

UMA PUBLICAÇÃO FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSO DE DIREITO E SERVIÇO SOCIAL, Ano 3, N. 3, 2012.

REVISTA

Ano 3. n. 3, 2012.

ISSN 2318-6879

# DIREITO SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

Direitos Humanos,  
Estado e  
Políticas Públicas.

  
**Fema**  
Faculdades Integradas  
Machado de Assis

## CORPO EDITORIAL

### COMISSÃO EDITORIAL

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer*  
FEMA  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marli Marlene Moraes da Costa*  
FEMA/UNISC  
*Prof.<sup>a</sup> Ms. Bianca Tams Diehl*  
FEMA  
*Prof.<sup>a</sup> Ms. Bianca de Melo Hartfil*  
FEMA  
*Prof.<sup>a</sup> Ms. Sinara Camera*  
FEMA

### CONSELHO CONSULTIVO

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Ivete Simionatto*  
UFSC  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Jânia Maria Lopes Saldanha*  
UFSM/UNISINOS  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Taciana Camera Segat*  
UFSM  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Tatiana Bolivar Lebedeff*  
UFPEL  
*Prof. Dr. João Martins Bertaso*  
URI (Santo Ângelo)  
*Prof. Dr. Mauro Gaglietti*  
IMED/URI(Santo Ângelo)  
*Prof. Dr. Ricardo Hermany*  
UNISC

### COORDENAÇÃO

*Prof.<sup>a</sup> Ms. Bianca Tams Diehl*  
Coordenadora do Curso de Direito  
*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer*  
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-  
Graduação e Extensão - NPPGE

### ARTE E DIAGRAMAÇÃO

*Guilherme Bonnes*

### EDITORIAÇÃO

*Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer*  
Supervisora

### APOIO TÉCNICO

*Daiane da Rocha Ferreira*  
*Luciano Augusto de Oliveira Paz*

### CAPA

*Rafaelli Capeletti*

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas/ Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa. Nº 3, 2012.

ISSN 2318-6879  
Publicação Anual

1. Direito. 2. Serviço Social. 3. Artigos Acadêmicos. I. Faculdades Integradas Machado de Assis.

CDU: 34(05)

Catálogo na Fonte: Kelly M. Bernini – CRB-10/1541.

### Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito e de Serviço Social  
Rua Santa Rosa, 536, Centro, Santa Rosa, Rio Grande do Sul, Brasil.  
CEP: 98900-000  
Telefone/Fax: (55) 3511 3800  
Homepage: [www.fema.com.br](http://www.fema.com.br)

### Endereço para o envio de trabalhos

[revistadireitoesociedade@fema.com.br](mailto:revistadireitoesociedade@fema.com.br)

Publicação anual. Todos os direitos reservados. A produção ou tradução de qualquer parte desta publicação somente será permitida após a prévia permissão escrita do autor. Os conceitos em artigos assinados são de responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

## SUMÁRIO

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>04</b>
<b>A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>08</b>
<i>Roberto Pozzebon</i> <i>Bianca de Melo Hartfil</i>	
<b>AS PROVAS INOMINADAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....</b>	<b>24</b>
<i>Eduardo Meyer Mendes</i> <i>Tiago Meyer Mendes</i>	
<b>A SEGURANÇA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....</b>	<b>40</b>
<i>Bruna Sinigaglia</i> <i>Rosmeri Radke Cancian</i>	
<b>A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA CONSEQUÊNCIA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA .....</b>	<b>63</b>
<i>Juliana Marques Schubert</i> <i>Renê Carlos Schubert Júnior</i> <i>Bianca de Melo Hartfil</i>	
<b>EDUCAÇÃO JURÍDICA E SUSTENTABILIDADE: PRESSUPOSTO PARA O ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE .....</b>	<b>85</b>
<i>Domingos Benedetti Rodrigues</i>	
<b>GUANTÂNAMO: UMA AFIRMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.....</b>	<b>108</b>
<i>Cláudio Rogério de Sousa Lira</i> <i>Carine Trevisol</i>	
<b>O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TRANSFERÊNCIA DE RENDA: POLÍTICAS PÚBLICAS QUE PROMOVEM A IGUALDADE ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO.....</b>	<b>133</b>
<i>Sinara Camera</i> <i>Arnaldo Fabiano Fenner</i>	
<b>OS DIREITOS SUCESSÓRIOS CONCERNENTES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL.....</b>	<b>148</b>
<i>Carla Elisiane Schonhart</i> <i>Bianca de Melo Hartfil</i>	

**PRÁTICAS SOCIAIS DE LETRAMENTO ACADÊMICO/CIENTÍFICO: A  
CONTRIBUIÇÃO DA LEITURA DE TEXTOS LITERÁRIOS À CONSTRUÇÃO  
DA AUTORIA DISCENTE NO CURSO DE DIREITO ..... 167**

*Márcia Adriana Dias Kraemer*

*Bianca Tams Diehl*

*Maria Lourdes Vicari de Siqueira*

**1984: UMA NARRATIVA DISTÓPICA ..... 188**

*Andressa Azeredo de Oliveira*

*Jaqueline Jacobi*

*Márcia Adriana Dias Kraemer*

## EDITORIAL

A nova Edição da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito e de Serviço Social, das Faculdades Integradas Machado de Assis, centrada no eixo temático *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, apresenta nove artigos científicos e uma resenha acadêmica decorrentes do trabalho intelectual de docentes e discentes inseridos no Ensino Superior.

Nas diferentes contribuições que compõem este construto teórico, tem-se um ambiente em que a intertextualidade e a interdisciplinaridade agregam valor ao propósito de discussão social, jurídica, política e cultural que perpassam as tessituras acadêmicas.

Nessa perspectiva, expõem-se também diferentes vozes que constroem um cenário de estudos, partindo da tríade ensino, pesquisa e extensão. São autores preocupados em contribuir ao panorama investigativo que deve constituir uma instituição voltada à produção do conhecimento.

O primeiro texto em tela, *A Efetividade do Direito Fundamental à Saúde no Ordenamento Jurídico Brasileiro*, de Roberto Pozzebon e de Bianca de Melo Hartfil, retrata o anseio da sociedade em garantir a efetividade do direito à saúde constante no plano constitucional. A falta da concretização desse direito fundamental resulta no crescente número de ações judiciais almejando a solução ao problema. Nesse sentido, os autores discutem quais são as possíveis causas que geram essa realidade e o papel da legislação no caso.

*As Provas Inominadas no Processo Civil Brasileiro*, segunda contribuição da Revista, tem como autores *Eduardo Meyer Mendes e Tiago Meyer Mendes*. Os articulistas tratam do instituto da prova, em especial das chamadas provas inominadas ou atípicas no processo civil brasileiro. Explanam acerca da influência

desse mecanismo no livre convencimento motivado dos julgadores, bem como da necessidade de não se *engessar* o raciocínio jurídico ao corriqueiro e ao aparentemente mais fácil, diante de uma lesão ou ameaça a direito posto em juízo.

Bruna Sinigaglia e Rosmeri Radke Cancian escrevem o artigo *A Segurança dos Contratos Eletrônicos de Consumo Frente ao Ordenamento Jurídico Brasileiro*, terceiro texto apresentado. Nele, as autoras objetivam analisar se os contratos de consumo celebrados no Brasil, por meio do comércio eletrônico, mostram-se seguros, do ponto de vista técnico e jurídico, aos consumidores virtuais. Para a reflexão, as pesquisadoras levam em conta os novos mecanismos de segurança e a escassa legislação específica para regulamentar esse meio de realizar negócios jurídicos.

O quarto artigo a ser apresentado retrata *A Síndrome De Alienação Parental: uma consequência da família contemporânea*, de Juliana Marques Schubert, Renê Carlos Schubert Junior e Bianca de Melo Hartfil. Nele, os autores almejam analisar a síndrome de alienação parental no seio da família contemporânea e seus efeitos nos direitos e na estrutura psíquica da criança e do adolescente. Justificam a importância do estudo pelo fato de a família ser o esteio no processo de aprendizado moral e ético dos sujeitos sociais, bem como pela recorrência de casos descortinados de alienação parental na atualidade.

Domingos Benedetti Rodrigues, por sua vez, expõe em seu trabalho o tema *Educação Jurídica e Sustentabilidade: pressuposto para o estado de direito do ambiente*. O texto, como bem espelha o título, procura identificar as contribuições que a educação jurídica pode trazer à efetivação do Estado de Direito do Ambiente. Para o articulista, o estudo torna-se necessário, à medida que o Estado e a sociedade são responsáveis imediatos pela sustentabilidade. Dessa maneira, a problematização consiste em compreender se a educação jurídica pode constituir-se caminho à efetivação do Estado de Direito do Ambiente.

Em *Guantánamo: uma afirmação do direito penal do inimigo*, Cláudio Rogério Sousa Lira e Carine Trevisol discutem as medidas legais de exceção para combater

as ameaças existentes no Estado, o que, conforme os pesquisadores, resulta em graves violações aos direitos humanos. Para justificar essa afirmação, descrevem o comportamento dos Estados Unidos da América ao promulgarem as políticas de exceção e de combate ao terrorismo. Analisam, portanto, a situação da prisão de Guantánamo, mantida pelo Governo Norteamericano na Baía homônima, em Cuba, cujos detentos são suspeitos de praticarem atos de terrorismo, sob a ótica do *Direito Penal do Inimigo*.

Sinara Camera e Arnaldo Fabiano Fenner intitulam o artigo proposto à leitura como *O Estado Democrático de Direito e a Transferência de Renda: políticas públicas que promovem a igualdade através da educação*. A intenção dos autores é de analisar as políticas públicas para promoção da educação no Brasil e seu potencial, objetivando investigar as possibilidades de transformação do *status quo* do cidadão. Nessa perspectiva, tratam da igualdade e do acesso à educação no contexto do Estado democrático de Direito, bem como das políticas de transferência de renda que promovem a educação como qualificadoras da igualdade no Estado brasileiro.

Outro artigo, apresentado por Carla Elisiane Schonhart e Bianca de Melo Hartfil, reflete sobre *Os Direitos Sucessórios Concernentes à Reprodução Assistida no Brasil*. É um texto que discute a possibilidade de o filho gerado após a morte do genitor, por meio de reprodução humana assistida, ter o direito à herança na perspectiva da legislação brasileira. Para as autoras, é importante investigar o posicionamento doutrinário e legislativo a respeito da legitimidade ou não de sucessão de filho gerado *post mortem*, especialmente nos casos de fecundação artificial homóloga, após a morte do genitor, bem como identificar a possibilidade do direito de herança desse filho.

Por fim, Bianca Tams Diehl, Maria Lourdes Vicari de Siqueira e Márcia Adriana Dias Kraemer, no artigo intitulado *Práticas Sociais de Letramento Acadêmico/Científico: a contribuição da leitura de textos literários à construção da autoria discente no âmbito do Direito*, propõem-se a examinar estratégias

discursivas que visam às práticas de uso e de reflexão acerca da linguagem, na busca do letramento acadêmico/científico dos discentes da esfera jurídica. A proposta é de analisar, à luz da Linguística Aplicada e da Análise Dialógica do Discurso, marcas lexicais do texto literário que auxiliam tanto na compreensão da função da palavra no sistema linguístico quanto na consciência dos efeitos de sentido produzidos pelo seu uso, tornando-se espaço dialógico, no qual se instaura o movimento da leitura à escrita.

Apresentamos, ainda, *1984: uma narrativa distópica*, nossa última contribuição deste número da Revista. Inserindo-se no gênero de resenha acadêmica, as autoras Andressa Azeredo de Oliveira, Jaqueline Jacobi e Márcia Adriana Dias Kraemer descrevem o romance, considerado a obra prima de Orwell, como o retrato da obscura e disseminada fiscalização controladora de um governo a invadir os direitos individuais dos cidadãos. Ao analisarem o enredo de 1984, as resenhistas levam os leitores a interessar-se em buscar compreender a intencionalidade do narrador ao criticar regimes totalitários e autoritaristas que almejam a opressão, por meio de sistemas de vigilância e de coerção.

Pelas sinopses, fica evidente que a nova Edição da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito e de Serviço Social, das Faculdades Integradas Machado de Assis, é um convite à leitura interessante, produtora e acrescentadora. Apresenta-se como um caleidoscópio que, a partir da exposição de diferentes discussões teóricas, reflete o conhecimento partilhado em vários movimentos e combinações, produzindo um efeito intelectual que sociabilizamos com a comunidade interna e externa da Instituição. Por isso, uma excelente leitura!

**Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer**

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão –NPPGE/FEMA  
Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

## **A EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Roberto Pozzebon<sup>1</sup>  
Bianca de Melo Hartfil<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Do anseio da sociedade até ser garantido no plano constitucional como direito fundamental e alcançar a atual estrutura de funcionamento, o direito à saúde passou por etapas de reivindicações, conquistas e discussões no seio da sociedade brasileira. Após a regulamentação e estruturação no plano normativo, busca-se, na atualidade, dar efetividade ao que foi legislado, ou seja, tornar concreto na sociedade o que está previsto no plano jurídico. Essa concretização, ou falta de, tem gerado situações como um elevado número de ações judiciais buscando a efetivação desse direito; hospitais públicos lotados com casos extremos de óbito por falta ou atendimento precário e insuficiente; clamor da população que saiu às ruas em protesto no ano que passou, dentre outras necessidades, como falta de medicamentos e profissionais em número suficiente para atendimento na saúde pública. E quais são as possíveis causas que geram essas situações? A legislação é insuficiente, a efetividade se dá de forma insatisfatória? São essas respostas que a pesquisa busca apontar em sede de conclusão.

Palavras-chave: Direito à saúde – Implementação – Óbices.

### **RESUMÉN**

De la ansiedad de la sociedad hasta ser garantizado en el plan constitucional como derecho fundamental y alcanzar la actual estructura de funcionamiento, el derecho a la salud pasó por etapas de reivindicaciones, conquistas y discusiones en el centro de la sociedad brasileña. Después de la reglamentación y estructuración en el plan normativo, se busca, en la actualidad, dar efectividad a lo que fue legislado, o sea, tornar concreto en la sociedad lo que está previsto en el plan jurídico. Esa concreción, o falta de, tiene generado situaciones como un elevado número fracciones judiciales buscando la efectuación de ese derecho; hospitales públicos abarrotados con casos extremos de muerte por falta de tratamiento precario e insuficiente; clamor de la población que salió a las calles en protesta en el año que

<sup>1</sup> Professor da FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis de Santa Rosa/RS, Mestre em Direito e Advogado com especializações na área cível e trabalhista.

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada de alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo/RS. Docente Regime Integral e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Atividades Complementares do Curso de Direito na FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. Brasil. biancahartfil@fema.com.br

pasó, entre otras necesidades, como falta de medicamento y profesionales en número suficiente para atestamiento en la salud pública. ¿Y cuales son las posibles causas que generan esas situaciones? ¿La legislación es insuficiente, la efectividad se da de forma insatisfactoria? Son esas respuestas que la pesquisa busca destacar en sed de conclusão.

Palabras Clave: Derecho a la Salud – Implementación – Obstáculos.

## INTRODUÇÃO

O direito à saúde é assegurado na Constituição Federal de 1988 como um bem de todos, cabendo ao poder público, entendendo este como os entes políticos Municípios, Estados, Distrito Federal e União, formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir ao cidadão acesso universal e igualitário, atribuindo às esferas de poder mencionadas, competência e responsabilidade concorrente.

Até alcançar patamar constitucional, perpassou por reivindicações, ponderações e debates no seio da sociedade brasileira, culminando em conquistas no plano jurídico. Nesse caminhar, o artigo aborda os aspectos históricos e conceituais, com recorte epistemológico, a partir do momento que o direito à saúde adquire o *status* de direito fundamental na constituição, delimitando o objeto da pesquisa na sua efetividade.

A temática está estruturada da seguinte forma: num primeiro momento, se dá a abordagem inicial do assunto com historicidade e conceitos, após, no desenvolvimento do estudo, é feita a análise em nível constitucional e a estrutura normativa de funcionamento institucionalmente organizada, regulada, principalmente, pelas leis 8.080 e 8.142, ambas do ano de 1990. Ao final, a conclusão dá-se analisando a efetividade de fato do aludido direito, no sentido de observar se atende os preceitos legais ou, em caso de não atender, identificar quais os possíveis motivos.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO, EVOLUÇÃO E CONCEITOS.

