÊNERO E HIERARQUIA: MEDIANDO CONFLITOS

A necessidade de refletir sobre questões e problemas de gênero que valorize a educação e respeito aos direitos humanos na sociedade mundial, em seus mais diversos segmentos social, cultural e econômico põe em pauta o fato que se deve valorar os direitos das mulheres em face do mercado de trabalho e, é claro, diante deste eclético público com suas diversas características e no seu inerente contexto funcional, constituída na sua maioria de homens, pois, é importante ter uma visão *lato* e *strictu sensus* da operacionalização de diversas atividades, respeitando o contexto na qual ela se realiza.

Portanto, ao fazer um recorte dessa pesquisa que, por si só, é bastante ampla e, assim, destacar sobre o quanto o papel da mulher no contexto policial é importante, e como pode ser difícil a sua inserção nessa área pensada e realizada somente para homens, mesmo que sua atuação em prol da sociedade seja indispensável. Com isso, deve-se otimizar as diferenças inerentes a sexualidade feminina e masculina e o papel na construção social correspondente de cada gênero, estudando todo o processo da divisão sexual de direitos e responsabilidade na realidade policial, pois, assim, na educação para a diversidade como mola mestra do processo de transformação social, isto é, como uma trilha de empoderamento¹¹, aqui

¹¹ Ação coletiva desenvolvida pelos indivíduos quando participam de espaços privilegiados de decisões.

entendido como instrumento capaz de criticizar²² a curiosidade ingênua, aproximando-a da curiosidade epistemológica.

Considera-se, ainda, que o acampamento é uma forma geométrica de aplicar o poder pelo efeito de visualização e que, durante muito tempo, se expandiu no urbanismo, nos hospitais, nos asilos, nas prisões, nas escolas, nas instituições públicas como forma de encaixamento espacial das vigilâncias hierárquicas. Foucault detalha que:

[...] No acampamento perfeito, todo o poder seria exercido somente pelo jogo de uma vigilância exata; e cada olhar seria uma peça no funcionamento global do poder. O velho e tradicional plano quadrado foi consideravelmente afinado de acordo com inúmeros esquemas. Define-se exatamente a geometria das aleias, o número e a distribuição das tendas, a orientação de suas entradas, a disposição das filas e das colunas; desenha-se a rede dos olhares que se controlam uns aos outros:[...] (FOUCAULT, 2010, P. 165).

Percebe-se que nas instituições militares ou civis são raros a posição de chefia do gênero feminino, inclusive, quando se admite a forma organizacional atual, não só físico como também o estrutural, em que se demonstra o poder e a sua aplicabilidade, pois, não se é admitido que homens sejam mandados por mulheres e que, homem submisso é “mulherzinha” (outra forma de associar o atributo de liderança e mando apenas ao homem) toda a organização interna e externa presencie tal gerenciamento.

Tal discrepância em se aplicar o gênero com as suas atividades funcionais são extremamente visíveis em nossa sociedade, FOUCAULT (2010) fala das razões para estabelecer separações estanques entre os indivíduos, mas também abertura para observação quando aduz:

[...] Adestrar corpos vigorosos, imperativo de saúde, obter oficiais competentes, imperativos de qualificação, formar militares obedientes, imperativo político, prevenir a devassidão e a homossexualidade, imperativo de moralidade [...] (FOUCAULT, 2010, P. 166).

Embora, ainda pouco reconhecido, o papel das mulheres nas instituições de segurança pública vem ampliando e ganhando cada vez mais espaço. Mas nem

²² Teoria de Paulo Freire, no qual, afirma-se que deve criticizar, ou seja, reforçar a capacidade crítica do aluno.

sempre foi assim, houve um tempo em as mulheres eram motivo de piadas machistas por terem o cérebro menor que os dos homens.

Todavia, o cérebro masculino necessita do complemento direto do feminino para se organizar, conforme provado pela mesma ciência no que tange ao tamanho dos dois cérebros, pois as mulheres tinham que tomar conta dos filhos, marido e ainda cuidarem das obrigações domésticas, e acumular além destas, outras funções, a do trabalho externo, que no caso em tela a de ser policial, demonstrando seu valor e sua capacidade de execução.

Não é tarefa fácil realizar todas essas funções, pois vale salientar, que ante de serem agentes de segurança pública elas são seres humanos e encontram dificuldade como todos. Apesar da resistência de alguns que tentam insistir na utopia da desigualdade, o gênero feminino supera-se a cada dia como mulher, esposa, mãe, amiga e profissional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da evolução desta luta do universo feminino, nota-se que uma das primeiras conquistas deste gênero foi através da *Carta das Nações* que reconheceu a igualdade de direitos entre homem e a mulher e proibiu a discriminação com base no sexo de uma pessoa. De acordo com o D. A. Raimondo em seu artigo *Gender Equality in the Framework of National Security*, as garantias de igualdade foram incluídas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, desde então, a igualdade de direitos, independente do gênero, foi enfatizada e destacada através de vários instrumentos de ação, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Contudo, não é tarefa fácil realizar todas essas funções, pois vale ressaltar, que ante de serem agentes de segurança pública elas são seres humanos e encontram dificuldade como todos. Apesar da resistência de alguns que tentam insistir na utopia da desigualdade, elas se superam a cada dia como mulheres, mães, amigas e profissionais.

Para tanto, percebe-se que cada gênero tem o seu potencial, sua peculiaridade que são ímpares e quando trabalhados de forma digna e igualitárias em seus direitos obtém-se um resultado onde todos são beneficiados, sem referenciar a quem lhe pertence o mérito. Assim, em vez de fazer com que os gêneros trabalhassem dentro de si e refletindo fora de si a paz e a gentileza tendo com isto a otimização das suas diferenças para um bem comum da sociedade, ficam disputando fazendo um tipo de “força de braço” para massagear o ego masculino de quem manda mais e de quem lhe é submisso.

Portanto, é de grande relevância social a discussão sobre a questão de atuação profissional no universo feminino e, com isso, essa experiência, que se constrói ao mesmo tempo em que se é construída pelo indivíduo feminino, e assim, se é reveladora em seu perfil político/profissional, que, crê-se, credencia e justifica a busca por uma oportunidade de igualdade de *Gêneros* na qual acredita-se que será um instrumento social para contribuir com a construção de uma nova sociedade, aquela que, como já disse Lispector, ainda não tem um nome.

REFERÊNCIAS

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de RAMALHETE, Raquel. Petrópolis, Vozes, 2010.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. 43. ed., São Paulo: Paz e Terra, 2011.

HAGEN, A. M. M. **O trabalho policial**: estudos da polícia civil do Estado do Rio Grande do Sul. São Paulo: IBCCRIM, 2006. (Monografias IBCCRIM, n.39).