O reconhecimento do direito humano à saúde no Brasil é considerado recente pela doutrina especializada no assunto e considera uma conquista alcançada de forma gradativa e compassada: “Com a abertura política, nas décadas de 1970 e 1980 e com as reflexões sobre o *estado de bem-estar social* o tema, direito a saúde, que se discutia apenas em pequenos grupos, passou a tomar conta dos departamentos de medicina preventiva e social ou de saúde pública das universidades.” (KUJAWA; CARBONARI, 2004, p. 8). Ditas conquistas desenvolveram-se gradativamente em etapas progressivas até adquirir a estrutura normativa que possui nos dias atuais, nos termos assim sintetizados:

A VIII Conferência Nacional de Saúde de 1986 consolidou e legitimou toda essa doutrina em defesa da vida e da saúde que, em seguida, foi colocada à disposição da Assembleia Nacional Constituinte. Aprovado, na Constituição Federal, a luta seguinte foi a regulamentação da CF nas leis 8.080 e 8.142 de dezembro de 1990. Assim terminou o primeiro grande momento: *colocar no papel*. Tornar a proposta de saúde como direito do cidadão e dever do estado, uma proposta legal, sacramentada na Constituição brasileira e regulamentada por leis. Hoje, enfrentamos o segundo movimento. O de *retirar do papel – cumprir a lei*. Entre dezembro de 1990 e os dias de hoje, já no terceiro milênio, trava-se o maior dos embates: conseguir fazer esse direito à vida e à saúde sair do papel. (KUJAWA; CARBONARI, 2004, p. 8).

Fazendo menção à lição da autora Mariana Filchtiner Figueiredo, na obra *Direito Fundamental à Saúde*, a Revolução Industrial acarretou um grande movimento de urbanização com a migração populacional do campo para as cidades e a formação de cinturões ao redor das fábricas que, pela proximidade espacial e a absoluta falta de higiene, permitiram à rápida proliferação de doenças entre operários, patrões e familiares (FIGUEIREDO, 2007).

Esses fatos teriam sido decisivos para a reivindicação por melhores condições sanitárias, dada a necessidade de resguardo à saúde dos operários, seja pela manutenção dos níveis de produção nas fábricas, seja pela proteção da saúde dos próprios patrões, e, também, pelo atendimento às reclamações dos operários, já

organizados em movimentos de luta social que exigiam melhores condições sanitárias para si e suas famílias.

Como o Estado, na época, nada mais era do que instrumento do empresariado, foi fácil a transferência dessas reivindicações, assumindo o Estado a função de garantir a saúde pública. A autora mencionada conclui essa afirmação com uma citação de Germano Schwartz, a qual afirma que o capitalismo, por mais paradoxal que pareça, fez nascer uma visão social da saúde (FIGUEIREDO, 2007, p. 79).

Fazendo uma leitura histórica apenas no plano constitucional nacional, a Constituição de 1824, primeira promulgada no Brasil, assegurou o socorro público como garantia de direito civil e político. Na época, a saúde era considerada (des)graça advinda de Deus. Assim, atribuiu-se ao catolicismo a tarefa de prestar assistência nas Santas Casas de Misericórdia, instituições piedosas mantidas com seu patrimônio, proveniente de doações para o seu custeio.

Essas casas serviam de referência em questões de internação por motivo de doença, utilizando medicamentos feitos de ervas, curandeirismos, “simpatias” e outras rezas para pequenas doenças clínicas, por isso não cabia ao Estado maior preocupação com Saúde. Posteriormente, com a estruturação das cidades, evolução socioeconômica e reformas legislativas, cresceu a preocupação com a questão sanitária e apareceram as faculdades de medicina.

A carta constitucional republicana de 1891, em relação ao tema, não trouxe mudanças consideráveis, porque a sociedade continuava em processo de estruturação e a saúde ainda era tida como uma questão celestial, conforme leciona Pilau Sobrinho (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 91).

Somente mais tarde, já no século XX, é que se registra a interferência do Estado: “[...] a intervenção do Estado na área do seguro social para assalariados urbanos do setor privado data de 1919, com o seguro de acidentes de trabalho, sendo na década de 20 a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP).” (NUNES et al., 2010, p. 14). A partir de então, segundo sustentam esses autores, tem início uma dicotomia no interior da saúde: o enfoque eminentemente curativo frente ao enfoque eminentemente preventivo, o que, na atualidade, é diretriz de

trabalho, podendo ser citada, por exemplo, a aquisição de equipamentos, tecnologias e estruturas hospitalares no campo preventivo e as vigilâncias sanitária, de saúde do trabalhador e epidemiológica na seara da prevenção.

A partir da década de 1930, o governo de Getúlio Vargas inclina-se para a questão social criando o Ministério do Trabalho e implementando outras ações sociais. Na época, a Constituição de 1934 determinou que a competência em relação à saúde e à assistência pública era da União e dos Estados, juntamente com a preocupação em relação a saúde do trabalhador, trazendo no art. 121, letra “h”, a seguinte previsão legal:

A assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante assegura a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente do trabalho ou de morte. (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 93).

Isso representou um avanço na questão social pela preocupação com a assistência médica e sanitária dos trabalhadores, instituindo a previdência.

Seguindo na trilha das constituições sociais do século XX, principalmente pelas conquistas advindas das lutas dos trabalhadores, foram sendo positivados os direitos de segunda geração, como as normas de previdência social. A Constituição de 1937 não se referiu ao tema saúde, cuja preocupação de maior destaque foi o fortalecimento do Poder Executivo e uma intervenção mais direta na elaboração das leis, com a finalidade de combater pronta e eficientemente as agitações internas do país.

A Constituição de 1946, elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte, eleita no ano de 1945, procurou reestabelecer o Estado Democrático, após o período ditatorial da era Vargas, retomando as medidas que resguardam os direitos individuais, deixando, no entanto, de trazer inovações em relação à saúde.

A Constituição de 1967, advinda após as modificações a partir de 1964, quando o país passou por uma revolução política, no pertinente à saúde, a emenda constitucional de 1969, artigo 165, parágrafo único, explicita que nenhuma prestação

de serviço de assistência ou de benefício compreendidos na previdência social será criada, majorada, ou estendida, sem a correspondente fonte de custeio total (EC/69). Significa dizer, por outras palavras, que nada pode ser mudado sem que seja estabelecida a fonte geradora de financiamento.

No entender do autor Liton Pilau, isso leva a concluir que nenhum texto constitucional se refere explicitamente à saúde, como integrante do interesse público fundante do pacto social, até a promulgação da Carta de 1988. Leciona também:

Pode-se dizer que a Constituição Federal do Brasil de 1988 consolidou o Estado Democrático de Direito no país; com a intenção dos constituintes de fazer uma Constituição em que a democracia fosse restaurada, também ficaram asseguradas as garantias jurídico-legais e a preocupação social. É de suma importância ressaltar o preâmbulo e demais artigos dessa Constituição que dão segurança à saúde desde o momento em que são nela positivados. [...] O texto constitucional fala em direitos sociais e indica a saúde como um direito social; logo, é obrigação do Estado propiciar as condições mínimas de assistência à população. Também os trabalhadores têm assegurado na Constituição o direito de receber um salário digno, que atenda as necessidades básicas, considerando a saúde como uma necessidade fundamental sua e de suas famílias, visto que sem saúde não se pode trabalhar. (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 96).

Oportuno, também, observar que a Lei Orgânica da Saúde (8080/90), que controla todas as ações e os serviços de saúde no Brasil, criou o Sistema Único de Saúde em conformidade com o art. 200, da CF/88. Dentre os principais pontos desta lei estão a disciplina, organização, direção e gestão do Sistema Único de Saúde, fixação de competências da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a participação da iniciativa privada na área da saúde e o seu financiamento.

Em breves palavras, o Sistema Único de Saúde veio para descentralizar a saúde, cujo provimento não fica mais apenas sob responsabilidade da União, visto que se estabelecem competências aos estados e municípios, atribuídas pelo art. 30, VII. Em relação a essa descentralização, Liton Pilau salienta que “[...] nesse prisma, o SUS procura qualificar o serviço prestado à população, primando por uma vida digna do cidadão; não fica preso somente à estrutura pública, mas também faz uso da estrutura privada, com a devida remuneração.” (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 96).

Observando os marcos históricos, conclui-se seguramente que a CF/88 é um marco na questão política e jurídica da saúde no Brasil, seja ela por definir como um direito humano fundamental, seja por definir a estrutura organizacional com a regulamentação infraconstitucional advindas das Leis 8.080, de 19 de setembro de 1990, e Lei 8.142, de dezembro de 1990.

Oportuno esclarecer a distinção entre os termos saúde e direito à saúde, a fim de evitar a confusão ou interpretação errônea dos termos. Nesse passo, oportuno trazer à baila a seguinte definição:

A Constituição de 1988 consolida uma luta de décadas travada por um conjunto de movimentos sociais, especificamente pelo movimento da Reforma Sanitarista ao definir que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. Após a Constituição, um conjunto de legislações – principalmente as leis 8080/90 e 8.142/90 – e de normas operacionais estabeleceram a base legal de reconhecimento desse direito. (KUJAWA; CARBONARI, 2004, p. 12).

Parece difícil acreditar que em pleno século XXI ainda existam tantas pessoas, no mundo e no Brasil, às quais a saúde é negada, sobretudo por não disporem de condições econômicas para custeá-la. Mas, essa comercialização da saúde não se choca com a dignidade humana, à medida que todos somos sujeitos do direito à saúde.

É no contexto da Revolução Industrial que a saúde começa a ser entendida para além do âmbito da responsabilidade individual. Daí emerge a ideia da responsabilidade coletiva e, sobretudo, do Estado. Primeiro, preocupando-se com a saúde dos trabalhadores que viviam em situações muito precárias. Tomando por referência definição dada pela Organização Mundial da Saúde – OMS – quando de seu surgimento em 1946, fez a seguinte definição: “[...] a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de distúrbios ou doenças.” (KUJAWA; CARBONARI, 2004, p. 36).

Dizer que a saúde não pode se limitar apenas à ausência de moléstia, significa que ela tem caráter social e não basta apenas tratar da doença, mas que é necessário evitar ao máximo que ela apareça. No Brasil, por pressão do movimento

da Reforma Sanitária, esse conceito foi contemplado pela Constituição Federal e explicitada pela legislação ordinária.

O direito à saúde, por sua vez, diferentemente de um estado de bem-estar físico, mental e social, diz respeito ao complexo jurídico-legal. O marco internacional, no sentido de reconhecê-la como um direito humano, está em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. No plano nacional, o Brasil reconhece a saúde como direito humano fundamental somente a partir de 1988, no texto da Constituição Federal, como se observa na lição que segue:

Com a positivação dos direitos fundamentais nas constituições dos Estados – deve-se dizer que no Brasil o direito à saúde viu-se realmente positivado com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – é que a saúde passou a ganhar apoio e força total, figurando no referido texto entre os direitos sociais. (PILAU SOBRINHO, 2003, p. 96).

Noutros termos, o direito à saúde é um direito fundamental de todo o cidadão, seja ele na forma individual ou coletivo, de ter completo bem-estar físico e mental, fazendo promoção e prevenção com forma de acesso igualitário.

## 2 SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

No Direito Constitucional brasileiro, o direito social à saúde é previsto no artigo 6º, *caput*, como fundamental material e formalmente, além da previsão mais detalhada nos artigos 196 e seguintes da norma fundamental. Diz o artigo 6º da Lei Maior:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Apropriando-se dos ensinamentos de Sarlet, no que tange à eficácia dos direitos fundamentais, ele salienta ser de suma importância para a evolução que conduziu ao nascimento de tais direitos a reforma protestante, que levou à reivindicação e ao gradativo reconhecimento de opção religiosa e de culto em

diversos países da Europa (SARLET, 2009, p. 42). Ao fazer referência aos direitos fundamentais e constituição, Ingo salienta como ponto de partida a íntima e indissociável vinculação entre esses direitos e as noções de Constituição e Estado de Direito:

Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. (SARLET, 2009, p. 58).

Ensina, também:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (SARLET, 2009, p. 61).

Para esse autor, no âmbito de um Estado Social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à nação de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor da justiça material. Na sequência, observa ainda:

Dentre as inovações, assume destaque a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, logo após o preâmbulo e os princípios fundamentais, o que, além de traduzir maior rigor lógico, na medida em que os direitos fundamentais constituem parâmetro hermenêutico e valores superiores de toda a ordem constitucional e jurídica, também vai ao encontro da melhor tradição do constitucionalismo na esfera dos direitos fundamentais. Além disso, a própria utilização da terminologia “direitos e garantias fundamentais” constitui novidade, já que nas Constituições anteriores costumava utilizar-se a denominação “direitos e garantias individuais”, desde muito superada e manifestamente anacrônica, além de desafinada em relação à evolução recente no âmbito do direito

constitucional e internacional. A acolhida dos direitos fundamentais sociais em capítulo próprio no catálogo dos direitos fundamentais ressalta, por sua vez, de forma incontestável sua condição de autênticos direitos fundamentais, já que nas Cartas anteriores os direitos sociais se encontravam positivados no capítulo da ordem econômica e social, sendo-lhes, ao menos em princípio e ressalvadas algumas exceções, reconhecido caráter meramente programático. (SARLET, 2009, p. 66).

Na mesma trilha é o entendimento da autora Mariana Filchtiner Figueiredo, quando justifica o direito social à saúde como direito fundamental:

Assevera Sarlett que a fundamentalidade formal do direito à saúde resulta (a) da superior hierarquia axiológico-normativa de que goza, enquanto norma constitucional; (b) da previsão entre os limites materiais e formais à reforma constitucional; e (c) da aplicabilidade imediata e vincutividade imposta aos Poderes Públicos pela norma contida no artigo 5º, § 1º, do texto constitucional. (FIGUEIREDO, 2007, p. 86).

A referida autora contempla ainda que, na maioria dos casos, o direito à saúde depende da organização prévia de procedimentos e estruturas, o mais das vezes públicos, para que possa ser efetivado. A avalanche de ações judiciais buscando prestações materiais em saúde, provavelmente se justifica muito mais pelas deficiências do sistema hoje vigente, do que propriamente tem por objetivo a realização originária do direito à saúde – até porque ao indivíduo o que interessa é a manutenção da própria saúde, ou o acesso aos meios para obtê-la e preservá-la, e não o fundamento constitucional ou legal da ação proposta.

O autor Germano Schwartz, ao estudar a saúde como direito fundamental do homem, tem o seguinte entendimento:

A saúde como direito humano baseia-se no art. 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, cujo teor expressa o direito de todo ser humano à prestação sanitária. A adoção de tal conceito levou quase todas as Constituições do mundo a afirmarem à saúde como um direito fundamental do homem, determinando a relação obrigacional entre o Estado (devedor) e indivíduo (credor). (SCHWARTZ, 2004, p. 17).

O entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), após a CF/88, atendendo aos princípios constitucionais que exigem a busca da justiça social, é no sentido de que o direito à saúde é fundamental e autoaplicável.

Atualmente, analisando as decisões proferidas pelos ministros da corte máxima de julgamento do país, é dada eficácia ao direito à saúde àqueles que não têm atendidas suas necessidades em relação à saúde com amparo da norma constitucional, como sendo um direito social fundamental. É o que se observa nas decisões, conforme pode ser constatado:

DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014

EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE DOS ENTES FEDERATIVOS. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 22.8.2011. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. Agravo regimental conhecido e não provido. (BRASIL, 2014).

DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Direito à saúde. Dever do Estado. Solidariedade entre os entes federativos. Precedentes. 1. Incumbe ao Estado, em todas as suas esferas, prestar assistência à saúde da população, nos termos do art. 196 da Constituição Federal, configurando essa obrigação, consoante entendimento pacificado na Corte, responsabilidade solidária entre os entes da Federação. 2. Agravo regimental não provido. (BRASIL, 2014).

RE 607381 AgR / SC - SANTA CATARINA. Julgamento: 31/05/2011

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO À SAÚDE (ART. 196, CF). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. SOLIDARIEDADE PASSIVA ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DESLOCAMENTO DO FEITO PARA JUSTIÇA FEDERAL. MEDIDA PROTETÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O artigo 196 da CF impõe o dever estatal de implementação das políticas públicas, no sentido de conferir efetividade ao acesso da população à redução dos riscos de doenças e às medidas necessárias para proteção e recuperação dos cidadãos. 2. O Estado deve criar meios para prover serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além da implementação de políticas públicas preventivas, mercê de os entes federativos garantirem recursos em seus orçamentos para implementação das mesmas. (arts. 23, II, e 198, § 1º, da CF). 3. O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isto por que, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição, e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional. 4. In casu, o chamamento ao processo da União pelo Estado de Santa Catarina revela-se medida meramente protetória que não traz nenhuma utilidade ao processo, além de atrasar a resolução do feito, revelando-se meio inconstitucional para evitar o acesso aos

remédios necessários para o restabelecimento da saúde da recorrida. 5. Agravo regimental no recurso extraordinário desprovido. (SANTA CATARINA, 2011).