<http://www.policiacivil.go.gov.br/artigos/o-papel-das-mulheres-nas-instituicoes-de-seguranca-publica.html>

<https://dialogo-americas.com/pt/articles/role-gender-security-security-management-woman-and-police>

GT5: PAZ, DERECHO, DIGNIDAD HUMANA Y FRATERNIDAD

“A ASSESSORIA JURÍDICA GRATUITA COMO INSTRUMENTO DE PAZ, FRATERNIDADE, GENTILEZA E JUSTIÇA SOCIAL”

Charlene Dewes Dornelles¹

Charlise Paula Colet Gimenez²

Eduardo Murilo Donadel³

RESUMO

O estudo do tema acesso à justiça e efetivação da cidadania se preocupa em garantir às pessoas, de forma justa e igual, o mínimo existencial para uma vida humana e digna, revelando-se a assessoria jurídica gratuita como instrumento de transformação social pela paz, fraternidade e gentileza. Desse modo, o presente estudo tem por objetivo apresentar a assessoria jurídica gratuita, a partir do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil, como concretizador do acesso a uma ordem jurídica justa por perpetuar uma cultura de paz e fraterna entre os seres humanos, promovendo, portanto, relações pautadas na gentileza e na justiça social.

Palavras-chave: Assessoria Jurídica Gratuita. Paz. Fraternidade. Gentileza. Justiça Social.

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, campus Santo Ângelo/RS. Advogada do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Graduação em Direito da URI, campus de Santo Ângelo. E-mail: chaydornelles@gmail.com

² Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC. Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito, Mestrado e Doutorado, e do Curso de Graduação em Direito, ambos da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, campus Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Curso de Graduação em Direito da URI, campus de Santo Ângelo. E-mail: charlise@santoangelo.uri.br

³ Mestre em gestão estratégica de organizações pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, campus Santo Ângelo/RS. Especialista em Docência para o Ensino Superior. Graduado em Direito e Administração. Docente do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI, campus Santo Ângelo/RS. E-mail: eduardodonadel@tjrs.jus.br

INTRODUÇÃO

A sociedade na qual se vive atualmente caracteriza-se por desigualdades e exclusões. Para descrever esse tipo de sociedade é necessário vislumbrar o conceito de estratificação social, ou seja, a distribuição das pessoas em camadas hierarquicamente superpostas dentro de uma sociedade. Essa distribuição se dá pela posição social das pessoas, pelas atividades que elas exercem, pelos papéis que desempenham na estrutura social e pela questão cultural, religiosa e de gênero. Nesse sentido, observa-se a necessidade de desenvolver o debate e concretização de uma vida digna para cada ser humano, independentemente de sua condição econômica, social, cultural, política. O estudo do tema acesso à justiça e efetivação da cidadania se preocupa em garantir às pessoas, de forma justa e igual, o mínimo existencial para uma vida humana e digna, pautando-se na paz, fraternidade, gentileza e justiça social. Por essa razão, apresenta-se o Núcleo de Prática Jurídica da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, campus de Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil, como instrumento de paz social e de cidadania ativa.

1 PAZ, FRATERNIDADE, GENTILEZA E JUSTIÇA SOCIAL SOB A PERSPECTIVA DA ASSESSORIA JURÍDICA GRATUITA

A função jurisdicional tradicional desempenhada pelo Estado não atende satisfatoriamente às necessidades das pessoas envolvidas em um conflito, razão pela qual são necessários instrumentos que reabram os canais de comunicação interrompidos e reconstruam laços socialmente destruídos, propondo o redirecionamento para a comunicação, a amizade, a alteridade e a fraternidade. A garantia de acesso amplo e igualitário à justiça, nesta senda, se faz imprescindível para a efetiva concretização de uma democracia cidadã e participativa. Conforme Santos, a questão do atual movimento de acesso à justiça ultrapassa as fronteiras da forma tradicional de resolução de litígios, “desenvolvendo um conceito amplo de justiça em que os tribunais fazem parte de um conjunto integrado de meios de resolução de conflitos, o que inclui se convencionou chamar de ADR (resolução alternativa de litígios)” (SANTOS, 2011, p. 49).

Observa-se que os métodos atuais utilizados pelo Direito não encontram adequação entre a complexidade das ações judiciais, as pessoas envolvidas e as técnicas jurídicas aplicadas, o que acarreta não somente na morosidade e na inflação de ações, mas principalmente na insatisfação das pessoas envolvidas no conflito, às quais têm negligenciados valores mínimos aos seres humanos: paz, fraternidade, gentileza e justiça social. Por essa razão, a aplicação do ideal da fraternidade revela-se como uma cultura de paz, que ultrapassa a jurisdição tradicional, e utiliza práticas consensuais e autônomas que devolvem ao cidadão e à

comunidade a capacidade de tratar o seu próprio litígio. Nesse norte, os serviços de assistência jurídica universitários, caracterizados como alternativos e inovadores

direccionam-se às populações à margem do contrato social (pobres, mulheres, populações indígenas, trabalhadores rurais) e mantêm com o Estado uma relação ambígua, ora utilizando o direito e as ferramentas jurídicas como mecanismos de proteção e de transformação social, ora exercendo uma postura crítica em relação à legalidade e à política pública instituídas e ao papel das instituições do Estado (SANTOS, 2011, p. 60).

A participação social se traduz em um mecanismo de garantia da efetiva proteção social contra riscos e vulnerabilidades, tendo um papel relevante na democratização da gestão e da execução de políticas sociais, visto que assegura a presença de múltiplos atores sociais, seja na formulação, na gestão e implementação, bem como no controle de políticas sociais.

O espaço atual consagra desigualdades e injustiças entre pessoas não-cidadãs, as quais são desprovidas de serviços essenciais à vida social e à vida individual. Verifica-se, portanto, que as diferenças sociais são o peso do fracasso enquanto sociedade e Estado, já que hoje o indivíduo se depara com uma cidadania mutilada e subalternizada, cuja imagem é a retirada de direitos civis e da propagação das desigualdades. Enquanto se compreender a cidadania como direito de participação na sociedade e uso de benefícios essenciais, ela estará atrelada à exclusão no momento em que estes benefícios, chamados de direitos, não forem cumpridos.

Nessa senda, a assessoria jurídica gratuita destinada às pessoas financeiramente hipossuficientes satisfaz as necessidades humanas mínimas, pois incentiva a paz e o reestabelecimento das relações entre as pessoas de forma a interromper as cadeias de reverberação de violência. Ademais, contribuindo para uma prática jurídica inovadora e transformadora, desempenha um importante papel “não só na reconstrução crítica do direito, da justiça e do ensino jurídico hegemônicos, mas também na redefinição do lugar social da universidade” (SANTOS, 2011, p. 61).

O autor Elígio Resta (2004) propõe o Direito Fraterno como uma nova possibilidade de olhar e estabelecer relações na sociedade. Para Spengler (2012, p. 45) o Direito Fraterno “é aquele que quando a igualdade rompe no coração da soberania parece finalmente realizar um projeto simbólico nascido com a modernidade, aquele do abatimento de um direito paterno, existente desde sempre, dado por Deus, da tradição, da natureza”.

Dessa maneira, verifica-se que o Direito Fraternal se constitui em um mecanismo de promoção dos direitos humanos, ao passo que valoriza o homem na sua relação com iguais, bem como as pessoas compartilham sem diferenças, porque respeitam todas elas, daí porque se afirma que é um direito inclusivo, o qual considera as pessoas pelo simples fato de serem seres humanos (VIAL, 2007).

Vislumbra-se, a partir do exposto, que a sociedade apresenta uma necessidade de insistir nos códigos fraternos e tentar valorizar possibilidades diferentes, eis que a fraternidade retoma a comunhão de pactos entre diferentes sujeitos concretos, com suas histórias e suas diferenças.

O Direito Fraternal é, pois, um direito jurado, em conjunto, por irmãos, homens e mulheres, com um pacto em que se 'decide compartilhar' regras mínimas de convivência. Destarte, o olhar de Resta é, antes de tudo, um olhar para os direitos humanos, e não para o direito de cidadania (sempre lugar de exclusão individualista); é para a humanidade como um lugar comum e universal, mas não universal no sentido de homogêneo, que mascara as diferenças. Estas existem e devem ser consideradas, mas no sentido do que é de todos os seres humanos. Não há espaço para etnocentrismo e por isso o Direito Fraternal é cosmopolita (pois reporta ao cósmico, ao valor universal dos direitos humanos, e não à lógica mercantilista). Não é violento, pois se pauta na mediação (ideia de jurisdição mínima). É inclusivo, visto que escolhe os direitos fundamentais e define o acesso universalmente compartilhado, onde todos podem gozar, e não só uma minoria (RESTA, 2004).

Ou seja, fundamenta-se no processo comunicacional, no tratamento alternativo e efetivo de conflitos, no diálogo e consenso, bem como no respeito absoluto aos direitos humanos e na dignidade de pessoa humana, revelando-se, portanto, preconizador do Estado Democrático de Direito e assecuratória de seus princípios e valores.

Percebe-se, portanto, que o espaço local proporciona a ampliação do sentimento de paz, fraternidade, gentileza, justiça social e pertencimento, possibilitando a maior participação dos cidadãos, os quais, a partir dos laços de confiança e cooperação, compondo redes sociais, permitem o aumento do desenvolvimento humano e econômico em detrimento da alienação e exclusão social. Nesse sentido, insere-se Santos ao afirmar que

A saída da crise e a reinvenção do papel da universidade não podem passar por outro caminho que não por um amplo programa de responsabilização social, o que implicará uma permeabilidade empenhada e criativa em face das demandas sociais, sobretudo daqueles grupos que não têm poder para as impor (SANTOS, 2011, p. 61).

E é com base e norteado por todas estas premissas que o Núcleo de Prática Jurídica desenvolve suas atividades, permitindo, assim, a participação da sociedade de forma cidadã e digna, aproveitando as novas oportunidades criadas de forma favorável à sociedade comprometida com a igualdade, liberdade e solidariedade.

A atuação do Núcleo de Prática Jurídica, formado por professores, advogados e estagiários, orienta-se na perpetuação de uma cultura de paz, destinada a garantir o exercício do poder de cidadania de cada pessoa, a construir uma sociedade livre, justa e solidária, e a promover o bem de todos, sem distinção. Tais valores e princípios são espelhados na trajetória do curso de Graduação em Direito da URI, o qual completa 25 anos, tempo que registra não somente sua história, mas revela experiência, conhecimento, responsabilidade e dedicação no ensino do Direito.

CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado, verifica-se que o Estado necessita de uma reestruturação, a qual permita a participação da sociedade global de forma diferenciada, aproveitando as novas oportunidades criadas de forma favorável à sociedade comprometida com a igualdade, liberdade e solidariedade.

Por isso, tem-se discutido acerca do tratamento do conflito de forma que atenda a real necessidade das partes, a partir do ideal da fraternidade, possibilitando às próprias partes construir de forma conjunta a resposta ao seu conflito, resgatando, assim, sentimentos e valores que garantam a preservação dos direitos humanos e da cidadania, e, por conseguinte, da justiça social e cultura de paz.

A mudança de formas de tratar conflitos e responder às necessidades das partes envolvidas permite a criação de uma sociedade justa e livre, a qual abre espaço para a diversidade, liberdade, individualidade e igualdade entre as pessoas que são vistas como portadoras de capacidades e de necessidades positivas.

A soma das atividades realizadas fundamenta-se em prestar o atendimento e assessoria jurídica à população de baixa renda de Santo Ângelo, esclarecendo-se as formas de acesso à justiça, possibilitando a utilização de métodos alternativos não adversariais de tratamento de conflitos, bem como ampliando o conhecimento acerca da legislação pátria, de forma que possibilite uma maior consciência e participação de cada pessoa na esfera local e regional; promover o acesso à justiça e efetivação da cidadania de forma que cada pessoa tenha condições de vivência digna, o que impulsiona o desenvolvimento regional, numa perspectiva transformadora; atender à população hipossuficiente, integrando-a em todos os setores da sociedade e permitindo a sua participação ativa; demonstrar a função

social e o papel do operador do Direito na sociedade; e desenvolver os valores de paz, fraternidade, gentileza para garantia da justiça social.

REFERÊNCIAS

GÓMEZ, José Maria. **Política e democracia em tempos de globalização**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000.

HERMANY, Ricardo. **(Re)Discutindo o espaço local**: uma abordagem a partir do direito social de Gurvitch. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2007.

RESTA, Eligio. **Direito Fraterno**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

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

SANTOS, Milton. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Ed. da USP, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação**. Por uma outra Cultura no Tratamento de Conflitos. Ijuí: editora Unijuí, 2010.

_____. **Fundamentos Políticas da Mediação Comunitária**. Ijuí: editora Unijuí, 2012.

VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade Complexa e o Direito Fraterno. In: **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Org. André Leonardo Copetti Santos, Lenio Luiz Streck, Leonel Severo Rocha [et al]. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed.; São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

GT5: PAZ, DERECHO, DIGNIDAD HUMANA Y FRATERNIDAD

“FATORES PERTINENTES À ALIENAÇÃO PARENTAL”**Thais Furlan Boschiero¹****RESUMO**

Esse estudo apresenta uma análise sobre os fatores pertinentes à alienação parental, tema dentro do Direito de Família que vem sendo enfrentado nos tribunais, de uma maneira cautelosa, sempre buscando salvaguardar os direitos dos filhos, diante da astúcia e busca de vingança por parte de um dos genitores ou avós, visando o afastamento da criança de um dos pais. Com o surgimento da Lei nº 12.318/10, conhecida como lei da alienação parental, o judiciário ganhou outros instrumentos legais na defesa dos interesses da criança vítima da alienação. Nesse sentido, a pergunta que norteou esse estudo foi: quais os fatores pertinentes à alienação parental e como podem ser enfrentados com base na legislação brasileira visando à proteção da criança? Sendo assim, o objetivo foi analisar dentro do ordenamento jurídico pátrio a questão da alienação parental com base na Lei nº 12.318/10 e sua repercussão na proteção dos direitos filiais das crianças. Em termos metodológicos, a opção foi por uma revisão de literatura e jurisprudencial a partir das quais se conclui que, a alienação parental e quando já instalada, a síndrome de alienação parental, devem ser enfrentadas com medidas judiciais, medidas terapêuticas, sempre no intuito de proteger a criança contra o ódio existente entre os seus pais ou até entre avós com relação a um dos genitores.