Apelação Cível Nº 70058531799, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck  
 Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. DIREITO À SAÚDE. PATOLOGIA: APNÉIA GRAVE. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS. POSSIBILIDADE. 1. A assistência à saúde é direito de todos garantido constitucionalmente, devendo o poder público custear os medicamentos e tratamentos aos necessitados. Inteligência do art. 196 da Constituição Federal. Em razão da responsabilidade solidária estabelecida entre os entes federados para o atendimento integral à saúde, qualquer um deles possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda que busca o acesso à saúde assegurado pela constituição. 2. É legítima a atuação do Poder Judiciário quando, por ação ou omissão do Poder Público, existe a ameaça de violação aos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, principalmente à vida digna, sobre os quais se alicerça o Estado Democrático de Direito. 3. A ausência de previsão orçamentária e reserva do possível são argumentos que não constituem óbice ao dever da administração de prestar assistência à saúde, não podendo ser utilizados para justificar gestões ineficientes, pois as políticas públicas que não concretizam os direitos fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana desatendem o mínimo existencial, assegurado pela Carta Magna. 4. A autorização para o fornecimento dos equipamentos requeridos pela parte demandante é imprescindível, mormente por se tratar de direito à vida e à saúde, protegidos constitucionalmente. 5. Cabe ao profissional habilitado indicar a opção adequada para o tratamento da doença que acomete seu paciente, devendo o Poder Público custear as despesas de acordo com a prescrição médica. 6. Não há falar em limitação do Ente Público em fornecer apenas os equipamentos e medicamentos que constam na estrutura do Sistema Público de Saúde, mormente porque tais circunstâncias violam direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. NEGADO SEGUIMENTO AOS APELOS. (Apelação Cível Nº 70058531799, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sergio Luiz Grassi Beck, Julgado em 18/03/2014). (RIO GRANDE DO SUL, 2014).

RE 393175 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL. Julgamento: 12/12/2006  
 EMENTA: PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira

responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. [...] DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2006).

Constata-se, assim, que o direito à saúde no Brasil possui *status* de direito social fundamental positivado no plano constitucional como direito de todos e dever do Estado, regulamentado, principalmente na Lei Orgânica da Saúde, Lei 8080/90, que controla as ações e serviços de saúde. No que se refere à promoção desse direito, há previsão de responsabilidade solidária entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em matéria de saúde.

### **3 ESTRUTURA NORMATIVA, ORGANIZACIONAL E DE FUNCIONAMENTO DA SAÚDE PÚBLICA.**

A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90, criou o Sistema Único de Saúde – SUS –, em conformidade com o que preceitua o art. 200 da CF/88. Estabelecendo, dentre outras coisas, que a saúde é um direito fundamental do cidadão, disciplina a organização e direção do SUS, fixando as competências.

A referida lei possibilita aos municípios a formação de consórcios de saúde e ações em conjunto com outros municípios, a participação da iniciativa privada na área da saúde, o financiamento, organização e funcionamento, dentre outros aspectos, também importantes, porém, de menor relevância para a presente pesquisa.

O SUS foi criado para descentralizar a saúde pública, cujo provimento não está mais adstrito apenas à União, pelo fato que se estabelecem competências aos Estados e aos Municípios. Foi criado com o objetivo principal de melhorar a saúde do povo e, “[...] nesse prisma, o SUS procura qualificar o serviço prestado à população, primando por uma vida digna do cidadão; não fica preso somente à estrutura pública, mas também faz uso da estrutura privada, com a devida remuneração.” (PILAU SOBRINHO, 2004, p. 106).

Em relação aos consórcios de saúde é uma possibilidade para enfrentar a falta de recursos e encontrar novas formas de financiamento, sendo um exemplo a união dos municípios formando consórcios que, conseqüentemente, fortaleçam-se para financiá-la.

Diante da fragilidade de atendimento, de forma complementar, é possibilitada à iniciativa privada a participação no Sistema Único de Saúde, o que se dá através dos planos e seguros privados de assistência, fiscalizados pelos respectivos conselhos de fiscalização e regulados por legislação própria e especial, também que se configura relação de consumo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990 (BRASIL, 1990).

Assim, pode-se verificar, desde o momento que nascem os anseios e necessidades pela criação de normas regulamentando a questão da saúde, à criação delas propriamente dita, o enquadramento no plano constitucional, as leis complementar e ordinária, organizando e criando meios para realmente dar efetividade ao que existe no plano normativo. Pode-se afirmar, seguramente, que as deficiências que o sistema apresenta, e a não concretização da forma como almejada, deve-se a fatores alheios à ausência ou insuficiência de norma jurídica.

Como justificar, então, o elevado número de ações judiciais buscando medicamentos, internações, procedimentos, filas para atendimentos, pacientes em corredores de hospitais, macas, outros falecendo, por falta de atendimento?

As causas que levam a esse quadro, embora pontuais, não são de natureza única e, dentre as principais, estão gestão ineficiente, como refere a própria jurisprudência citada anteriormente, falta de planejamento no gasto da verba pública e preparo para execução das ações e serviços de saúde pública. Cite-se, ainda, o

elevado custo que acarreta a falta de planejamento; a prevenção; o valor elevado da suplementação de serviços não disponíveis, como, por exemplo, disponibilizar leito em hospitais privados, quando não disponíveis no sistema público; medicamentos não disponíveis também na rede pública ou não recomendados pelos protocolos do Ministério da Saúde; carência de profissionais capacitados na elaboração de projetos para acesso aos recursos disponíveis; insuficiência de profissionais capacitados e dispostos a trabalhar na saúde pública, fator que se agrava quando se trata de localidades distantes dos grandes centros, dentre outros.

Isso aponta que as causas são de naturezas diversas e nem sempre por falta de recursos financeiros, como muitas vezes é difundido.

## CONCLUSÃO

Embora nos últimos anos haja inegáveis avanços e conquistas inerentes à efetividade do direito à saúde, na ordem jurídica e no dever de prestação pelo Estado à sociedade, mesmo sendo norma fundamental insculpida na Constituição Federal, encontra óbices na concretização daquilo que a legislação prevê. Dito de outro modo, trata-se da dificuldade de tornar a lei em realidade, já que se constatou não haver ausência ou carência de legislação que limite essa concretização, nem ser exclusivamente de natureza financeira.

A partir do texto, conclui-se, seguramente, que dentre os motivos de maior relevo na efetividade estão a gestão ineficiente, falta de planejamento no gasto da verba pública e preparo para execução das ações e serviços de saúde pública. São motivos também, o elevado custo que acarreta a falta de planejamento, a prevenção, a suplementação de serviços não disponíveis, carência de profissionais capacitados na elaboração de projetos para acesso aos recursos disponíveis e insuficiência de profissionais capacitados e dispostos a trabalhar na saúde pública. Esses fatores influenciam negativamente e são os principais obstáculos na concretização do direito à saúde.

Conclui-se, ainda, que a efetividade não encontra óbice principal no âmbito financeiro, como constantemente ouvimos. Pode, e muitas vezes é fator limitador, no

entanto, decorre não da ausência de recursos, mas, sim, por ingerência ou acesso aos recursos disponíveis.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988\\_04.02.2010/CON1988.pdf](http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.02.2010/CON1988.pdf)>. Acesso em: 15 maio 2012.

BRASIL.. **Lei n.º 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Brasília: Câmara dos Deputados, 1990. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8078-11-setembro-1990-365086-normaatualizada-pl.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FURASTÉ, Pedro Augusto. **Normas técnicas para o trabalho científico**. Explicitação das normas da ABNT. 13 ed. Porto Alegre: s.n., 2004.

KUJAWA, Henrique; CARBONARI, PAULO (Orgs.). **Luta pelo direito humano à saúde: experiência de Passo Fundo**. Passo Fundo: Méritos, 2004.

NUNES, Edison; JABOBI, Pedro; KARSCH, Ursula S.; COHN, Amélia. **A saúde como direito e como serviço**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHWARTZ, Germano. **O tratamento jurídico do risco no direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. **O direito a saúde: uma perspectiva constitucionalista**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=direito+%E0+Sa%FAde&tb=jurisnova&pesq=ementario>>. Acesso em: 18 mar. 2012.

## AS PROVAS INOMINADAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Eduardo Meyer Mendes<sup>1</sup>  
Tiago Meyer Mendes<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo trata do instituto da prova, em especial das chamadas provas inominadas ou atípicas no processo civil brasileiro, da sua influência no livre convencimento motivado dos julgadores, bem como, mesmo que pela via oblíqua, da necessidade de não se “engessar” o raciocínio jurídico ao corriqueiro e ao aparentemente mais fácil, diante de uma lesão ou ameaça a direito posto em juízo. Para uma melhor compreensão do tema, inicialmente são feitas breves considerações sobre o instituto da prova, para ao final tratar diretamente do tema proposto, em especial em relação a alguns de seus exemplos, como a gravação, a prova emprestada, a prova por amostragem e a presunção. O presente artigo foi elaborado com base na doutrina e na jurisprudência, em especial nas decisões do Tribunal de Justiça Gaúcho.

Palavras-chave: atípica – inominadas - provas.

### RESUMEN

Lo presente artículo se trata de lo instituto de prueba, especialmente das llamadas pruebas innominadas o atípicas en el proceso civil brasileño, de su influencia en la libre convicción motivada de los jueces, así como, mismo por la vía oblicua, de la necesidad de no “ahogar” lo razonamiento jurídico al unexceptional y ao aparentemente más fácil, adelante de una lesión o amenaza a derechos en juicio. Para una mejor comprensión del tema, para empezar se hacen breves consideraciones sobre lo instituto de la prueba, de manera que al final sea tratado directamente del tema propuesto, en particular en relación a algunos de sus ejemplos, como la grabación, la prueba prestada, la prueba por muestreo y la presunción. Este artículo fué elaborado con base na doctrina y en las decisiones, en particular al decisiones de la Corte de Justicia Gaúcha.

Palabras clave: atípicas – innominadas – pruebas.

<sup>1</sup> Mestre em Desenvolvimento pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Professor Titular da Fundação Educacional Machado de Assis - FEMA. Eduardo@fema.com.br

<sup>2</sup> Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (2010). tmeyermendes@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

A prova constitui importante tema no mundo jurídico, sendo que, para se demonstrar os fatos alegados e chegar à melhor hermenêutica ao caso concreto, surgem, seja de forma auxiliar ou de forma autônoma, as provas atípicas, que não vêm ganhando a atenção necessária da jurisprudência e doutrina (escassa sobre o tema), muito embora de grande valia para o livre convencimento do julgador e conseqüentemente, para o melhor resultado da demanda apresentada em juízo.

Inicialmente, far-se-á um breve apanhado acerca da prova, para, após, adentrar-se no terreno fértil das provas inominadas ou atípicas, traçando comentários sobre alguns de seus exemplos, como a gravação, a prova emprestada, a prova por amostragem e a presunção.

### 1 DA PROVA

O termo *prova* pode encontrar várias definições, quanto mais levando em consideração que é palavra corriqueiramente utilizada pelos membros da sociedade em geral. Entretanto, no presente estudo, forçosa é a sua definição a partir das Ciências Jurídicas. Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco a define como: “[...] um conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade quanto aos fatos relevantes para o julgamento.” (DINAMARCO, 2000, p. 43).

A prova é um instituto valiosíssimo no mundo jurídico, pois, para se obter êxito em uma demanda, como regra, necessita-se provar os fatos alegados. Sobre o tema, segue as palavras de Francisco Augusto das Neves e Castro, que afirma:

[...] todas as ações têm por fundamento um ponto de direito e um ponto de fato. Inúteis seriam as leis se não tivesse relação com algum fato, e desnecessárias seriam também, as ações que constituem uma das teorias mais graves do direito, e mais indispensáveis para que ele se torne efetivo, se não houvesse os meios de investigar e determinar esses fatos que constituem o fim para o qual se dirigem as ações e o elemento objetivo do direito. (CASTRO, 2000, p. 95).

Pode-se dizer que a prova é um direito do cidadão, garantido pelos princípios jurídicos basilares. É um instrumento a serviço do Estado Democrático de Direito. Acerca do tema, leciona Dinamarco: “[...] direito à prova é o conjunto de oportunidades oferecidas à parte pela constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirmam em relação aos fatos relevantes para o julgamento.” (DINAMARCO, 2002, p. 46-47).

Portanto, a produção de provas lícitas e moralmente legítimas para a demonstração dos fatos alegados em juízo, trata-se de um direito das partes, não se caracterizando, propriamente, em uma obrigação, mas sim um ônus, pois a ausência da produção probatória satisfatória, a quem recai o respectivo ônus, tem como consequência inarredável, o fracasso de seu pleito.

No que se refere aos objetos de provas, de regra, devem ser provados os fatos, uma vez que é justamente demonstrando-os que se aplicará o direito ao caso concreto. Oportuno ressaltar que, como ensina Dinamarco, em princípio, a prova só é necessária em caso de controvérsia sobre a sua ocorrência ou inoocorrência, não sendo dependentes de prova, por exemplo, as alegações feitas por uma parte e aceitas de forma expressa ou não impugnadas pela parte adversa (DINAMARCO, 2002).

Assim, pode-se afirmar que tão somente os fatos relevantes e controvertidos devem ser objeto de prova, sendo exceção a necessidade de provar o direito (teor e a vigência), quando este for estrangeiro, estadual, municipal ou consuetudinário, se assim o exigir o magistrado, segundo a inteligência do artigo 337 do Diploma Processual Civil.<sup>3</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, o doutrinador Arruda Alvim ensina que são os fatos que devem ser objeto de prova, com exceção daqueles que não

---

<sup>3</sup> Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.

dependem de prova, segundo previsão legal constante do art. 334 do Diploma Processual Cível (ALVIM, 2007).<sup>4</sup>

No que se refere ao ônus da prova, oportuna a definição empregada por Moacyr Amaral ao dissecar a frase *onus probandi* – ressalta que a palavra ônus é originária do latim – *onus*, significando *carga, fardo, peso*; já *onus probandi* denota *dever de provar*, no sentido de precisar provar (AMARAL, 2004).

Para se obter êxito em uma demanda judicial, incumbe ao autor dos fatos comprová-los de forma satisfatória, seguindo a regra do art. 333, do Código de Processo Civil<sup>5</sup>. Conquanto, denota –se a importância que o ônus da prova possui no ordenamento jurídico pátrio, pois não basta que a parte tenha um direito, necessário, também que sejam provados os respectivos fatos que darão guarida à sua pretensão jurídica.

É de conhecimento dos estudiosos das ciências jurídicas a importância do contraditório e da ampla defesa nas legislações, sendo que, tais garantias estão esculpidas na Carta Magna, mais precisamente em, seu artigo 5º, inc. LV, sendo que, no direito probatório, por razões lógicas, também deve ser aplicado o respectivo princípio constitucional. Acerca do princípio em análise, seguem os dizeres do doutrinador Ovídio Batista, *in verbis*:

O princípio do contraditório, ou da contrariedade em matéria de prova, deriva do princípio mais amplo por nós já indicado quando aludimos ao princípio fundamental que preside o processo civil, conhecido como princípio da bilateralidade da audiência, segundo o qual ninguém poderá ser condenado sem antes ser ouvido, e sem que lhe assegure a possibilidade de defesa adequada. Também no domínio do direito probatório a parte contra quem se produz a prova, tem direito de conhecê-la antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença, e deve ter igualmente o direito de impugná-la e produzir contraprova se puder por este meio invalidá-la. (BATISTA, 1996, p. 291-292).

<sup>4</sup> Art. 334. Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

<sup>5</sup> Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Parágrafo único. É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando: I - recair sobre direito indisponível da parte; II – tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Assim sendo, verifica-se a importância de referido princípio como uma garantia aos litigantes de terem um processo mais equânime e justo, por consequência, abominando-se a prova secreta ou inquisitorial. Realizada essa rápida análise sobre o instituto da prova, passar-se-á ao estudo das provas inominadas ou atípicas.

## **2 DAS PROVAS ATÍPICAS**

Quando os profissionais das lides forenses se deparam com a necessidade de provar determinado fato, vem em seus pensamentos as chamadas provas típicas, que são aquelas elencadas nos artigos 342 a 443 do Código de Processo Civil brasileiro, quais sejam: o depoimento pessoal, a confissão, a exibição de documento ou coisa, a prova documental, a testemunhal, a pericial e, com menos frequência, a inspeção judicial,

Entretanto, no direito processual brasileiro existem também as chamadas provas inominadas ou atípicas que encontram amparo legal, dentre outros, no artigo 332 do Diploma Processual Civil que dispõe que: “[...] todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.” (BRASIL, 1973). O jurista Gerhard Walter em seus ensinamentos defende a tese de que a ideia da taxatividade dos meios de prova vai de encontro à busca da máxima potencialidade do mecanismo probatório, inerente a noção de direito à prova (WALTER, 1985).

Interessante observar que o Código de Processo Civil de 1.939 já afirmava, em seu artigo 208, que seriam “[...] admissíveis em juízo todas as espécies de provas reconhecidas nas leis civis e comerciais.” (BRASIL, 1939).

Pelo exposto, pode-se afirmar que vige no direito processual brasileiro, o chamado princípio da liberdade da prova, como defende Fredie Didier (2009). O fato de um meio de prova não estar expressamente previsto no Diploma Processual Cível, não significa dizer que se encontra proibido.

Essa abertura também permite que o direito processual civil seja influenciado pelos avanços científicos e tecnológicos, possibilitando a verificação mais exata e verossímil dos fatos que servem de base para que as partes possam convencer o juiz de que têm razão.

Os patronos das partes, o representante do Ministério Público, o juiz e todos aqueles que participam de um processo não devem “engessar” o seu pensamento e raciocínio, atendo-se tão somente às provas usuais, pois são vários os seus meios, podendo as provas inominadas ou atípicas servir como excelente ferramenta na busca da melhor verdade, da melhor justiça ao caso concreto, pois o exercício intelectual, aliado à boa técnica, é um salutar instrumento para se obter uma produção probatória satisfatória e, como consequência, um processo mais efetivo.

Importante esclarecer que não se pode dizer que existe um “consenso universal” sobre o fato de ser alguns dos meios de provas abaixo arroladas, meios autônomos de provas atípicas, pois não faltam vozes e posicionamentos (da qual, *data venia*, não nos filiamos) que afirmam que os referidos meios de provas, tratam-se de meras variações das provas nominadas ou típicas.

Como primeiro exemplo, pode-se citar as gravações. Conhecido meio de prova no dia-a-dia, a gravação exerce grande relevância no convencimento do magistrado, sendo que foi por meio desse modo de prova que se chegou à motivação de muitas sentenças.

Referido meio de prova, por vezes, encontra resistência em sua produção, porém, vem se inclinando com propriedade a doutrina e a jurisprudência que defendem que, se a gravação for realizada por um dos interlocutores, mesmo sem o conhecimento da pessoa contra quem se utiliza a prova, a mesma é válida e poderá ser perfeitamente utilizada em um processo judicial de natureza cível. Sobre o tema segue decisão jurisprudencial abaixo colacionada:

INDENIZATÓRIA. VIOLAÇÃO DE CORRESPONDÊNCIA. GRAVAÇÃO DE LIGAÇÃO TELEFÔNICA, SEM O CONHECIMENTO DO INTERLOCUTOR. PROVA LÍCITA. DANO MORAL CONFIGURADO. REDUÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

As provas acostadas aos autos demonstram que o funcionário da ré entregou as contas telefônicas da autora a terceira pessoa, sem sua autorização ou consentimento, em violação ao sigilo de correspondência, ferindo seus direitos de personalidade, o que dá ensejo à indenização por danos morais. A gravação da ligação telefônica mantida com o preposto da ré, sem o seu conhecimento, não é considerada ilícita, sendo admitida como meio de prova, mormente porque ausente o teor sigiloso ou reservado da conversação. Elemento de prova confortado pelos testemunhos colhidos, não restando isolado no contexto. *Quantum* indenizatório minorado, a fim de se adequar aos parâmetros adotados pelas Turmas Recursais. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (R. I. nº 71002414399, 2ª Turma R. C., Rel. Dra. Fernanda C. Vilande, 12.05.2010). (PORTO ALEGRE, 2010).

Há de se destacar, também, o julgado em que participou o então desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Cezar Peluso, que trata da gravação como meio de prova, a saber:

Conversa telefônica. Gravação Clandestina, feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro. Juntada da transcrição. Admissibilidade. Fonte lícita de prova. Ausência de causa legal de sigilo ou reserva. Improvimento do recurso. Inexistência de ofensa à CF 5º.X, XII e LVI. É lícita a prova consistente em gravação de conversa telefônica realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, se não há causa legal específica de sigilo nem reserva (TJSP, 2ª Câmara. Dir. Privado, Ag. 257223-4/2-00-Tupã, rel.p/acDes. Cezar Peluso, rel. orig. Des. Theodoro Guimarães, j.15.10.2002, m.v., DJE 18.02.2003). (SÃO PAULO, 2003).

Com a ementa supracitada, pode-se ter uma ideia do valor desse tipo de prova atípica, pois no caso concreto, se não fosse possível a utilização da referida gravação, o pleito do requerente dificilmente lograria êxito.

Neste passo, sempre analisando o caso concreto, e fazendo um cotejo com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não há como se negar o valor e admissibilidade deste importantíssimo meio de prova, pois aos litigantes é assegurado o direito da produção probatória, como um dos corolários do acesso à justiça e a garantia do devido processo legal, tendo o Estado, e a própria sociedade, interesse em que as contendas postas ao Poder Judiciário tenham o melhor deslinde possível.

Por certo que deve ser garantido aos litigantes a gravação como meio de prova, de maneira igualitária, respeitando os princípios constitucionais que regem o processo civil, ou seja, não é porque a prova é atípica ou inominada, que será ilícita.

Outro meio de prova atípica que pode ser citada é a chamada prova emprestada. O doutrinador Dinamarco conceitua a prova emprestada como sendo traslados da documentação da prova constituída em outro processo de natureza jurisdicional, entendendo, em síntese que, por meio deste tipo de prova, aproveitam-se em um processo os atos de realização de prova já consumados em outro, sem necessidade de repetição e com a vantagem de tornar possível o conhecimento oriundo de fontes talvez até não mais disponíveis quando o processo destinatário dessa prova é realizado (testemunhas que morreram ou desapareceram, vestígios que não existem mais, etc.) (DINAMARCO, 2002). Acerca do tema, segue trecho do jurista Lessona, citado por Darci Guimarães Ribeiro:

Não merece acolhida essa posição que nega qualquer valor à prova emprestada pelo simples fato de não se ter respeitado determinados valores da oralidade. A própria lei se encarregou de retirar o caráter absoluto desses princípios, uma vez que admitiu a possibilidade de ser colhida a prova oral, tanto por meio de precatória, a chamada prova fora da terra, quanto por antecipação, a chamada prova ad perpetuam rei memoriam. Aliás, também em segundo grau temos a possibilidade de os julgadores aprofundarem na avaliação da prova sem que a tenham colhido. (RIBEIRO, 1998, p.112).

A prova emprestada não pode ser confundida com a mera cópia de documentos extraídos de outros processos, uma vez que o documento tem validade e eficácia por si próprio, pois nas palavras de Dinamarco:

[...] a circunstância de já ter prestado utilidade em um outro processo não altera sua natureza nem influi em seu poder de convicção. Só as provas constituídas no processo são suscetíveis de autêntico empréstimo, a saber, a oral, a pericial e a inspeção judicial. (DINAMARCO, 2002, p. 97).

O meio de prova em análise, pelo seu próprio caráter de exceção, deve atender a diversos requisitos intimamente ligados ao princípio do contraditório, a fim de não haver prejuízo da parte que não a produziu. Assim, para que a prova

emprestada tenha eficácia, é necessário que, desde o início (no processo de origem), seja observado o devido contraditório. E mais, forçoso que no processo de origem tenha estado como parte a pessoa contra quem se deseja produzir a prova, não se exigindo o mesmo da parte em favor de quem aproveita a prova emprestada. Por derradeiro, exige-se que a prova que se deseja aproveitar tenha sido constituída em um processo judicial, não importando se o juiz do processo de origem tenha ou não julgado o feito.

Em que pese pequena divergência acerca da legitimidade da prova emprestada, grande parte da doutrina aceita este meio como legítimo, desde que tenha havido obediência ao princípio do contraditório (NELSON NERY JÚNIOR, 2000).

No que tange à eficácia da prova emprestada pertinente os ensinamentos do doutrinador Moacyr Amaral dos Santos que leciona

A aproveitabilidade e a eficácia de uma prova em um outro processo se assentam, principalmente, na razão inversa da possibilidade de sua reprodução: quanto mais possível esta, tanto menores a sua aproveitabilidade e eficácia; quanto menos possível tanto maiores a sua aproveitabilidade e eficácia. (SANTOS, 2004, p. 97).

O Tribunal de Justiça gaúcho, de um modo geral, tem aceitado esse meio de prova, como se pode observar de julgado representativo, cuja ementa segue abaixo transcrita.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. LEGITIMIDADE PASSIVA DAS HERDEIRAS. MULTA CIVIL. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DA SUCESSÃO. PROVA EMPRESTADA. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE PROVA EMPRESTADA DO PROCESSO CRIMINAL AJUIZADO CONTRA O MESMO RÉU. ACOLHIMENTO DO PEDIDO SEM INSURGÊNCIA DA SUCESSÃO, RESTANDO PRECLUSA A MATÉRIA. LEGITIMIDADE DAS SUCESSORAS. NÃO HAVENDO INVENTÁRIO EM TRAMITAÇÃO, EXTINTO POR DESINTERESSE, RESPONDE A SUCESSÃO PELA CONDENAÇÃO, INCLUINDO-SE FILHAS DO DE CUJUS, HERDEIRAS NECESSÁRIAS, NA FORMA DOS ARTIGOS 1.997 DO CÓDIGO CIVIL E 43 DO CPC. MULTA CIVIL. A MULTA CIVIL APLICADA AO AGENTE EM RAZÃO DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO É TRANSFERÍVEL À SUCESSÃO,

ATÉ O LIMITE DO VALOR DA HERANÇA, NA FORMA DO ART. 8º DA LEI Nº 8.429/92. PRECEDENTES DO STJ E TAMBÉM DESTA CORTE. IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL RESIDENCIAL E COMPENSAÇÃO DO DÉBITO COM CRÉDITO CONTIDO EM AÇÃO TRABALHISTA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA MATÉRIA NESTA FASE PROCESSUAL, POIS QUESTÕES ATINENTES À EXECUÇÃO DE SENTENÇA, NÃO TENDO SIDO AINDA ANALISADAS NA ORIGEM. APELAÇÃO DESPROVIDA, VENCIDA EM PARTE A REVISORA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70055025761, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: ALMIR PORTO DA ROCHA FILHO, JULGADO EM 26/03/2014). (PORTO ALEGRE, 2014).

Questão que suscita dúvidas na doutrina é quanto à aproveitabilidade da prova emprestada, quando esta derivar de prova oral, como no depoimento de uma testemunha, por exemplo. Parte da doutrina entende que a prova em tela, nos termos supracitados, não tem eficácia alguma. Entrementes, maior parte dos doutrinadores entendem ser perfeitamente cabível esse meio de prova mesmo quando seja originada de prova oral, sendo este o posicionamento do jurista Didier que, ao citar as palavras de Cambi, reafirma: “[...] é possível o empréstimo de prova oral se, respeitado o princípio do contraditório, a prova não mais puder ser produzida [...]” (DIDIER, 2009, p. 50).

Neste sentido, a prova emprestada pode dar vida ao princípio processual da economia e celeridade processual, no momento em que reaproveita provas já utilizadas em outros processos, otimizando o andamento do feito em que a prova vai ser reutilizada, em perfeita simetria com o princípio constitucional da celeridade e efetividade dos provimentos judiciais.

Como exemplo de prova atípica, também pode-se mencionar a prova por amostragem que, segundo Didier Júnior: “[...] é aquela por meio do qual se demonstra uma universalidade de eventos a partir da prova de parte deles.” (DIDIER JÚNIOR, 2013, p. 89). Continua o mesmo autor, ao lecionar que este meio de prova pressupõe uma série de eventos interligados, em razão de sua semelhança, sendo que a demonstração de um destes fatos conduz à conclusão da existência de todos os demais.

Sobre o tema, segue ementa de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça Gaúcho, *in verbis*:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. TERMO DE INFRAÇÃO NO TRÂNSITO. COMPETÊNCIA DO TÉCNICO DO TESOURO DO ESTADO PARA LAVRAR O TIT. ART. 10, VIII, LIVRO IV, DO RICMS. HOMOLOGAÇÃO DO AGENTE FISCAL NO AUTO DE LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA NO SENTIDO DE QUE O CARREGAMENTO DO VEÍCULO SE DEU NO LOCAL EM QUE ENCONTRADO. CARACTERIZADA A INFRAÇÃO TRIBUTÁRIA. TRÂNSITO DE MERCADORIA SEM O RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA POR AMOSTRAGEM PARA SE APURAR A CARGA TOTAL DA MERCADORIA. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70052853868, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Silveira Difini, Julgado em 08/05/2013). (PORTO ALEGRE, 2013).

No caso descrito na ementa acima, utilizou-se a técnica da amostragem, a partir da metragem do caminhão e da pesagem de parte da mercadoria (feijão), para se chegar ao total da carga e, assim, aplicar a penalidade em decorrência da infração tributária, tendo em vista que se estavam carregando mercadorias com documentos fiscais inidôneos.

O doutrinador Didier Júnior, traz outro exemplo elucidativo em que se pode utilizar a prova em estudo, que é no caso da análise de número adequado de peças, para se chegar à conclusão que determinado veículo possui defeito de fábrica em alguns de seus componentes, permitindo assim o *recall* de todo o lote fabricado (DIDIER JÚNIOR, 2013).

Outro meio de prova considerada atípica pela doutrina é a chamada prova por presunção que, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, se consubstancia no resultado que se extrai de um fato conhecido e devidamente comprovado, para se chegar à dedução de outro, que não seja conhecido, mas que se quer provar (THEODORO JÚNIOR, 2010). O autor supracitado traz como exemplo, o caso do dono de um veículo apontado como causador de um acidente de trânsito, que logra êxito em comprovar que não se encontrava no local do acidente no dia do ocorrido. Desta forma, a partir da comprovação desse fato, pode se chegar à conclusão de outro fato que se deseja provar, ou seja, que a pessoa apontada não foi a causadora do acidente.

O Código Civil brasileiro traz a presunção como meio de prova, ao enumerá-la de forma expressa em seu artigo 212, que dispõe o seguinte: “Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante: [...] IV- as presunções [...]” (BRASIL, 2002).

A doutrina classifica as presunções em: a) simples, comuns, “de homem” ou “*hominis*”, que são as presunções que resultam da experiência de vida, segundo o que rotineiramente ocorre e, b) presunções legais, que são as que decorrem da Lei (THEODORO JÚNIOR, 2010; DIDIER, 2013). Como exemplo de presunção legal, pode-se mencionar o disposto no artigo 232, do Código Civil brasileiro<sup>6</sup>, e mais precisamente o Art. 2º-A da Lei nº 8.560/1992, acrescentado pela Lei nº 12.004/2009 que dispõe que:

Art. 2º-A. Na ação de investigação de paternidade, todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, serão hábeis para provar a verdade dos fatos. Parágrafo único. A recusa do réu em se submeter ao exame de código genético - DNA gerará a presunção da paternidade, a ser apreciada em conjunto com o contexto probatório. (BRASIL, 2009).

Há doutrinadores que negam às presunções o status de meios de prova, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2001) e Didier Júnior. Este último afirma que, as presunções não são fontes, tampouco, meios de provas, se constituindo na verdade como mero mecanismo para o magistrado examinar os meios de provas (DIDIER JÚNIOR, 2013). Em que pese a divergência existente, as presunções são instrumentos nas mãos dos julgadores, para resolver o impasse apresentado ao Poder Judiciário.

Assim sendo, é importante ressaltar que, as presunções como meio ou instrumentos de prova, não podem ser utilizadas sem as devidas cautelas, pois, justamente por ser uma presunção não significa que a sua conclusão é verdadeira. Neste sentido, Theodoro Júnior adverte que as presunções como meios de provas não podem ser utilizadas indistintamente, tendo em vista que há negócios jurídicos que exigem forma solene, que não podem ser supridos por meros indícios

<sup>6</sup> Art. 232. A recusa à perícia médica ordenada pelo juiz poderá suprir a prova que se pretendia obter com o exame.

(THEODORO JÚNIOR, 2010). Portanto, o magistrado, ao lançar mão das presunções, em especial das comuns ou simples, deve estar atento à necessidade do negócio que se quer provar ter ou não forma especial prevista em lei.

Além dos exemplos acima trabalhados, podem-se citar outros meios de provas atípicas, como, por exemplo, a prova estatística, a prova por amostragem, a prova cibernética, a reconstituição de fatos (DIDIER JÚNIOR, 2013). Por fim, importante lembrar que existem outros meios de provas que não apenas àqueles previstos de forma taxativa no Código de Processo Civil, sendo que cada qual tem sua importância a depender do caso concreto.