Palavras-chave: Direitos filiais; Síndrome da Alienação parental; Direito de família.

INTRODUÇÃO

O primeiro conceito sobre Alienação Parental, também conhecida como implantação de falsas memórias, foi dado pelo médico de psiquiatria infantil nos Estados Unidos, Richard Gardner na década de 1980. Pinho (2009) destaca que Gardner parte da premissa de que havendo a separação entre os pais, o genitor que mantém a guarda da criança condiciona a mesma a romper os laços, levando a sentimento de ansiedade, ódio e temor em relação ao outro.

*1 Bacharel em Direito – UNIMEP. Piracicaba- SP

Corroborando com esse entendimento, Trindade (2008, p.102) explicita que “a alienação parental consiste num processo de programar a criança para que odeie um dos genitores, sem justificativa, de modo que a própria criança ingressa na trajetória de desmoralização desse mesmo genitor”.

Esse tipo de comportamento normalmente ocorre dentro de um processo de separação conflituosa do casal, aquele que detenha a guarda, ou outros membros familiares, como os avós, por exemplo. Não necessitando somente da separação para que isso ocorra, podendo um dos genitores utilizar essas práticas mesmo durante o casamento.

Normalmente isso acontece pelo fato de um dos cônjuges não estar esperando a separação, ou não aceitar tal acontecimento, sentindo rejeição e abandono, com enorme desejo de vingança utilizando a criança como meio de atingir o outro, levando a criança a criar também esse sentimento de rancor, abandono e desprezo.

Nesse sentido, a pergunta que norteou esse estudo foi: quais os fatores pertinentes à alienação parental e como podem ser enfrentados com base na legislação brasileira visando à proteção da criança?

Sendo assim, o objetivo foi analisar dentro do ordenamento jurídico pátrio a questão da alienação parental com base na Lei nº 12.318/10 e sua repercussão na proteção dos direitos filiais das crianças.

Em termos metodológicos, foi realizado o levantamento bibliográfico em livros, revistas e em dois bancos de dados: *Google* e *SciELO*. Os descritores utilizados na pesquisa via internet foram: compreensão do poder familiar, síndrome da alienação parental, alienação parental. Além de ampla pesquisa sobre como a alienação parental aparece na legislação brasileira e nos textos normativos.

1 APRESENTAÇÃO E ANÁLISE

Diante de um processo de alienação parental, as consequências para a criança podem ser diversas, pois, como discorre Cabral (2012, p.127), “a programação de um filho, por meio de campanha difamatória contra o outro genitor é um abuso emocional”. Isso se explica, ainda conforme o referido autor, pelo fato de que a alienação pode resultar no “esfriamento, às vezes irreversível, da relação psicológica entre a criança e um genitor amoroso, o qual prejudica o desenvolvimento emocional e psicossocial do filho, além de poder causar um profundo trauma nos pais alienados”. Em relação à criança, a alienação parental gera diversas consequências, que variam conforme o seu temperamento, e esta mais ligada ao que se entende por Síndrome de alienação parental que segundo

Maria Berenice Dias (2007), pode ser definida como, " transtorno caracterizado pelo conjunto de sintomas que resulta no processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de seus filhos".

Faz-se necessário ressaltar que, a síndrome de alienação parental (SAP), ao contrário da Alienação Parental, só se faz presente quando a criança passa a nutrir sentimento de repulsa ao genitor alienado, a recusar-se a vê-lo e, ainda, a contribuir na campanha difamatória contra ele.

2 RESULTADO COM MEDIDAS DE INTERVENÇÃO

Hoje, da forma como a legislação está estruturada, existem leis que viabilizam maneiras de convivência com o pai e a mãe. O art. 1.579 do Código Civil prevê que "o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos", ou seja, a separação ou divórcio não extingue o direito de relação entre pais e filhos, mesmo que separados a lei garante que ambos mantenham íntegra a relação.

O Estado está legitimado a intervir na seara privada, na intimidade do casal, quando se vincula uma hipótese legal de intervenção. Então, na intimidade, tenta se preservar o máximo para que não se viole esse direito, mas quando estão sendo violados os direitos da criança, o Estado justifica-se como legítimo a intervir.

Nos casos de suspeita de alienação parental, deve-se por em prática a Lei nº 12.318/2010 que ampara o tema específico e assegura os direitos da criança.

É importante que os profissionais da área do direito – tanto advogados, quanto magistrados –, em primeiro lugar, zelem pelos direitos da criança, identificando a alienação parental e evitando que esse maléfico processo afete e se converta em síndrome. Assim como o advogado mesmo que tenha sido contratado pelo genitor alienante para a defesa de seus direitos, se preciso for, até mesmo recusando a causa do progenitor alienante (FONSECA, 2009).

Sendo assim, comprovada a alienação parental, faz-se necessário a responsabilização do genitor alienante que utiliza de astúcia para manter assim o outro genitor ausente, pois tem consciência da dificuldade dos fatos serem provados.

Em termos de punição, quando constatada a alienação parental, há o risco de perda da guarda, caso fique claro a falsidade da denúncia contra um dos genitores. E essa medida faz-se necessária para coibir comportamentos de quem é responsável pela guarda da criança para que não coloque em risco o desenvolvimento do filho (SOUSA, 2010).

Além disso, o magistrado pode exigir que a criança e os pais passem por tratamento terapêuticos, acompanhando por laudos o desenrolar dos fatos, sempre

visando o bem do menor, face à alienação parental sofrida por ele e pelo genitor que foi afastado através de campanha difamatória, como explicita o próximo tópico.

Ao confirmar a alienação parental, de acordo com o estágio em que a alienação está, cabe aos profissionais terapêuticos, adotarem algumas medidas como demonstrado no quadro abaixo, sempre em parceria com as medidas legais:

Quadro 02 – Estágio de alienação parental e medidas terapêuticas e judiciais:/mm

Estágios	Medidas legais	Medidas terapêuticas
I – Leve	- Nenhum	- Nenhum
II – Médio	- Deixar a guarda principal com o genitor alienador; - Nomear um terapeuta para servir de intermediário nas visitas e para comunicar as falhas ao tribunal; - Estabelecer penalidades para supressão das visitas: uma penalidade financeira; o pagamento de uma multa proporcional ao tempo das visitas suprimidas; uma breve reclusão ao cárcere; - Em caso de desobediência constante e reincidência, além da prisão, passar a guarda para o outro genitor.	- O terapeuta responsável pelo controle das visitas, deve conhecer a Síndrome da Alienação Parental; - Deve aplicar um programa terapêutico preciso; - Deve relatar as falhas diretamente aos juízes; - O tribunal executar as sanções previstas.
III - Grave	- Transferir a guarda principal para o genitor alienado; - Nomear um psicoterapeuta para intermediar um programa de transição da guarda do filho; - Eventualmente ordenar um local de transição.	- Mesmo enfoque que o estágio meio.

Fonte: Cabral, 2012.

CONCLUSÕES

Para identificação segura da existência da alienação parental é indispensável, não só a participação de psicólogos, psiquiatras e assistentes sociais, com seus laudos e testes, mas também que o juiz se capacite para distinguir o sentimento de ódio por parte de um dos genitores.

Possibilitando assim o magistrado agir com segurança na busca pelo bem da criança e por meio da mediação buscar reverter dentro do possível os ânimos acirrados entre os genitores, para o desenvolvimento saudável da criança.

A relevância de se adotar medidas terapêuticas no enfrentamento da alienação parental é tamanho que, a lei 12.318/2010, por precaução e proteção à criança, visa que a constatação da alienação parental ocorra antes de chegar ao ponto de se tornar síndrome, mostrando claramente seu cunho preventivo, tendo em vista as graves consequências geradas na criança pela SAP.

Devendo ser enfrentadas com medidas judiciais, medidas terapêuticas, conscientizando os pais de que não se deve confundir relacionamento conjugal com a parentalidade, e que a separação não é entre pais e filhos, mas entre um casal, e que acima de seus sentimentos devem priorizar o bem-estar dos filhos que possuem o direito da presença de ambos os genitores.

REFERÊNCIAS

_____. *et al. Incesto e Alienação Parental*: Realidades que a Justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do BRASIL**. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01 Out. 2014.

CABRAL, Hideliza L. T. B. **Efeitos psicológicos e jurídicos da alienação parental**. 2012. Disponível em <http://www.mpce.mp.br>. Acesso em 10 Out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. 4.ed. São Paulo: RT, 2007.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. Síndrome da Alienação Parental. **Pediatria**, São Paulo, 2006; 28(3)162-8. Disponível em <http://www.pediatrasiapaulo.usp.br>. Acesso em 20 Out. 2014.

PINHO, Marco Antônio G. de. Alienação Parental. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, nº 2221, 31 jul. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em 06 Out. 2014.

SOUSA, Analicia Martins de. **Síndrome da Alienação Parental**: Um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

TRINDADE, Jorge. **Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. In: DIAS, Maria Berenice. *Incesto e Alienação Parental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.

MEMORIAS

“II CONGRESO LATINOAMERICANO DE LA PAZ”

Anexos



Organização:
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA - UNIVEM
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
UNIVERSIDAD CATÓLICA SEDES SAPIENTIAE - UCSS

APOIO ACADÊMICO:	APOIO INSTITUCIONAL:
Programa de Mestrado da UNIVEM Programa de Mestrado e de Doutorado da UENP GPCERTOS - Grupo de pesquisa em constituição, educação, relações de trabalho e organizações sociais (BIOÉTICA) Grupo de Pesquisa em Bioética (GEP) Grupo de Estudos, Pesquisas, Integração e Práticas Interativas (DiFuSo) Direitos Fundamentais Sociais Grupo de pesquisa em Políticas Públicas e Direitos Sociais	Associação dos Juizes Federais do Brasil - AJUFE Associação dos Juizes Federais do Rio Grande do Sul - AJUFERGS Associação dos Juizes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul - AJUFESP Núcleo de Apoio à Pesquisa e Extensão - NAPEX - Univem Faculdade Cidade Verde - FCV/Maringá Centro Universitário Cesumar - UniCesumar OAB - Subseção Jacarezinho

PATROCÍNIO: Itapiu Binacional Instituto Paranaense de Direito Processual Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais - Cescage	APOIO CULTURAL: Grupo PROATO

CARTA DE MARÍLIA POR LA PAZ MUNDIAL

Los organizadores y participantes del Congreso Latinoamericano de la Paz, reunidos en la ciudad de Marília, São Paulo Brasil, del 19 al 22 de mayo de 2016, en Centro Académico Eurípides de Marília - UNIVEM, mantenido por la Fundación de Educación Eurípides Soares da Rocha, recordando el deber y la dicha de trabajar por la paz, transformando las amenazas y actitudes violentas en diálogo y respeto; las espadas en arados, y las lanzas en podaderas; reconociendo que la paz, está simbolizada en el Árbol de Olivo; acordaron invocar con firmeza, respeto y afecto, a todas las autoridades y ciudadanos del mundo, la práctica diaria de las siguientes mandatos , para lograr la paz y justicia duradera.

1. Renovar la fe, que el amor, obediencia, gratitud y cumplimiento de los mandamientos del Ser Supremo que nos dio la vida, son base de la paz, realización y felicidad personal y social.
2. Recordar que todas las personas formamos parte de una sola familia humana y por tanto debemos comportarnos fraternalmente los unos con los otros.
3. Proclamar, promover y cumplir con firme convicción, el principio que el respeto a la persona humana, la defensa de su dignidad y la paz fraterna, son el fin supremo de todas las Naciones y Estados.
4. Ser conscientes que los principios y valores morales; el respeto a la identidad, cultura, diversidad y libre determinación de los pueblos; y cumplimiento de los deberes y derechos humanos, producen por frutos, la libertad, la justicia y la paz.
5. Comprender que no corresponde a la inteligencia, bondad y prudencia humana, intentar construir nuevos Estados y sociedades, con métodos de odio, violencia y terror; ni menos combatir dichos métodos con mayor violencia; solo puede triunfar la paz, con las armas de la ley, la razón y la justicia.
6. Reafirmar que el derecho y la justicia, nos obligan a respetar a las autoridades y a los ciudadanos; comprometiéndonos en forma solidaridad con los que sufren miseria, abandono y discriminación; sin dejar de considerar el respeto de los derechos humanos de todas las personas, sin excepción alguna.
7. Reafirmar que el respeto a la vida, la dignidad, la libertad, la seguridad, el medio ambiente, la propiedad, la familia y los demás derechos humanos fundamentales, consagrados en la Declaración Universal de

los DDHH, y los Tratados Internacionales, que defienden los Estados Constitucionales de Derecho y los regímenes democráticos representativos y participativos, son base de la paz y la justicia.

8. Reconocer que en la familia se cimenta la formación moral de las personas; y que la educación debe tener como finalidad principal, el libre desarrollo de la personalidad, la práctica de las virtudes, el pluralismo, la tolerancia, la ciencia, el respeto a las creencias y aprender a brindar solución pacífica a los conflictos.
9. Recordar que todas las personas e instituciones tenemos la obligación moral y legal de vivir pacíficamente; y que una de las maneras más eficaces para cumplir dicho propósito es orar todos los días, esforzarse por lograr la serenidad y trabajar con dedicación, para que reine la justicia y la paz, en nuestros corazones, en la familia, la sociedad y los Estados.
10. Convencer que es posible, el perdón mutuo de los errores y los perjuicios del pasado y del presente; y reafirmar la esperanza que si se puede lograr una conversión y restauración humana, orientada por el respeto mutuo, la comprensión y la paz individual y social.