## CONCLUSÃO

A prova, em si, consiste em um importante instituto do ordenamento jurídico pátrio, tratando-se de uma verdadeira garantia constitucional e um precioso instrumento na busca da melhor aplicação de suas normas ao caso concreto.

Ponto relevante sobre o tema em análise é o ônus da prova, ou seja, é necessário, no mínimo, que os profissionais do direito, bem como as partes envolvidas em uma lide tenham claro: o que se deseja provar, ou seja, quais fatos são controvertidos; quais fatos são necessários ser provados; e a quem incumbe tal ônus, pois, caso contrário, dificilmente teremos um provimento jurisdicional satisfatório.

Pode-se concluir também que o Código de Processo Civil brasileiro privilegiou o sistema “aberto” de provas, qual seja, considera como legítimos todos os meios de provas, desde que não sejam ilícitos. Assim, não se restringiu as provas típicas mais usuais, tais como a testemunhal, documental, etc.

No que diz respeito às provas inominadas ou atípicas como meio de provas que o são, estas podem auxiliar no livre convencimento do julgador, embora haja resistência na sua aplicação prática, vez que não são tão corriqueiras como as provas nominadas, bem como, pode-se afirmar, que é escassa a doutrina que trará

de forma mais profunda e pormenorizada do tema. No entanto, tal fato não lhes rapta a sua importância na persuasão do julgador.

O exercício intelectual e a busca pelo conhecimento inerente aos estudiosos do direito dão forças à produção da prova inominada, não só das aqui tratadas, mas de todos os meios de provas que possam auxiliar na busca de uma satisfatória prestação jurisdicional, onde as partes saiam com o sentimento de que o Estado cumpriu o seu papel e que a justiça, mesmo que sendo um conceito subjetivo, foi concretizada.

Com o presente estudo, verifica-se que, por vezes, por mais difícil que seja de provar-se um fato o qual constitua uma lesão ou ameaça a um direito, jamais poderemos estancar as portas dos meios de provas (desde que moralmente legítimos), limitando-se tão somente aos meios probatórios corriqueiros, uma vez que não são raros os casos onde a produção da prova testemunhal, documental, pericial e demais provas nominadas, não se mostram suficientemente adequadas a provar os fatos alegados, quando poderemos, desde que cabível, lançar mão das provas inominadas, não sendo exagero afirmar que estas últimas podem servir para embasar uma decisão judicial não apenas quando produzidas juntamente com as provas nominadas, mas também quando carregadas isoladamente e, inclusive, contradizendo àquelas.

A prova emprestada, por exemplo, consubstancia-se em um importante instrumento, na medida em que permite ao julgador utilizar de um depoimento, perícia ou documento já produzido em um processo, para reutilizá-lo em outro, desde que, a parte contra quem se deseja utilizar tenha participado do processo de origem, a fim de se preservar o contraditório e a ampla defesa. Neste sentido, a prova emprestada auxilia na busca da celeridade, economia e efetividade do provimento jurisdicional.

De outro lado, as gravações, ao contrário do que muitos pregam, podem ser utilizadas no processo civil brasileiro, desde que as mesmas tenham sido realizadas por um dos interlocutores da conversa, conforme assente no Tribunal de Justiça gaúcho.

As presunções, muito embora haja divergência quanto ao fato de serem ou não meios de provas, são importantes instrumentos nas mãos do Poder Judiciário, que pode-se valer das mesmas, mormente em conjunto com as demais provas produzidas no feito, para se chegar a um bom termo.

A amostragem, como visto no julgado colacionado, também se mostra importante no instante em que traz aos julgados a possibilidade de se alcançar um conjunto maior de fatos ou negócios, a partir da análise de apenas um deles.

Assim, todas as provas levadas aos autos de um processo, sejam elas típicas ou atípicas, devem ser analisadas em seu conjunto, com as ponderações e peculiaridades do caso concreto, fazendo-se um cotejo entre os fatos, objetos da lide e as referidas provas, para se chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos. Tal tarefa não é simples e exige elevado grau de trabalho intelectual, porém, os cientistas jurídicos não podem se esquivar de sua tarefa em busca da pacificação social por meio da aplicação do direito.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 2. v.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.560**, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

CASTRO, Francisco Augusto das Neves e, **Teoria da prova e suas aplicações aos atos civis**. Campinas: Servanda, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredi; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol II. 4. ed. Salvador: Podivm, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 8. ed. Salvador: Podivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil III**, Malheiros, São Paulo: 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios Fundamentais – Teoria geral dos recursos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_, Nelson; Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RIBEIRO, Darci Guimarães. **Provas Atípicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil – Processo de Conhecimento**. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1996.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Primeiras linhas de direito processual civil**. Vol. II. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. I. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

WALTER, Gerhard. **Libre apreciación de la prueba**. Trad. Tomás Banzhaf. Bogotá: Temis, 1985.

## **A SEGURANÇA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS DE CONSUMO FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Bruna Sinigaglia<sup>1</sup>  
Rosmeri Radke Cancian<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como tema os contratos eletrônicos e sua segurança frente ao ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo é analisar se os contratos de consumo celebrados no Brasil por meio do comércio eletrônico se mostram seguros do ponto de vista técnico e jurídico aos consumidores virtuais, frente aos novos mecanismos de segurança, e considerando a escassa legislação específica para regulamentar esse meio de realizar negócios jurídicos. O estudo aborda problemas que surgem em relação à identidade das partes, à integridade, à confidencialidade e à disponibilidade das informações. O crescimento acelerado do consumo por meio do comércio eletrônico leva à necessidade de uma reflexão acerca da evolução do direito, no sentido de acompanhar as mudanças sociais. No presente trabalho será feita uma abordagem acerca da teoria geral dos contratos e sua aplicabilidade aos contratos eletrônicos, os preceitos constitucionais, e seus princípios e classificações. Serão analisadas também questões técnicas da segurança do documento eletrônico, e a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, bem como as iniciativas legislativas para regulamentar o comércio virtual.

Palavras-chave: contratos eletrônicos – mecanismos de segurança – consumidor virtual.

### **INTRODUÇÃO**

Atualmente, nota-se um crescimento acelerado do consumo por meio do comércio eletrônico. Grande parte dos contratos celebrados em âmbito virtual se configura como relação de consumo. No entanto, por se tratar de algo relativamente novo, e pela quase inexistência de legislação específica que discipline a matéria, evidencia-se certa insegurança por parte dos consumidores em contratar por esse

---

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

<sup>2</sup> Advogada, Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Mestranda em Docência Universitária, Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

meio, já que não possuem uma garantia de que seu negócio encontra-se juridicamente amparado.

A preocupação com o tema justifica-se pelo crescimento acelerado do consumo por meio virtual, o que leva à necessidade de reflexão acerca da evolução do direito, no sentido de acompanhar as mudanças da sociedade, adequar-se e responder à uma nova realidade social, garantindo a segurança jurídica dos contratos eletrônicos.

No trabalho se realizará ainda uma abordagem acerca da teoria geral dos contratos e sua aplicabilidade aos contratos eletrônicos, os preceitos constitucionais, seus princípios e classificações, assim como as questões técnicas da segurança do documento eletrônico, e a aplicabilidade do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, dando atenção também às recentes iniciativas legislativas que buscam regulamentar esse novo meio de contratação.

## **1 ASPECTOS GERAIS DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO E DO COMÉRCIO ELETRÔNICO**

Os contratos acompanham a humanidade desde os tempos mais remotos da sociedade, sendo o principal responsável pela circulação de bens e riquezas. Mesmo não tendo uma origem recente, eles são de suma importância no contexto jurídico e econômico brasileiro.

Contudo, diante de uma sociedade tão dinâmica como a nossa, bem como com as inovações tecnológicas, surgem alterações no âmbito comercial, como é o caso do comércio eletrônico. Essa nova forma de comércio é responsável por muitas mudanças no direito brasileiro, principalmente no que tange aos contratos celebrados por meio virtual, que apresentam particularidades em relação aos contratos em geral.

O contrato é um instrumento que traduz a manifestação de vontade das partes, baseada no consenso e na sua livre autonomia em realizar um negócio jurídico. Segundo Orlando Gomes, o contrato é uma espécie de negócio jurídico que

se distingue, na formação, por exigir a presença de pelo menos duas partes, portanto é negócio jurídico bilateral ou plurilateral (GOMES, 2009).

Para que o contrato alcance o plano da validade, é preciso que ele atenda a requisitos subjetivos, objetivos e formais, contidos no art. 104, do Código Civil<sup>3</sup>. O primeiro consiste na manifestação de vontade de duas ou mais pessoas, civilmente capazes ou, se incapazes, que estejam devidamente representadas ou assistidas (DINIZ, 2008).

Já o segundo requisito requer a licitude, idoneidade, e possibilidade física ou jurídica do objeto e que este tenha conteúdo econômico. Por fim, destaca-se como regra a liberdade de forma de contratar como requisito formal, porém, nos contratos em que a lei exigir expressamente uma forma a ser seguida, essa deve ser observada, sob pena de nulidade do instrumento contratual. No caso dos contratos eletrônicos, será usado o computador para formalizar o contrato em um documento informático (DINIZ, 2008).

Portanto, pode-se afirmar que o contrato celebrado em meio virtual não difere, juridicamente, do contrato tradicional, tampouco trata-se de uma nova modalidade de contrato, eis que deverá preencher todos os requisitos legais atinentes ao instituto. O que diferencia o contrato eletrônico é apenas o meio no qual ele é celebrado:

O meio eletrônico se mostra idôneo para a formação do vínculo contratual. Logo, a declaração de vontade por meio da Internet é válida, desde que permita a identificação do agente e, ainda, que o documento eletrônico seja apto a instrumentalizar uma relação jurídica. Isso permite entender que qualquer contrato poderá ser celebrado pela Internet ou, ainda, por qualquer outro meio eletrônico (ex. telefone ou fax), com exceção daqueles que a lei exige uma forma especial. (SOUZA, 2009, p. 99).

Nessa modalidade contratual, as declarações de vontade serão manifestas “[...] através de transmissão e recepção eletrônica de dados [...]” (COELHO, 2008, p.

<sup>3</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

38). Ou seja, o grande impasse está relacionado à questão da segurança dos contratantes em relação à identidade das partes, bem como à integridade, à confidencialidade e à disponibilidade das informações contidas no negócio jurídico entabulado.

No contrato eletrônico estão presentes, assim como nos demais contratos, as fases da proposta e da aceitação, contudo, nesses contratos, principalmente quando celebrados por meio da internet, deverá ser analisada o momento de sua formação, quase sempre sob a perspectiva dos contratos entre ausentes.

Nestes casos, para identificar o momento em que o contrato pode ser considerado concluso, destacam-se duas teorias clássicas: a teoria da informação ou cognição e a teoria da declaração ou agnição, que se subdivide em outras três modalidades (Teoria da Declaração Propriamente Dita, Teoria da Expedição e Teoria da Recepção). O Código Civil de 2002, em seu art. 434, acolheu a Teoria da Expedição. Assim, nos contratos eletrônicos, bem como em todos os contratos entre ausentes, reputa-se plenamente formado o vínculo negocial a partir do momento em que a aceitação é expedida.

## 1.1 AS CONTRATAÇÕES ELETRÔNICAS À LUZ DOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS

O contrato eletrônico funciona como o espelho da sociedade moderna. Eis que reflete todas as mudanças e inovações que os meios de comunicação, principalmente a internet, incorporaram para a esfera das relações civis e comerciais. Entretanto, não podemos interpretar qualquer negócio jurídico, tampouco os contratos, sem levar em conta preceitos constitucionais norteadores:

A norma Constitucional tornou-se, assim, o embasamento primário e justificador da relevância jurídica das relações sociais, não só como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento apta a conformar as situações subjetivas aos valores inscritos na Constituição. Rompeu-se com a mentalidade individualista em que se calçou o Código de 1916 para alcançar um novo corpo de valores, sedimentado na solidariedade e na justiça social. (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 74).

A Constituição Federal de 1988<sup>4</sup> possui um grande viés social e econômico. Também conhecida como Constituição cidadã, trouxe para nosso ordenamento jurídico valores fundamentais como o da ordem jurídica nacional o da dignidade da pessoa humana, além dos valores democráticos (ARAÚJO NETO, 2011).

Tendo em vista a busca do equilíbrio das partes contratantes, bem como da ordem econômica, já que os contratos possuem cunho patrimonial, o Estado passou a interferir nas relações privadas da sociedade. O art. 170, da CF, dá legitimidade ao Estado para que este possa intervir inclusive nos contratos a fim de manter “[...] a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.” (BRASIL, 1988).

Nos contratos eletrônicos de consumo, o consumidor é tido como parte vulnerável. Há de se destacar que a própria CF, em seu art. 5º, XXXII, no rol de direitos e garantias fundamentais, bem como no art. 170, V, quando trata dos Princípios da Ordem Econômica, traz de forma expressa que o Estado garantirá a defesa do consumidor.

Destaca-se também o art. 48 da ADCT<sup>5</sup>, no qual tem-se a previsão de elaboração do Código de Defesa do Consumidor num prazo de 120 dias contados da promulgação do novo texto constitucional. Isso nos mostra que, mesmo sendo o texto constitucional anterior ao surgimento dos contratos eletrônicos, já havia referência expressa quanto à necessidade e comprometimento do Estado em assegurar a segurança dos consumidores.

Ademais, cabe frisar que o contrato eletrônico representa um significativo avanço nas relações jurídicas. Wolkmer classifica as relações jurídicas advindas das tecnologias de informação (*internet*) como sendo “novos” direitos enquadrados como a quinta dimensão dos direitos fundamentais, motivo pelo qual nos mostra que o contrato eletrônico, ainda que não seja de forma expressa, encontra proteção constitucional em nosso ordenamento jurídico (WOLKMER, 2003, p. 15).

<sup>4</sup> Doravante será usada a abreviatura CF.

<sup>5</sup> Atos e Disposições Constitucionais Transitórias.

## 1.2 PRINCÍPIOS E CLASSIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O contrato eletrônico deve seguir a principiologia clássica aplicada aos contratos, tais como, a autonomia da vontade, o consensualismo, a supremacia da ordem pública, a força obrigatória, a relatividade do contrato, e a boa-fé, assim como, também deve atender a seus princípios específicos como; princípio da equivalência funcional, da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos, da identificação, da verificação, da autenticação e da privacidade.

De acordo com o princípio da equivalência funcional, um dos mais importantes para o reconhecimento do documento eletrônico e sua validade, nenhum documento eletrônico será considerado inválido pelo simples fato de ter sido celebrado via transmissão eletrônica de dados, ou seja, em âmbito virtual. Esse princípio decorre do Modelo da UNCITRAL, que prevê em seu art. 5º que “[...] não se negarão efeitos jurídicos, validade ou eficácia à informação apenas porque esteja na forma de mensagem eletrônica.” (UNCITRAL, 1996).

Já para o princípio da conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos, estes contratos não são um novo tipo contratual, pois segue os mesmos elementos clássicos do contrato em geral. Portanto, o simples fato de não conter menção em nossa legislação, não afastará a possibilidade de sua celebração.

Segundo o princípio da identificação, para que o contrato eletrônico tenha plena validade, se faz necessária a identificação segura das partes contratantes, ou seja, “[...] que o aceitante tenha certeza de quem é o proponente e que este, por sua vez, tenha certeza de quem é o aceitante.” (FINKELSTEIN, 2011, p. 178).

Ademais, de acordo com o princípio da verificação, todo e qualquer documento eletrônico deve ser armazenado em meio eletrônico a fim de servir como prova para possíveis controvérsias futuras (FINKELSTEIN, 2011, p. 179).

Também, de acordo com o princípio da autenticidade, os contratos celebrados por meio eletrônico devem ter suas assinaturas devidamente certificadas por uma

autoridade, conferindo ao documento uma identificação mais segura entre os contratantes.

Por fim, refere o princípio da privacidade que, como o contrato eletrônico será formado por meio do suporte virtual que é a *internet*, todos os dados das partes contratantes serão enviados por meio da rede virtual, devendo ser preservados, garantindo a privacidade, para que não sejam utilizados por terceiros alheios ao vínculo celebrado.

Quanto a sua classificação, o contrato eletrônico poderá ser classificado como intersistêmicos, no qual a manifestação de vontade das partes já está previamente declarada, em contrato eletrônico interpessoal, aqui, ao contrário do que ocorre nos intersistêmicos, o contrato não está prefixado, sendo que as partes manifestarão sua vontade única e exclusivamente por meio da internet, ou por vez, em contrato eletrônico interativo, uma das formas mais em nosso meio, onde o indivíduo interage diretamente com um programa de computador (SOUZA, 2009, p.106).