UNIVEM / UENP / UCSS

CARTA DE MARÍLIA PELA PAZ MUNDIAL

Os organizadores e participantes do Congresso Latino-Americano da Paz, reunidos na cidade de Marília, São Paulo, Brasil, de 19 a 22 maio de 2016, no Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, mantido pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, recordando o dever e a alegria de trabalhar para a paz, transformando ameaças e atitudes violentas em diálogo e respeito, espadas em arados e lanças em foices; reconhecendo que a paz está simbolizada na oliveira; acordaram convocar, com firmeza, respeito e afeto fraterno, a todas as autoridades e aos cidadãos do mundo, para a prática diária dos dez mandamentos para lograr a paz e a justiça duradoura:

1. Renovar a fé em que o amor, o respeito, a gratidão e o cumprimento dos mandamentos do Ser Supremo que nos deu a vida são a base da paz, da realização e da felicidade pessoal e social.
2. Recordar que todas as pessoas participam de uma única família humana e, portanto, devemos agir fraternalmente uns em relação aos outros.
3. Proclamar, promover e cumprir, com firme convicção, o princípio de que o respeito à pessoa humana e a defesa de sua dignidade constituem o objetivo supremo de todas as Nações e Estados.
4. Ser conscientes de que a atenção a princípios e valores morais; o respeito pela identidade, cultura e autodeterminação dos povos; e o cumprimento de deveres e direitos humanos produzem os frutos da liberdade, da justiça e da paz.
5. Compreender que não corresponde à inteligência, à bondade e à prudência humana, em tentar construir novos Estados e sociedades mediante métodos de ódio, violência e terror; tampouco combater tais métodos com mais violência, senão apenas com as armas da lei, da razão e da justiça.
6. Reafirmar que o direito e a justiça obrigam-nos a respeitar as autoridades e os cidadãos; comprometendo-nos com a solidariedade em favor daqueles que sofrem com miséria, abandono e discriminação; sem deixar de considerar o respeito aos direitos humanos de todas as pessoas, sem nenhuma exceção.
7. Reafirmar que o respeito à vida, à dignidade, à liberdade, à segurança, ao meio ambiente, à propriedade, à família e a outros direitos humanos fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); bem como que os tratados internacionais que

defendem os Estados Democráticos de Direito e os regimes democráticos representativos e participativos são a base para a paz e para a justiça.

8. Reconhecer que na família fundamenta-se a formação moral das pessoas; e que a educação deve ter como finalidade principal o livre desenvolvimento da personalidade, a prática das virtudes, o pluralismo, a tolerância, a ciência, o respeito às crenças e o aprendizado da via de solução pacífica dos conflitos.
9. Recordar que todas as pessoas e instituições têm a obrigação moral e legal de viver pacificamente; e que uma das maneiras mais eficazes para o cumprimento de dito propósito é orar todos os dias, acalmar-se, estudar e trabalhar com dedicação, para que reine a justiça e a paz em nossos corações, na família, na sociedade e nos Estados.
10. Convencer-se que é possível o mútuo perdão de erros e dos danos do passado e do presente; e reafirmar a esperança de que se pode alcançar uma conversão e restauração humana, orientada por respeito mútuo, pelo espírito de fraternidade, pela compreensão e pela paz individual e social.

UNIVEM / UENP / UCSS

BILL OF MARÍLIA FOR WORLD PEACE

The organizers and participants of the Latin American Congress of Peace, meeting in the city of Marília, São Paulo, Brazil, from the 19th to the 22nd of May 2016, in University Center Eurípides of Marília - UNIVEM maintained by Education Foundation Eurípides Soares da Rocha, recalling the duty and the joy of working for peace, making threats and violent attitudes into dialogue and respect, swords into plowshares and spears into pruning hooks; recognizing that peace is symbolized in the olive tree; They agreed, with respect and fraternal affection, to convene firmly, all authorities and citizens of the world to the daily practice of the Ten Commandments to achieve lasting peace and justice:

1. To renew faith in which love, respect, gratitude and the fulfillment of the commandments of the Supreme Being, who gave us life, are the basis of peace, fulfillment and personal and social happiness.
2. Remember that all people participate in one human family and therefore we must act fraternally with respect to each other.
3. Proclaim, promote and fulfill, with firm conviction the principle that respect for the human person and the defense of their dignity are the supreme goal of all nations and states.
4. Be aware that attention to moral principles and values; respect for the identity, culture and self-determination of peoples; and the fulfillment of duties and human rights produce the fruits of freedom, justice and peace.
5. Understand that it does not correspond to intelligence, goodness and human prudence, the act of trying to build new states and societies by hatred methods, violence and terror; neither counter such methods with more violence, but only with the weapons of law, reason and justice.
6. Reaffirm that the law and justice require us to respect the authorities and citizens; Making us committing ourselves to solidarity for those who suffer from poverty, neglect and discrimination; while considering the respect for human rights of all people without exception.
7. Reaffirm that respect for life, dignity, liberty, security, the environment, property, family and other fundamental human rights enshrined in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR); and that international treaties that defend the Democratic State of Law and the representative

and participatory democratic regimes are the basis for peace and justice.

8. Recognize that the family is based on the moral education of the people; and that education should have as its main purpose the free development of personality, the practice of virtues, pluralism, tolerance, science, respect for beliefs and learning the way of peaceful settlement of conflicts.
9. Remember that all people and institutions have a moral and legal obligation to live peacefully; and one of the most effective ways to fulfill said purpose is to pray every day, calm oneself, study and work hard, so that justice and peace may reign in our hearts, families, society and States.
10. Convince oneself that the mutual forgiveness of mistakes and past and present damage is possible; and reaffirm the hope that we can achieve a conversion and human restoration, guided by mutual respect, a spirit of brotherhood, understanding and individual and social peace.

UNIVEM / UENP / UCSS

**SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016:
INCLUSIÓN SOCIAL, EN LAS GRIETAS DEL SISTEMA, LA SOCIEDAD E
INTEGRACIÓN**

**NOTA DE ACLARACIÓN EN
LA CARTA DE JACAREZINHO PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL**

*No es la Academia la Academia, pero la Academia a la comunidad, la
Academia para la sociedad.*

Prof. Dr. Ricardo García da Costa

El Iso cierto Simposio 2016: Inclusión Social, en las grietas del sistema, la sociedad e integración, se llevó a cabo en Jacarezinho del 28 al 30 de julio, bajo la coordinación del Prof. Dr. Ricardo García da Costa (Portugal) y organizado por la Universidade Estadual Norte do Paraná-UENP/GP ciertos grupo de investigación, de Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes y la Facultad de educación, la administración y la tecnología en colaboración con otras entidades como Jacarezinho OAB/Pinheiros Feati Ibaity, Diócesis de Jacarezinho y Paraná Instituto de derecho administrativo-IPDA y el patrocinio de la Fundación de Araucaria, Companhia Paranaense de Energia-Copel, el editor escribe, Sebrae, la Facultad de Presidente Epitácio-Fape y Caixa Economica Federal.

La **carta de Jacarezinho por inclusión Social** constituye un acto concreto, un compromiso, un llamado, un llamado a todo el mundo movilizar a la sociedad para promover la inclusión social. No representa la opinión particular de ninguna institución de apoyo del evento, todos los siete artículos de la carta fueron discutidos y aprobados democráticamente en grupos de trabajo del Simposio el día 29 o en la sesión plenaria celebrada en la sede de la orden de abogados de Brasil/subdivisión de Jacarezinho en el día subsecuente, donde, al final del evento, el texto final de la carta fue proclamado solemnemente por el Presidente de la subdivisión del orden de abogados de Brasil/subsección Jacarezinho, El Dr. Salah Godinho de Moraes.

CARTA DE JACAREZINHO PARA LA INCLUSIÓN SOCIAL

Los participantes en el **Simpósio ISO certas 2016**, se reunieron en la ciudad de Jacarezinho, Paraná, Brasil, del 28 al 30 de julio de 2016, Universidad norte de Paraná y en la sede de la orden de abogados de Brasil-subdivisión de Jacarezinho, asumiendo el deber de contribuir a la inclusión social a través de obligación especial a todos los que quieren vivir en democracia; Reafirmando los dictados constitucionales para la construcción de una sociedad libre, justa y memorable, para erradicar la pobreza y la marginación; teniendo en cuenta la fraternidad e instrumentos especiales para superar merced de intolerancia y conflictos contemporáneos; teniendo en cuenta que hay que estar presente en la agenda de compromisos asumidos por el estado brasileño, la reducción de las desigualdades sociales y la promoción del derecho de toda persona sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y otras formas de discriminación; Suponiendo que la exclusión social es un factor en el mantenimiento de la paz y el bienestar social; Reconociendo la existencia del derecho fundamental a la inclusión social; Teniendo en cuenta que, siendo parte de una familia humana, es sustrato mínimo a cualquier forma de organización social legítimo el respeto a la diferencia; Alentar todos a poner en práctica con valentía, difundir y estimular bien las siguientes acciones y buenas prácticas para la inclusión social y justicia:

1. Apoyar prácticas que hacen espacio para las víctimas de delitos a expresan con respecto a sus necesidades a la vista de la completa reparación de los daños causados, incluyendo cuánto a confianza e integridad psíquico-emocional. Sobremais, difundir las prácticas sociales que son contrarios a los de los graduados de la estigmatización del sistema de prisión, por lo que puede (re) integración en la sociedad. Asimismo, apoyar las iniciativas que promueven el diálogo sobre el acceso a la justicia penal y la rehabilitación de los presos a través de métodos alternativos de resolución de conflictos y el sistema penitenciario tradicional, respectivamente.
2. Reafirmar la importancia de la protección especial de la tercera edad, para niños y adolescentes el vínculo actual entre pasado y futuro de la sociedad, trata con urgencia y prioridad de demandas sociales que les conciernen.
3. Admitir que no sólo la eliminación de barreras arquitectónicas en parques públicos, edificios y vehículos de transporte público, sino también el establecimiento de la política pública de las cuotas para la entrada en funciones de asistencia pública y puestos de trabajo, incentivos fiscales y son mecanismos de accesibilidad y la inclusión social de personas con discapacidad, asignándoles el trato justo para garantizar igualdad de oportunidades.
4. Apoyo mejor distribución de la riqueza en nuestro país, en particular a favor de aquellos que viven en extrema pobreza. Apoyar la reducción de los impuestos sobre la relación de trabajo como una forma de estimular la creación de puestos de trabajo

al amparo de las leyes laborales, que representan sorprendentes logros en el proceso de evolución social, económica y legal de Brasil.

5. Apoyar políticas públicas vinculada en acción afirmativa para combatir la discriminación y en la reducción de las desigualdades sociales en detrimento de las minorías como los negros, indígenas y quilombolas, fomentando la preservación de las culturas, tradiciones y creencias de todas las personas.

6. Promover, difundir y apoyar las prácticas de inclusión de la mujer y la persona del mismo sexo con el fin de lograr el principio de igualdad y dignidad de la persona humana, ambos garantizados en gran parte por el estado democrático constitucional de derecho, proporcionando reconocimiento social y maximizar estas garantías del estado, evitando las desigualdades de género inverso y permitiendo la comprensión definitiva del humanismo del otro por toda la sociedad.

7. Reconocer el carácter social y humanitario del problema de los refugiados en el mundo, cuidando la inclusión de estos países de asilo sin su inclusión implica violación o degradación de costumbres, creencias y tradiciones que poseen. Repudiar las acciones de otros países de expulsión por motivos de raza, credo, nacionalidad, grupo social al que pertenece u opiniones políticas.

**SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016:
INCLUSÃO SOCIAL, NAS FISSURAS DO SISTEMA, SOCIEDADE E
INTEGRAÇÃO**

**NOTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE
A CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL**

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a
academia para a sociedade.

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

O Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração, concretizou-se em Jacarezinho entre os dias 28 a 30 de julho, sob a Coordenação-Geral do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa e organizado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, pela Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati em colaboração com outras entidades como OAB/Subseção de Jacarezinho, Diocese de Jacarezinho e Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA, bem como do patrocínio da Fundação Araucária, da Companhia Paranaense de Energia-Copel, da Editora Redige, do Sebrae, da Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e da Caixa Econômica Federal.

A Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social constitui um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Não representando a opinião particular de nenhuma instituição apoiadora do evento, todos os sete itens da Carta foram discutidos e democraticamente aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia subsequente, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção Jacarezinho, Dr. Jaziel Godinho de Moraes.

CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL

Os participantes do **SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016**, reunidos na cidade de Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual Norte do Paraná e na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil - Subseção de Jacarezinho, assumindo o dever de contribuir para inclusão social à guisa de especial obrigação de todos que pretendem conviver em democracia; reafirmando os ditames constitucionais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicação da pobreza e da marginalização; considerando a fraternidade e a misericórdia especiais instrumentos para superação da intolerância e dos conflitos contemporâneos; tomando em conta que há de estar presente na agenda de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação; assumindo que a exclusão social é fator dificultador da paz e do bem-estar social; reconhecendo a existência do direito fundamental à inclusão social; tendo em mente que, fazendo parte da única família humana, constitui substrato mínimo a qualquer forma de organização social legítima o respeito pela diferença; **CONCLAMAM** todos a concretizar com coragem, divulgar com amor e estimular com firmeza as seguintes ações e boas práticas para justiça e inclusão social:

1. Apoiar práticas que abram espaço às vítimas de delitos para se expressar quanto às suas necessidades em vista da completa reparação do dano causado, inclusive quanto à confiança e integridade psíquico-emocional. Sobremais, disseminar práticas sociais contrárias àquelas estigmatizantes dos egressos do sistema carcerário, a fim de que possam eles (re)integrar-se à sociedade. Da mesma forma, apoiar iniciativas que promovam o diálogo sobre o acesso à justiça criminal e a ressocialização dos presos por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos e ao sistema carcerário tradicional, respectivamente.
2. Reafirmar a importância social da proteção especial do idoso, da criança e do adolescente na condição de elo de ligação atual entre passado e futuro da sociedade, tratando com urgência e prioridade as demandas sociais que lhes digam respeito.
3. Admitir que não só a eliminação de barreiras arquitetônicas em logradouros, prédios e veículos de transporte coletivo, mas também o estabelecimento de políticas públicas de cotas para ingresso em cargos e empregos públicos, assistenciais e de incentivos fiscais constituem mecanismos de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência, atribuindo-lhes o equânime tratamento para garantir igualdade de oportunidades.