## **2 INOVAÇÕES DA ERA DIGITAL: CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA INTERNET, NOÇÕES ELEMENTARES DO CONTRATO ELETRÔNICO.**

A sociedade contemporânea é formada por dois grandes fenômenos de evolução tecnológica, que são o aumento da sociedade de consumo, e o desenvolvimento do mundo digital<sup>6</sup>. O século XXI é marcado pela globalização da sociedade, fruto da revolução digital proporcionada pelo advento dos meios de comunicação, como é o caso da *internet*.

A partir de então, vem à tona a questão da segurança nas contratações realizadas por meio virtual, já que, por não haver um contato direto entre as partes, como ocorre na maioria dos contratos tradicionalmente pactuados, nasce à insegurança, principalmente do consumidor.

---

<sup>6</sup> Expressão utilizada para denominar a Internet. Também poderá ser denominada de mundo virtual, grande malha, rede mundial, ambiente virtual, entre outras. A expressão "virtual" diz respeito ao ambiente proporcionado por meio da Internet. (SOUZA, 2009, p. 71).

O impasse da segurança no âmbito virtual advém da própria origem da internet que reporta-se até a década de 1960, sendo inicialmente utilizada de forma restrita pelos militares a fim de fornecer a comunicação entre as bases, e logo após, passou a ser utilizada no meio universitário (MATTE, 2001).

A junção da demanda consumerista da sociedade com a possibilidade de realizar suas compras por meio da *internet*, formam o cenário moderno do chamado comércio eletrônico (*comércio-e*). Para Coelho, o “comércio eletrônico é a venda ou prestação de serviços realizada em estabelecimento virtual.” (COELHO, 2008, p. 32).

Contudo, quando um empresário decide criar uma loja virtual, ele precisa ter consciência de que está ofertando um produto ou serviço intangível, assumindo a condição de fornecedor, e que seu público são os consumidores, que não podem tocar ou pegar os produtos como em uma loja física. Portanto, é necessário que ele disponibilize o máximo de informações sobre o que pretende vender, como, por exemplo, a cor, o tamanho, o peso, modelo, validade, prazo de entrega e formas de pagamento, ou seja, que auxilie o cliente na decisão da compra (SEBRAE, p. 4).

Dentre as vantagens que impulsionam o crescimento do comércio eletrônico no Brasil, destaca-se o fato de que os produtos ofertados na internet geralmente apresentam menores custos do que aqueles vendidos nas lojas físicas. Isso ocorre pelo fato de que não se faz necessário ao empresário virtual a existência de um estabelecimento físico onde ele ofereça seus produtos ao público, ou seja, o empresário não terá despesas comuns com aluguel, manutenção de vitrines, vendedores, luz, água, e caso tenha alguma dessas despesas, certamente serão em um montante bem inferior à de um lojista propriamente dito.

Além de ter os custos mais baixos que os de uma loja tradicional, o *e-commerce* também se destaca por ter seu funcionamento 24h por dia, oferecer serviços personalizados de acordo com o perfil de cada consumidor, assim como é um meio mais ágil e cômodo para o consumidor, eis que pode adquirir o produto que quiser, a qualquer hora, sem sair de sua casa.

Em âmbito nacional, o comércio eletrônico começou a se desenvolver de forma mais visível a meados de 1998 e 2000, contudo, foi nos últimos anos que seu crescimento se acelerou. No ano de 2011, ocorreu um aumento de 37% no índice de consumidores *on-line*. Por sua vez, no ano de 2012, o aumento do faturamento no comércio eletrônico nacional somou 22,5 bilhões de reais a nossa economia (E-COMMERCE, 2013).

Sendo assim, ao realizar um negócio por meio eletrônico, o fornecedor e o consumidor estarão celebrando um contrato que, nestes casos, é chamado de contrato eletrônico. O contrato eletrônico, segundo os ensinamentos de Fábio Ulhoa Coelho, pode ser identificado da seguinte forma:

O contrato eletrônico é celebrado por meio de transmissão eletrônica de dados. A manifestação de vontade dos contratantes (oferta e aceitação) não se veicula nem oralmente, nem por documento escrito, mas pelo registro em meio virtual (isto é, despapelizado). (COELHO, 2008, p. 37).

Segundo Cláudia Lima Marques o contrato eletrônico é um “[...] contrato típico dos atuais tempos pós-modernos [...]” (MARQUES, 2011, p. 114), que se justifica frente a uma sociedade extremamente capitalista, na qual as pessoas não têm mais tempo para tratar pessoalmente de seus próprios negócios.

Portanto, fica claro que o contrato eletrônico não é uma nova espécie dentre aqueles elencados em nosso ordenamento jurídico, eis que como refere Aquino, “[...] as características gerais da contratação são as mesmas, o que muda é o meio no qual a contratação se perfaz.” (AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 113).

No mesmo sentido, Cláudia Lima Marques afirma que “[...] o contrato final é velho, o método de contratação é atual, e o meio de contratação – e por vezes de cumprir a prestação imaterial é que é o novo.” (MARQUES, 2011. p. 115).

Por tudo isso, é inevitável não abordarmos os possíveis riscos trazidos pela internet ao meio social. A possibilidade das pessoas firmarem os mais variados tipos de negócios por meio da rede virtual traz a tona, juntamente com a comodidade e facilidade de sua técnica, a questão da segurança do negócio pactuado.

## 2.1 A SEGURANÇA DO DOCUMENTO ELETRÔNICO E A EFICÁCIA JURÍDICA DA ASSINATURA DIGITAL.

O sistema capitalista moldou a sociedade para que a demanda aumentasse de forma gradativa a fim de superar a oferta e gerar lucros para o setor industrial. Como meio de impulsionar ainda mais o consumo, a internet passou a ser usada como meio para que os lojistas e fornecedores disponibilizem seus produtos virtualmente, facilitando a oferta ao público alvo, aumentando seus ganhos.

No momento que é celebrada uma compra por meio da internet, o consumidor e o fornecedor estarão celebrando um contrato de consumo eletrônico, o qual é composto por inúmeras dúvidas acerca de sua segurança. A desmaterialização do contrato e a ausência de contato físico entre as partes, assim como o próprio sistema da internet, acabam por deixar a negociação um tanto quando obscura e duvidosa. Cláudia Lima Marques também tece considerações acerca da temática ao afirmar que:

A distância física entre fornecedor e consumidor é enorme fator de debilidade informativa, as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor e acessadas com uniformidade. A distância física entre fornecedor e consumidor é o fator de insegurança, tanto quanto ao efetivo envio do produto, ou do serviço, à lisura da forma de pagamento e do relacionamento pós-contratual, acesso a dados privados, garantias pós-vendas etc. (MARQUES, 2011, p. 115).

Quando se fala nos documentos eletrônicos, necessário se faz questionar acerca da assinatura das partes envolvidas. Sabemos que por meio da internet as partes não terão contato físico umas com as outras, bem como, não haverá um documento personificado que represente a concretização da manifestação de vontades. Tendo em vista tais peculiaridades, mostra-se necessário que as partes assinem o documento eletrônico por meio de uma assinatura digital.

Cabe destacar que a assinatura corresponde a um ato de suma relevância para que se possa atribuir eficácia a qualquer negócio. Enquanto a assinatura tradicional é composta por letras alfabéticas que correspondem respectivamente ao nome das partes contratantes, a assinatura no meio eletrônico, também chamada de

assinatura digital, é composta por uma sequência de letras e números fornecidos pelo próprio sistema, por meio da técnica de criptografia.

No entanto, muito se discute acerca da eficácia e validade da assinatura digital. De acordo com Souza, “[...] a assinatura pode ser fraudada no mundo real, ela também pode sofrer tal ilícito no mundo virtual, [...] no mundo real, as assinaturas são falsificadas e os documentos são forjados, no espaço virtual isso também ocorre.” (SOUZA, 2009, p. 135).

Contudo, sendo eletrônico ou tradicional todo e qualquer documento para ter valor jurídico, necessariamente deve estar assinado. Assim, como a assinatura manuscrita em papel identifica o sujeito, a assinatura digital também vincula o indivíduo ao documento eletrônico, atribuindo-lhe valor jurídico, desde que não esteja maculada pela ilicitude no negócio.

Segundo os ensinamentos de Gustavo Testa Corrêa, “[...] os documentos eletrônicos deverão ter a mesma validade de um documento em papel, original e assinado.” (CORRÊA, 2000, p. 41 apud SOUZA, 2009, p. 134), afinal, se a nova forma de realizar negócios jurídicos é por meio da troca de documentos eletrônicos, cabe à legislação fornecer credibilidade às assinaturas nele contidas, assim como faz com as gravadas em meio físico.

## 2.2 MECANISMOS DE SEGURANÇA: CRIPTOGRAFIA (ASSINATURA DIGITAL), AUTORIDADES CERTIFICADORAS.

Como forma de solucionar os impasses da insegurança nas relações virtuais, a área da informática desenvolveu mecanismos que possibilitam maior segurança e privacidade das partes. Dentre eles podemos citar a criptografia ou também chamada de assinatura digital, as autoridades certificadoras, e a biometria.

A técnica da criptografia é uma das mais usadas na atualidade e funciona como meio de garantir a proteção das informações contidas nos documentos eletrônicos. A criptografia “[...] caracteriza-se por ser um sistema que codifica uma informação, utilizando-se de cálculos matemáticos realizados com senha(s)

(chave[s]) por meio de programas, codificando as informações.” (MATTE, 2001. p. 37).

O método da criptografia de dados funciona como um mecanismo que altera a legibilidade originária das informações contidas no documento eletrônico, assim, o consumidor terá assegurado a integridade e confidencialidade da relação negocial.

A criptografia pode se subdividir em dois métodos distintos: a criptografia simétrica e criptografia assimétrica.

- a) Criptografia Simétrica: consiste em uma técnica não absolutamente segura, pois, é ineficaz para provar de forma amplamente confiável à identidade das partes. Nessa técnica, “[...] utiliza-se uma mesma chave (em geral uma senha) para codificar e decodificar as informações. Gera a necessidade de compartilhar esta senha com outras pessoas [...], ou seja, todos tem acesso a chave.” (MATTE, 2001, p. 37).
- b) Criptografia Assimétrica: também chamada de assinatura digital, é uma técnica altamente segura que permite a identificação das partes, eis que possibilita a individualização do autor do documento, bem como a integridade das informações (MATTE, 2001, p. 38).

A assinatura digital é um dos mecanismos com maior eficácia em caráter de segurança e tem a equivalência da assinatura manuscrita, sendo que, por meio dela, o documento eletrônico passará a ter plena validade e existência no mundo jurídico. Entretanto, caberá à autoridade certificadora emitir um certificado digital que irá comprovar a validade da assinatura eletrônica.

As autoridades certificadoras, “[...] poderão ser um agente público ou privado [...], que por meio de um certificado irá atestar validade para um ato, ligando a chave pública à pessoa identificada como proprietário da chave.” (MATTE, 2001, p. 39).

O objetivo da criação das autoridades certificadoras é fazer com que a assinatura digital tenha fé pública, passando a ser um meio de prova aos documentos eletrônicos, e também permitirá com que se verifique se as informações foram alteradas. Essas autoridades certificadoras funcionarão como cartórios eletrônicos, porém, no Brasil ainda não há nenhum serviço de certificação para a

Internet, tendo que se reportar para serviços de certificação no exterior (JUNQUEIRA, 1997. p. 103).

Outra técnica de segurança no ambiente virtual é a biometria, que consiste “[...] no uso das características fisiológicas para autenticar um usuário, como impressão digital ou reconhecimento facial.” (PINHEIRO, 2012, p. 222).

De acordo com Matte:

[...] a verificação biométrica é um método automatizado pelo qual a identidade de um indivíduo é confirmada examinando-se uma característica fisiológica única e pessoal ou por meio de análise de características de comportamento. As características fisiológicas são particularidades físicas estáveis de cada ser humano, como impressão palmar e formato da íris em que, nesse tipo de medição, são praticamente inexistentes alterações. (MATTE, 2001, p. 47).

A biometria poderá proporcionar futuramente o fim da insegurança nas relações virtuais, no entanto, é um método novo, ainda em fase de estudos para seu aperfeiçoamento e implantação. Estima-se que grande parte das fraudes virtuais poderá ser evitada com a utilização da biometria, contudo, não se pode escusar que essa técnica expõe a privacidade humana, já que todas suas características estarão contidas em programa de computador.

Portanto, não se pode atribuir os problemas do comércio eletrônico exclusivamente a insegurança do meio virtual. Conforme anteriormente explicado, várias técnicas já foram desenvolvidas a fim de proporcionar a segurança das partes contratantes, assim como novos mecanismos estão sendo desenvolvidos. Cabe ao consumidor se atentar acerca das características, aparência, selos de segurança, informações disponíveis no estabelecimento virtual. Ao fornecedor cabe o dever de se adequar as exigências e mecanismos de segurança a fim de manter seu site seguro para ele e para seus clientes.

### **3 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS FRENTE AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Desde os tempos mais remotos da sociedade, cultiva-se uma ideia de litígio, em que as pessoas acreditam que a solução de seus problemas apenas se efetivará por meio da aplicação de uma norma pelo Poder Judiciário. Isso demonstra que a ciência do direito é um dos instrumentos mais importantes e utilizados para manter a harmonia no meio social.

No entanto, para que haja a criação do direito, é necessário primeiramente que o fato ocorra no mundo real, apenas a sua incidência faz nascer uma norma a fim de regulamentá-lo, ou seja, o direito surge depois dos fatos sociais. Em relação à necessidade de evolução do direito já dizia Paulo Nader:

O direito é um processo cultural de adaptação às necessidades de cada época. Não importando se em um primeiro momento as novas práticas não se encaixam nos princípios jurídicos estereotipados, pois a ordem jurídica há de se recompor para manter-se como estímulo ao progresso e não como obstáculo ao câmbio social. (NADER, 2008, p. 478).

No tocante aos contratos, esses sempre tiveram grande relevância no mundo jurídico e econômico, estando devidamente regulamentados desde o Código Civil de 1916, atualmente no Código Civil de 2002 (CC/02) e legislação esparsa. As relações de consumo passaram a ser disciplinadas com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em 1990. No entanto, quando se trata do fenômeno da utilização da internet como meio de fomentar o comércio eletrônico brasileiro, verifica-se a ausência de atualização legislativa, eis que, o CC/02 nada traz acerca da regulamentação do contrato eletrônico, assim como o CDC.

#### **3.1 OS CONTRATOS ELETRÔNICOS E O CÓDIGO CIVIL**

Mesmo sendo considerado por alguns como uma legislação voltada a regulamentar os anseios da sociedade contemporânea, o atual CC/02, entrou em vigor um ano após a sua publicação já estando em desacordo com a evolução do

século XXI. Isso porque, em meados do ano de 2000, a internet já começava a intervir na sociedade, contudo, a legislação civilista não trouxe nenhuma previsão acerca da possibilidade de sua utilização na vida privada.

Evidencia-se que o CC/02 é silente quanto à formação de contratos em meio virtual, bem como, em seus artigos referentes ao direito empresarial, não traz nenhuma regulamentação referente ao comércio eletrônico brasileiro.

Pois bem, diante das lacunas do CC/02 no tocante aos contratos virtuais, interessante seria que se fizesse uma atualização legislativa imediata de modo a disciplinar essa nova realidade da sociedade.

De acordo com Caroline Nogueira, não há uma premente necessidade de alteração da atual legislação civilista, a esse respeito justifica:

O contrato realizado via Internet não constitui uma nova modalidade de contrato no âmbito contratual, a única novidade e diferença em relação aos outros contratos é o fato de se aperfeiçoar via eletrônica. Por essa razão é suficiente e completa a aplicabilidade da teoria geral dos contratos previstos no Código Civil de 2002. (NOGUEIRA, 2006, p. 1).

O contrato eletrônico pode versar sobre uma compra e venda, sobre uma prestação de serviços, ou uma locação, por exemplo, seguindo assim, as normas do CC/02, bem como a Teoria Geral dos Contratos, eis que, todo contrato, assim como o contrato eletrônico, deve obedecer necessariamente os elementos contidos no art. 104 do CC/02 a fim de lhe ser conferido existência e validade jurídica.

Como a legislação não traz nada acerca dos contratos eletrônicos pode-se interpretar a luz do CC/02 que, a estes também se aplica a liberdade de forma e a autonomia de vontade das partes. De acordo com Caroline Nogueira, “[...] percebe-se a perfeita possibilidade de celebração de contratos virtuais quando se tratarem estes de contratos que não exijam forma solene. No caso dos contratos *ad solemnitatem*<sup>7</sup>.” (NOGUEIRA, 2006, p. 3).

<sup>7</sup> Expressão Latina que significa para a solenidade. Ou seja, é a forma ou o requisito exigido por lei a fim de que se possa atribuir validade a um ato ou negócio jurídico.

É inegável que uma atualização da legislação civilista no tocante a matéria contratual diminuiria uma série de dúvidas e entraves acerca da contratação em âmbito virtual. No entanto, não é em razão das lacunas legislativas que o direito deixará de ser aplicado aos contratos eletrônicos, eis que como já abordamos, a esses contratos se aplica integralmente a teoria geral dos contratos e seus princípios norteadores. Sendo assim, vislumbra-se que mesmo diante da precariedade do CC/02, este poderá ser aplicado aos contratos eletrônicos, regulamentando sua existência, validade e eficácia jurídica.

### 3.2 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR APLICADO AOS CONTRATOS DE CONSUMO VIRTUAIS

Inúmeras são as mudanças trazidas pela era digital, sendo que, até mesmo a figura do consumidor foi alterada, o qual é conhecido atualmente como sendo o consumidor virtual, pois este terá a facilidade de realizar suas compras por meio de um suporte informatizado mantido pelo fornecedor na internet.

No entanto, o óbice da segurança nos contratos eletrônicos de consumo é tão presente, pois, segundo Marques, “[...] seriam contratos em que o fornecedor não teria mais “rostro”, não mais apareceria fisicamente[...]” (MARQUES, 2011, p. 115), ou seja, são uma espécie de “[...] contratos em silêncio ou sem diálogo, conduzido mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem.” (MARQUES, 2011, p. 115).

Quando tratamos do consumidor, juridicamente há de se destacar que de acordo com a teoria finalista, adotada pelo atual CDC em seu art. 2º, o conceito de consumidor deve ser restringido de forma a abarcar apenas aquele que é o destinatário final do produto adquirido, ou seja, o consumidor é aquele que vai comprar o produto para seu próprio uso, sem colocar o mesmo produto novamente na cadeia de produção (BENJAMIN, 2010, p. 84).

Por vez, o conceito de fornecedor, elencado no art. 3º do CDC, caracteriza-se por ser muito mais amplo do que a definição de consumidor. Dessa feita, o

fornecedor de produtos é definido como sendo aquele que “[...] desenvolve uma atividade tipicamente profissional, com comercialização, produção, importação, transformação e distribuição de produtos com habitualidade.” (BENJAMIN, 2010, p. 84).

O consumidor sempre foi objeto de preocupação do legislador, eis que é a parte mais vulnerável e também hipossuficiente da relação de consumo. A vulnerabilidade segundo Nunes “[...] significa que o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo [...] e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico.” (NUNES, 2009, p. 664). Já a hipossuficiência é a fragilidade do consumidor perante o fornecedor no âmbito de uma demanda ao poder judiciário.

Quando se fala em contratos de consumo virtual, a questão da vulnerabilidade do consumidor se torna ainda mais aguçada. Isso porque, em meio eletrônico o consumidor não poderá tocar no objeto, prová-lo, ver suas características de forma minuciosa, sem contar que ainda compartilhará da dúvida de que seu produto será entregue, que o pagamento será efetuado corretamente, dentre outras problemáticas próprias da ausência do meio físico. A esse respeito refere Marques:

Os problemas mais comuns são a não entrega, ou a entrega em endereço errado, as taxas não especificadas, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo da entrega, falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento, a lei aplicável e a jurisdição competente, a venda casada, a falha de segurança com os dados do consumidor, a falha na cobrança no cartão de crédito, as diferenças entre as fotografias do *site* e os produtos recebidos, etc. (MARQUES, 2011, p. 118).

Contudo, mesmo que o CDC não traga disposições expressas sobre o consumidor virtual, alguns de seus princípios e dispositivos norteadores regulamentam essa nova realidade social. De acordo com o art. 4º do CDC, toda e qualquer relação de consumo deverá seguir os princípios *da vulnerabilidade, o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da transparência, e o princípio do equilíbrio.*

Assim como a boa-fé, o consumidor possui outros direitos básicos elencados no art. 6º do CDC, como, o direito de proteção de sua vida, saúde e segurança contra os riscos provocados pelos produtos e serviços fornecidos, a educação para um consumo adequado, a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, direito a reparação de danos patrimoniais e morais, individuais e coletivos, e outros. Dentre eles cabe destacar o dever de transparência em âmbito virtual, contido no art. 6º, III, do CDC<sup>8</sup>. Outro direito básico de suma relevância é a proteção do consumidor contra a publicidade enganosa e abusiva como refere o art. 6º, IV, do CDC e o art. 37, do CDC. Além da possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, como dispõe o art. 6º, XIII, do CDC (FINKELSTEIN, 2011, p. 239).

Outra questão que gera grande questionamento na seara dos contratos eletrônicos de consumo é no que tange à aplicação do direito de arrependimento elencado no art. 49, do CDC. De acordo com esse dispositivo, o consumidor poderá dentro de um prazo de 7 (sete) dias desistir da compra por impulso ou por alguma técnica agressiva de venda, realizada fora do estabelecimento comercial devendo ser devolvido o valor devidamente corrigido monetariamente, sem ser necessário se quer justificar o motivo de sua recusa.

Para grande parte dos doutrinadores a aplicação do direito de arrependimento as compras realizadas pela internet é plenamente aceita. A essa ideia filia-se Finkelstein ao dizer que o direito de arrependimento “[...] é aplicado aos contratos de consumo realizados pela internet, já que há uma relação contratual à distância.” (FINKELSTEIN, 2011, p. 251).

Portanto, pode-se dizer que o CDC protege o consumidor virtual da mesma forma que o faz com o consumidor tradicional. Contudo, a falta de atualização de seu texto legislativo deixa o consumidor na margem da insegurança, eis que não se

---

<sup>8</sup> Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

pode alegar com exatidão, a total segurança do consumidor virtual perante a norma consumerista brasileira.

### 3.3 INICIATIVAS LEGISLATIVAS BRASILEIRAS ACERCA DOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

O campo legislativo que regulamenta o comércio eletrônico em nosso país é ainda muito conciso quanto ao rol de institutos jurídicos específicos. Mesmo não sendo tão recente a utilização da internet para difundir o comércio eletrônico, nossa legislação está dando seus primeiros passos para a regulamentação dessa nova realidade social.

Quando se fala em legislação aplicada ao comércio eletrônico, não podemos deixar de mencionar a Lei Modelo da UNCITRAL criada em 1996 pela Organização das Nações Unidas (ONU) e da Comissão das Nações Unidas para Leis do Comércio Eletrônico (UNCITRAL) (SOUZA, 2009). Essa lei foi pioneira na discussão da necessidade de regulamentação do comércio eletrônico e de seus documentos no cenário internacional, sendo que o Brasil adotou o Modelo UNCITRAL.

Há de se destacar também o Projeto de Lei nº 1.589/99 de iniciativa da Sessão da OAB de São Paulo. Este projeto trata sobre o comércio eletrônico, a validade jurídica dos documentos eletrônicos, e a assinatura digital, atribuição de valor probatório ao documento eletrônico, bem como reconhecimento de direitos individuais e coletivos aos consumidores, e o direito a sua privacidade no comércio eletrônico.

No entanto, a mais recente legislação aprovada foi o Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013. Este Decreto visa regulamentar o Código de Defesa do Consumidor acerca da contratação no comércio eletrônico, quanto ao caráter das informações de forma clara, atendimento ao consumidor e direito de arrependimento (PLANALTO, 2013).

Portanto, o atual Decreto mesmo que não trate do comércio eletrônico com muita profundidade, certamente auxiliará a solucionar vários problemas atuais,

proporcionando maior segurança aos consumidores virtuais. No entanto, a criação do referido decreto não afasta a necessidade da criação de novas legislações que regulamentem a questão, bem como a atualização do CDC, que embora traga segurança a essa nova modalidade de relação de consumo, encontra-se desatualizado frente à atual realidade da sociedade brasileira.

## CONCLUSÃO

Dentre as inúmeras mudanças da sociedade moderna, as que possuem maior relevância são aquelas trazidas pela inovação tecnológica dos meios de comunicação. Muitas são as mudanças trazidas pelo uso da internet, dentre elas buscou-se àquelas trazidas ao comércio eletrônico e o consumo por meio da rede virtual. Sendo assim, surge a problemática de saber se os contratos de consumo celebrados no Brasil por meio do comércio eletrônico se mostram técnica ou juridicamente seguros aos consumidores em relação à identidade das partes, à integridade, à confidencialidade e à disponibilidade das informações, frente aos novos mecanismos de segurança, e a ausência de legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de buscar resposta ao problema, verificou-se dentre as hipóteses que, os contratos de consumo celebrados no Brasil por meio do comércio eletrônico se mostram tecnicamente seguros aos contratantes, pois, em decorrência das inovações técnicas desenvolvidas nos últimos anos, como a criptografia simétrica e assimétrica (assinatura digital), as autoridades certificadoras, e em um futuro próximo a biometria, será possível garantir um alto grau de segurança técnica ao consumidor virtual.

Quanto a aplicação do CC, verifica-se que este atende de forma suficiente a estrutura dos contratos eletrônicos. Contudo, quando se trata do CDC, mostra-se necessária uma atualização de seus dispositivos a fim de regulamentar de forma expressa as relações de consumo por meio da internet, passando a proteger juridicamente o consumidor de forma direta e eficaz.

Cabe ressaltar que a solução quanto à segurança do consumidor virtual não depende apenas do aperfeiçoamento dos meios de segurança na internet, mas também de condutas de precaução dos consumidores, pois não podemos negar que a internet dispõe de sites seguros e confiáveis ao consumidor, no entanto, cabe a este buscar informações acerca da credibilidade da página virtual, antes de realizar a compra. A partir de uma conduta mais prudente do consumidor, vários problemas que assolam o meio virtual poderão ser evitados.

A segurança jurídica do consumidor on-line merece mais atenção, eis que partindo de uma análise geral, a legislação traz mesmo que não de forma expressa, amparo jurídico aos contratos eletrônicos de consumo. Porém, quando se analisa o contexto jurídico específico, como é o caso do CDC, nota-se a sua fragilidade e necessidade de alteração a fim de se enquadrar ao novo modelo de consumo da sociedade de modo a proteger o consumidor virtual.

Portanto, com o avanço dos mecanismos de segurança no campo da informática e a atualização da legislação brasileira, principalmente do CDC, será superado futuramente o receio quanto à insegurança do consumidor no ambiente virtual. Dessa forma, o comércio eletrônico nacional poderá se desenvolver de forma ainda mais incisiva, gerando um grande aumento na circulação de riquezas, comodidade e praticidade ao consumidor, e o mais importante, de forma segura do ponto técnico e jurídico as partes envolvidas.

## REFERÊNCIAS

AQUINO, Junior Geraldo Frazão de. **Contratos Eletrônicos: a boa-fé objetiva e a autonomia da vontade**. Curitiba: Juruá, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código de defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm). Acesso em: 30 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código Civil.** Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 30 ago. 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** Direito de Empresa – contratos e recuperação de empresa. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINIZ, Maria, Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIREITO. Carlos Gustavo Vianna. **Do Contrato:** teoria geral. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.

eCommerceOrg. Disponível em: <<http://www.e-commerce.org.br/>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis. **Direito do Comércio Eletrônico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

GARCIA JÚNIOR, Armando Alvares. **Contratos via Internet.** São Paulo: Aduaneira; 2001.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUNQUEIRA, Miriam. **Contratos Eletrônicos.** 2. ed. Rio de Janeiro: Maurod - Série Jurídica, 1997.

MARQUES, Antônio Terêncio G. L. **A prova documental na internet.** Validade e eficácia do documento eletrônico. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MATTE, Maurício. **Internet Comércio Eletrônico.** Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos Contratos de *e-commerce*. 1. ed. São Paulo: LTr, 2001.

NADER, Paulo, **Curso de Direito Civil.** Contratos. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NOGUEIRA, Caroline. SANTOS, Flávia Rosa. **O novo Código Civil e os contratos eletrônicos via Internet.** Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_80/artigos/PDF/CarolinaFlavia.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_80/artigos/PDF/CarolinaFlavia.pdf).  
Acesso em: 03 set. 2012.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLANALTO. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013.** Disponível em:<  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm)>.  
Acesso em: 04 out. 2012.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SEBRAE. **Comércio Eletrônico.** Disponível em:  
<[http://www.sebraepr.com.br/StaticFile/PortallInternet/img/cartilha\\_com\\_eletronico.pdf](http://www.sebraepr.com.br/StaticFile/PortallInternet/img/cartilha_com_eletronico.pdf)>  
f.> Acesso em: 19 jul. 2012.

SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. **Contratos Eletrônicos & validade da assinatura digital.** 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

UNICITRAL. **Lei Modelo da Uncitral sobre Comércio Eletrônico.** Disponível em:  
<<http://www.lawinter.com/1uncitrallawinter.html>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil:** uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003.

## **A SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL: UMA CONSEQUÊNCIA DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA.**

Juliana Marques Schubert<sup>1</sup>  
Renê Carlos Schubert Junior<sup>2</sup>  
Bianca de Mello Hartfil<sup>3</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho, que se utiliza do método de abordagem compreensivo, o qual se dá através de revisão bibliográfica, objetiva analisar a síndrome de alienação parental no seio da família contemporânea e seus efeitos nos direitos e na estrutura psíquica da criança e do adolescente. O tema proposto tem relevância no contexto social, pois, mesmo com o passar dos anos, indubitavelmente a família é na grande maioria das vezes a viga mestra no processo de aprendizado moral e ético dos infantes e dos adolescentes. A temática em questão se justifica em razão da recorrência de casos descortinados de alienação parental na atualidade, onde os pais por interesses próprios, colocam em risco a integridade física e psicológica dos filhos. Nesse envoltório a criança e o adolescente ficam à mercê de uma violência imensurável que pode deixar marcas por toda sua existência. Destarte, procura-se destacar no decorrer do texto que o direito à família e a dignidade da pessoa humana, ambos, constitucionalmente assegurados à criança e para o adolescente são premissas para o seu desenvolvimento como sujeitos, ou seja, um dever-ser, devido não somente pela família biológica ou substituta, mas também, pela sociedade e pelo Estado, numa visão *lato sensu* e jamais *strictu sensu*.

Palavras-chave: Alienação Parental – Dignidade da Pessoa Humana – Estado – Família.

<sup>1</sup> Formada em Psicologia pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), Campus Santa Rosa, RS, e graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, RS. bmsadv@bol.com.br

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento, linha de pesquisa Direitos Humanos pela Universidade Regional do Noroeste do Estado Rio Grande do Sul (UNIJUÍ) Campus Ijuí, RS. Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica e Docente do Curso de Direito da FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. reneschubertjunior@yahoo.com.br

<sup>3</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada de alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo/RS. Docente Regime Integral e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Atividades Complementares do Curso de Direito na FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. Brasil. biancahartfil@fema.com.br

## RESUMEN

El presente trabajo utiliza el método de abordaje comprensivo. Éste ocurre a través de revisión bibliográfica y tiene como objetivo analizar el síndrome de alienación parental en el seno de la familia contemporánea y sus efectos en los derechos y en la estructura psíquica del niño y del adolescente. El tema propuesto tiene relevancia en el contexto social, pues, a pesar del pasar de los años, en la gran mayoría de las veces la familia es indubitadamente la viga maestra en el proceso de aprendizaje de lo moral y de lo ético de los niños y de los adolescentes. La temática en cuestión se justifica en razón de la recurrencia de casos descubiertos de alienación parental en la actualidad, donde los padres ponen en riesgo la integridad física y psicológica de los hijos por intereses propios. En ese envoltorio el niño y el adolescente se quedan a merced de una violencia inmensurable que puede dejar marcas por toda su existencia. De este modo a lo largo del texto se procura destacar que el derecho a la familia y a la dignidad de la persona humana, ambos, constitucionalmente asegurados al niño y al adolescente, son premisas para su desarrollo como sujetos, es decir, un deber-ser, debido no solo por la familia biológica o sustituta, pero también, por la sociedad y por el Estado, en una visión *lato sensu* y jamás *strictu sensu*.

Palabras clave: alienación parental – dignidad de la persona humana – estado – familia.

## INTRODUÇÃO

A primeira instituição à qual o homem pertence é a família, em razão de que é nesse seio que ele nasce e que por toda a existência carrega marcas psíquicas fundamentais e essenciais para o seu desenvolvimento como sujeito, além de ser um lugar de proteção, socialização e estabelecimentos de vínculos.

Por conseguinte, para atingir o objetivo do presente, faz-se necessário entender a evolução da formação familiar na pré – modernidade, na modernidade e na contemporaneidade, pois ao longo da história o paradigma de família sofrera inúmeras modificações em sua dinâmica. Contudo, é na metade do séc. XX e do início do séc. XXI que essa instituição, em razão de alterações envolvendo a sociedade, principalmente de cunho científico-tecnológico, absorveu de forma mais intensa as mudanças longamente inseridas nos conceitos e nas bases até então consideradas sólidas.