- 4. Apoiar melhor distribuição de riqueza em nosso País, notadamente em favor daqueles que vivem em situação de pobreza extrema. Apoiar a redução de tributos incidentes sobre a relação de trabalho como forma de estimular a criação de empregos sob proteção das leis trabalhistas, representativas de conquistas marcantes no processo de evolução social, econômica e jurídica do Brasil.*
- 5. Apoiar políticas públicas lastreadas em ações afirmativas no combate à discriminação e na redução das desigualdades sociais em prejuízo das minorias como negros, índios e quilombolas, estimulando a preservação de culturas, tradições e crenças de todos os povos.*
- 6. Promover, divulgar e apoiar práticas de inclusão da mulher e da pessoa homoafetiva com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, ambos amplamente garantidos pelo Estado de Direito Democrático Constitucional, propiciando maximizar o reconhecimento social e estatal dessas garantias, evitando as desigualdades reversas de gênero e permitindo a compreensão definitiva do humanismo do outro por toda a sociedade.*
- 7. Reconhecer o caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo, zelando para a devida inclusão destes nos países de asilo sem que tal inclusão implique violação ou diminuição de costumes, crenças e tradições que lhes sejam próprios. Repudiar ações de outros países tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.*



Instituto Memória
Centro de Estudos da Contemporaneidade

www.institutomemoria.com.br

CONSELHO CIENTÍFICO-EDITORIAL

PROF. DR. CARLOS ROBERTO ANTUNES DOS SANTOS (*In Memoriam* – Presidente de Honra).

PROFA. DRA. ALICE FÁTIMA MARTINS - Doutora em Sociologia pela Universidade de Brasília (2004). Mestra em Educação pela Universidade de Brasília (1997). **PROF. ANDREA PITASI** – PhD; Professor de Sociologia do Direito do Programa de Mestrado e Doutorado da "Università degli Studi Gabriele D'Annunzio - Dept. of Neuroscience", Itália. Membro do Conselho Acadêmico do "SANTA FE Associate International". Presidente na empresa WORLD COMPLEXITY SCIENCE ACADEMY (WCSA). **PROFA. DRA. BETINA TREIGER GRUPENMACHER** - Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa. Doutora pela Universidade Federal do Paraná. Mestra pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduada pela Universidade de Salamanca, na Espanha e pela Universidade Austral, na Argentina. **PROF. DR. CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO** - Doutor em Direito do Estado (Direito Tributário) pela PUC-SP. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). **PROF.DR. DEMETRIUS NICHELE MACEI** - Pós-doutor pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP (2015), Doutor em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2012), Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2004). **PROF. DR. DOMINGO CÉSAR MANUEL IGHINA** - Doutor em Letras Modernas pela Universidade Nacional de Córdoba (UNC-Argentina). **PROF.DR. EDUARDO AGUSTINHO** - Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2011). Mestre em Integração Latino - Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2003); Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica da Paraná (2000). **PROF. DR. EDUARDO BIACCHI GOMES** - Pós-Doutor em Estudos Culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade Barcelona, Facultad de Dret. Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. **PROFA. DRA. ELAINE RODRIGUES** - Doutora em História e Sociedade pela Universidade Estadual Paulista - Júlio de Mesquita Filho (2002). Mestra em Educação pela Universidade Estadual de Maringá (1994). **PROF. DR. FABIO ARTIGAS GRILLO** - Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Presidente da Comissão de Direito Tributário da OAB/PR; Presidente do Instituto de Direito Tributário do Paraná – IDTPR. **PROF. DR. FERNANDO ARAUJO** - Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor (1998) em Ciências Jurídico-Econômicas, Mestre (em 1990) em Ciências Histórico-Jurídicas. **PROF. DR. FERNANDO KNOERR** – Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). **PROFA. DRA. GISELA MARIA BESTER** – Pós-Doutora em Direito Constitucional e Administrativo do ambiente, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora, Mestra e Graduada em Direito. **PROF. DR. GUIDO RODRÍGUEZ ALCALÁ** - Doutor em Filosofia, na Diensburg Universität (1983). Mestre em Literatura, na Ohio University e The University of New México. **PROF. DR. ILTON GARCIA DA COSTA** - Pós Doutor em Direito

pela Universidade de Coimbra – Portugal. Doutor em Direito pela PUC-SP (2010). Mestre em Direito pela PUC-SP (2002). **PROFA. DRA. JALUSA PRESTES ABAIDE** - Pós-Doutora na Université de Saint Esprit de Kaslik, Líbano (2006). Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona, Espanha (2000). Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1990). **PROF. DR. LAFAYETTE POZZOLI** - Pós-Doutor pela Universidade "La Sapienza", Roma (2002). Doutor (1999) e Mestre (1994) em Filosofia do Direito pela PUC/SP. **PROF. DR. LUC CAPEDEILA** - Pós-Doutor. Professor Titular da Universidade de Rennes 2 (França), em História Contemporânea e História da América Latina e Diretor do Mestrado de História das Relações Internacionais. **PROF. DR. LUÍS ALEXANDRE CARTA WINTER**. Doutor em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (2001). **PROF. DR. LUIZ EDUARDO GUNTHER** – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Desembargador Federal do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, TRT-PR, Brasil. **PROF. DR. LUIZ FELIPE VIEL MOREIRA** - Pós-Doutor pela Universidade Nacional de Córdoba, U.N.C., Argentina. Doutor em História Social pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, UFRGS, Brasil. **PROF. DR. MARCO ANTÔNIO CÉSAR VILLATORE** - Pós-Doutor na Università degli Studi di Roma II, Tor Vergata. Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, La Sapienza (2001), revalidado pela UFSC. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). **PROF. DR. MATEUS BERTONCINI** - Pós-Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Procurador de Justiça no Paraná. **PROF. DR. NELSON NERY JUNIOR** - Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1987) e Doutor em Direito - Universität Friedrich- Alexander Erlangen-Nürnberg (1987). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1983). Graduado em Direito pela Universidade de Taubaté (1977), **PROF. DR. OCTAVIO CAMPOS FISCHER** - Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (1999). Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal do Paraná (2002). Desembargador no Tribunal de Justiça do Paraná. **PROF. DR. PAULO OPUSZKA** - Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. PAULO ROBERTO CIMÓ QUEIROZ** - Doutor em História Econômica pela Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Mestre em História pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, UNESP, Brasil. **PROF. DR. RENÉ ARIEL DOTTI** - Doutor em Direito pela UFPR. Presidente da Comissão Nacional de Defesa da República e da Democracia do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **PROF. DR. ROLAND HASSON** - Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná. **PROF. DR. SERGIO ODILON NADALIN** - Doutor em História e Geografia das Populações - Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (1978). Mestre em História pela Universidade Federal do Paraná (1975). **PROF. DR. TEÓFILO MARCELO DE ARÊA LEÃO JÚNIOR** - Doutor pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2012). Mestre pela PUC (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2001). **PROFA. DRA. VIVIANE COELHO DE SÉLLOS-KNOERR** - Doutora em Direito do Estado e Mestre em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP. Coordenadora do programa de Mestrado em Direito do Unicuritiba. **PROF. DR. WAGNER MENEZES** - Pós-doutor (UNIVERSIDADE DE PÁDOVA - ITALIA). Doutor (USP). Mestre (PUCPR).