Doravante, estava-se diante do modelo familiar contemporâneo, o qual é lastreado de incerteza e de instabilidade nas relações entre os seres humanos, onde os princípios e os conceitos culturais intocáveis de outrora passaram a mergulhar numa teia volátil e fluída, o que paralelamente afeta de forma direta a constituição psíquica do sujeito.

Partindo desse pressuposto, a proposta do presente é inicialmente empenhar uma abordagem histórica acerca da evolução do conceito de família. Da mesma forma, destacar o direito à família pela criança e pelo adolescente, especialmente em razão do princípio da proteção integral, da dignidade da pessoa humana, da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente quando estiverem sendo vítimas de alienação parental, vez que os genitores se utilizam cada vez mais de meios perversos para essa prática, o que resulta muitas vezes num quadro irreversível no que tange a personalidade da criança ou do adolescente alienado.

## **1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA IMPLICAÇÃO NA SUBJETIVIDADE DOS MEMBROS FAMILIARES**

A família sempre existiu,<sup>4</sup> mas ao longo dos tempos o conceito de família vem sofrendo modificações oriundas dos traços do contexto social de cada momento histórico. Esses traços são delineados pela cultura, que é recheada de valores, sendo que são eles que orientam e definem o modo de ser e de agir em cada época.

Para iniciar esse percurso, delimitam-se três grandes momentos: pré – modernidade, modernidade e contemporaneidade, sendo que a primeira é regida sob valores tradicionais e as duas últimas sob valores modernos; com isso, pode-se afirmar que a modernidade é um marco entre as duas culturas.

---

<sup>4</sup> Engels afirma que a família é um produto do sistema social e que ela refletirá o estado de cultura desse sistema (ENGELS, 1980, p. 109). Já para Rousseau a família é a mais antiga de todas as sociedades e a única natural (ROUSSEAU, 2013, p. 24).

Na primeira fase, pré – moderna, segundo Birman,<sup>5</sup> a família era denominada de “família extensa”,<sup>6</sup> levando-se em consideração que no mesmo espaço físico habitavam várias gerações. Nessa estrutura familiar, a organização advinha do patriarca, o qual tinha o domínio e a autoridade de todos:

Heroico ou guerreiro, o pai dos tempos arcaicos é a encarnação familiar de Deus, verdadeiro rei, taumaturgo, senhor das famílias. Herdeiro do monoteísmo, reina sobre o corpo das famílias e decide sobre os castigos infringidos aos filhos. (ROUDINESCO, 2003, p. 21).

Tendo o pai um poder tão absoluto, restava à mãe a simples função de reprodução, ocupando um lugar desprivilegiado. Essa soberania paterna fazia do sexo masculino um “sexo único”. Nessa condição humana a mulher poderia se transformar em homem, mas um homem nunca poderia se transformar em uma mulher:

Esse modelo de estrutura familiar necessariamente enfatizava a autoridade do marido, relegando à esposa um papel mais restrito ao âmbito da família. As mulheres depois de casadas passavam da tutela do pai para o marido, cuidando dos filhos e da casa no desempenho da função doméstica que lhes estava reservada. Monocultura, latifúndio e mão – de – obra escrava reforçavam a situação, ou seja, a da distribuição desigual de poderes no casamento, o que conseqüentemente criou o mito da mulher submissa e do marido dominador. (SAMARA, 2004, p.14).

Assim como as mulheres, as crianças e os adolescentes não tinham espaço social, pois eram considerados, conforme Ariès “[...] adultos em miniatura, pois ontologicamente, anatomicamente e corporalmente não eram diferentes dos

<sup>5</sup> Programa “Café Filosófico” da TV Cultura, gravado em dezessete de agosto de dois mil de doze em Campinas, São Paulo.

<sup>6</sup> Segundo Lima, deve-se esclarecer, ainda, “[...] que a autoridade do *pater familias* e a extensão do grupo não são características para se analisar isoladamente: o que tornava extensa a família romana era a sua capacidade de abrigar, sob esse termo, todos os que estivessem submetidos à autoridade do *poder familias*. Essa autoridade era, na verdade, o fator de união, sobretudo porque abrigava todos os aspectos da vida do sujeito: seu trabalho, sua liberdade, sua lei e sua religião. Sobre esta última, inclusive, como fator de legitimação do poder do *pater família*, devem-se destacar alguns aspectos. Sua pedra angular era a noção de geração, já que faltava àquele povo uma concepção criacionista. Justifica, assim, a preponderância da figura paterna, como repositório dos poderes de vida e morte dos seus justamente por deter o cordão da geração. O *pater*, por isso, detém o comando do culto, demonstrando a prevalência do gênero masculino: só o homem poderia fazer o culto, pronunciar as fórmulas, realizar os sacrifícios.” (LIMA, 2013, p. 35).

adultos.” (ARIÈS, 1981, p. 18). Com isso, fora de dúvidas, se observa a dificuldade da criança e do adolescente pelo direito à família, visto existir uma concepção a qual predominava um ideário inculcado muitas vezes pela indiferença e por ideologias escassas de sentimentalismo na relação entre pais e filhos.<sup>7</sup>

Até esse momento a sociedade era organizada por valores tradicionais, porém, essa cena muda de personagens quando a partir dos valores liberais e iluministas defendidos na Revolução Francesa o mundo começa a experimentar uma nova visão cultural, a modernidade. Segundo Giddens (1991), a modernidade está relacionada a um modo, costume de vida ou organização social que surgiu na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornou mais ou menos mundial em sua influência. A modernidade se caracteriza por movimentos culturais nas suas normas e valores, o que produz novas significações e combinações sociais.

Essas novas ideias advindas do lema da Revolução Francesa extinguiram os valores tradicionais e a hierarquia familiar dando lugar a uma nova sociedade, um novo sujeito, uma nova constituição familiar. Se antes existia somente um sexo, o masculino, agora entra em cena a diferença sexual e tanto o homem como a mulher “ganham” um novo papel, o de pai e o de mãe.

A mulher, que antes ocupava um lugar desprivilegiado, agora tem uma função de destaque: a maternidade. Junto com essa atribuição social de ser mãe ela também adquire todas as diligências relacionadas ao espaço privado (a casa), ela é vista como uma administradora do lar, dos filhos e de tudo que diz respeito ao redoma, ao tempo em que o marido passa a ser responsável pela gerência do espaço público, onde a sua função social está relacionada com o trabalho externo.

Com a exaltação do mundo materno, a criança aúfere uma condição de destaque, pois ela é o futuro da nação, necessitando de cuidados e de boa educação. Nesse sentido, acontecem outras duas revoluções importantes: a médica e a pedagógica. Na primeira surgem algumas especialidades com o intuito de zelar

---

<sup>7</sup> Ariès ensina que: “Até por volta do século XII, a arte medieval desconhecia ou não tentava representá-la. É difícil dizer crer que essa ausência se devesse à incompetência ou à falta de habilidade. É mais provável que não houvesse lugar para a infância nesse mundo [...]” (ARIÈS, 1981, p. 18).

pela saúde gestacional da mulher e do bebê: a ginecologia, a obstetrícia e a pediatria. Nessa mesma linha a pedagogia traz a qualificação da educação, pois investir na educação da criança é garantir o futuro da nação:

[...] também se inclinaram a reivindicar para as crianças o direito a privilégios aos quais eles, os pais, há muito tiveram de renunciar. A criança deve ter melhor sorte que seus pais, não deve ser submetida aos mesmos imperativos que eles tiveram de acatar ao longo da vida. Doenças, morte, renúncia à fruição, restrições à própria vontade não devem valer para a criança; as leis da natureza, assim como as da sociedade, devem se deter diante dela, e ela deve realmente tornar-se de novo o centro e a essência da criação do mundo. *His Majesty the Baby*, tal como nós mesmos nos imaginamos um dia. A criança deve satisfazer os sonhos e os desejos nunca realizados dos pais, torna-se um grande homem e herói no lugar do pai, ou desposar um príncipe, a título de indenização tardia da mãe. (FREUD, 1914, p. 110).

A família moderna vai se agrupar em torno dos papéis de pais e filhos, a mulher se reduz a maternidade, o pai ao meio social e os filhos a ter um futuro promissor. É possível e necessário destacar que neste momento da história a criança e o adolescente passaram a ocupar um lugar de relevo na família e no contexto social, como também o diálogo passa a ter espaço nesse contexto e o afeto torna-se mais explícito.

Todavia, o mundo está em constante transformação. Numa perspectiva baumaniana, os valores modernos acabam criando novas roupagens e os valores contemporâneos começam a se valer, onde as relações são guiadas pela fluidez, pela liquidez e pela volatilidade.

Reflexamente, a família rumo para outro paradigma, a mulher deixa de ser unicamente mãe e se lança no mercado de trabalho, nas universidades, pleiteando o espaço público conjuntamente com o homem. Se antes todo o tempo dela era dirigido à gestão familiar, agora ela precisa de algo ou alguém que faça essa função.

Diante da nova demanda social se constituem na sociedade contemporânea cada vez mais escolas de educação infantil especializadas em realizar esse tipo de cuidado que antes era atribuída à mãe, onde a família acaba terceirizando na maioria das vezes a educação dos filhos.

Passa a predominar na sociedade contemporânea o desejo, fazendo imergir qualquer ideia tradicional, como, por exemplo, o casamento abandona a ideia padronizada (homem e mulher) de constituição familiar e passa a ser pautado pela manifestação de desejo, surgindo novas configurações como as famílias homossexuais e monoparentais.

O dito acima difere do Brasil de outrora, onde a igreja católica restringia os casamentos entre católicos e não católicos, por acreditar que o casamento era um sacramento e, portanto, deveria esse ser o valor maior do motivo da união entre duas pessoas. Em outros termos, o sentimento ocupava posição secundária na relação do eventual casal. Samara agrega que a “[...] a população sofria, portanto, pressões por parte da Igreja no sentido de sacramentar as uniões entre noivos que professassem a fé católica. O casamento com o infiel era desaconselhado.” (SAMARA, 1993, p. 52).

O rearranjo provocado pela contemporaneidade sobre a família acarreta muitas consequências, dentre elas, a vulnerabilidade das relações entre pais e filhos, uma vez que a criança e o adolescente ficam desprotegidos com tamanha mudança, principalmente no que se refere à atenção que até então era matéria exclusiva da figura materna, o que pode ser fonte de conflito. Igualmente, a instabilidade das relações advindas da liquidez e da instantaneidade dos casamentos, provoca o surgimento de situações traumáticas, visto que o término dos casamentos e das uniões estáveis dos pais pode provocar nos filhos, sentimentos de culpa, ansiedade, abandono, entre outros.

Outra consequência faz menção ao mundo tecnológico, haja vista que as novas tecnologias cada vez mais constantes e imperativas, influenciam diretamente na dinâmica familiar, dificultando a comunicação que acaba sendo praticamente virtual, o que de certa forma enfraquece os vínculos sociais e virtualiza as emoções.

Tais fatos tornam necessária a existência de um modelo protetivo para a criança e o adolescente, porquanto não podem por mudanças alheias a seu alvitre ficarem expostos aos efeitos das rupturas recaentes sobre a família que pertencem. Isso pode ser denotado através da preocupação do constituinte de 1988 e do

legislador estatutário de 1990, os quais atribuíram proteção integral às crianças e os adolescentes, o que comprova a necessidade de instrumentos legais<sup>8</sup> que escoltem a fragilidade das crianças e dos adolescentes diante dessas novas consequências da dinâmica familiar, como, por exemplo, a alienação parental.

## **2 DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO: INÍCIO E O FIM.**

Em tempos remotos, mais precisamente perante a Constituição de 1946 e a de 1967, a família só existia se houvesse casamento. O art. 163, da CF/46, estabelecia que: “[...] a família é constituída pelo casamento de vínculo indissolúvel e terá direito à proteção especial do Estado.”(BRASIL, 1946). No mesmo sentido, o art. 175, *caput*, da CF/67 instituía que: “[...] a família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos.” (BRASIL 1967). Já o legislador constituinte de 1988 caracterizou a família como a base da sociedade,<sup>9</sup> não a limitando somente ao casamento e incluindo outras formas de constituição familiar como a união estável.

A união estável e o casamento, ambas entidades reconhecidas juridicamente pelo Estado, possuem comumente a característica de que são formadas pela união de duas pessoas, sendo que o casamento se realiza no momento em que o casal manifesta perante o juiz a vontade de estabelecer o vínculo conjugal e o juiz os declara casados<sup>10</sup>.

Há que se destacar, segundo Pereira, que uma das diferenças entre o casamento e a união estável está na formalidade que marca o termo inicial da relação, pois na união estável, a não ser quando tiver contrato por escrito entre as partes, inexistente o termo inicial apontado (PEREIRA, 2003, p. 29).

<sup>8</sup> Como aponta Saraiva “[...] a doutrina da proteção integral, além de contrapor-se ao tratamento que historicamente reforçou a exclusão social, apresenta-nos um conjunto conceitual, metodológico e jurídico que nos permite compreender e abordar as questões relativas às crianças e aos adolescentes sob a ótica dos direitos humanos, dando-lhes a dignidade e o respeito do qual são merecedores.” (SARAIVA, 2002, p. 09).

<sup>9</sup> Art. 226, da CF/88 (BRASIL, 1988).

<sup>10</sup> Art. 1514, do CC/02 (BRASIL, 2002).

A união estável é disciplinada pela Lei nº 9.278/96, a qual averba em seu artigo 1º, que: “É reconhecida como entidade familiar à convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.” (BRASIL, 1996).

Além disso, a Constituição Federal de 1988, no art. 226, § 3º,<sup>11</sup> também reconhece a união estável como entidade familiar e afirma a proteção dela pelo Estado, assim como o § 8º,<sup>12</sup> do mesmo Dispositivo, assegura a assistência para os integrantes da família visando coibir a violência familiar. Importante tecer que as regras aplicadas ao casamento, como, por exemplo, o sustento, a guarda e a educação dos filhos se aplicam igualmente à união estável.

De igual importância, o instituto do casamento possui larga previsão no Código Civil de 2002,<sup>13</sup> assim como na Carta Política de 1988, vez que o casamento civil é celebrado de forma gratuita, que o casamento religioso tem efeito civil, a previsão expressa da igualdade dentro da sociedade conjugal entre homem e mulher e a noção de que o planejamento familiar é de livre decisão do casal.

Oportuno à transcrição do conceito de casamento:

A palavra casamento comporta duas acepções. Na primeira, o casamento é o vínculo jurídico estabelecido entre os nubentes e, na segunda, é o ato jurídico criador desse vínculo. Temos, pois, o casamento-vínculo e o casamento-jurídico. (WALD, 2009, p. 88).

O ato do casamento é solene, ou seja, requer ele o respeito às normas jurídicas vigentes pré-celebração, pois devida a alteração no *status* dos nubentes, exige determinadas formalidades a fim de evitar a anulação ou anulabilidade do ato. Desse modo, citam-se três fases do casamento: a habilitação (art.1525, do CC/2002), a publicidade (art.1527, do CC/02) e a celebração (art. 1533, do CC/2002) (BRASIL, 2002).

<sup>11</sup>Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>12</sup>§ 8º - “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.” (BRASIL, 1988).

<sup>13</sup>Arts. 1511 a 1590 do CC/02 (BRASIL, 2002).

A primeira fase exige a declaração dos nubentes ou de procurador com poderes especiais, a fim de esclarecer o estado civil, a profissão, a filiação e o domicílio, assim como a declaração de duas testemunhas acerca da identidade dos nubentes e a ciência de que inexistem impedimentos para a confecção do ato. Atendido isso, segundo o art. 1525, do CC/02 (BRASIL, 2002), a habilitação deve ser instruída com: a certidão de nascimento ou documento equivalente, a autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra,<sup>14</sup> a certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio.

Na segunda fase,<sup>15</sup> posterior o recebimento dos documentos exigidos devidamente assinados, são lavrados os proclamas, pela afixação de edital em local público, pelo prazo de 15 dias, na sede do domicílio dos nubentes e publicados através de um órgão de grande rotação no município. Essa fase, tem o propósito de pulverizar a informação sobre o casamento, e em caso de haver impedimentos entre as partes que sejam devidamente denunciados.<sup>16</sup>

Ultimadas a publicação e os proclamas, na posse do certificado de habilitação, os nubentes requererão à autoridade competente dia e hora para a celebração do casamento, nos passos do art. 1533, do CC/02. Quanto à data,

[...] deve normalmente ser fixada pelo juiz, mas, por motivos sociais, geralmente é designada pelos interessados. A cerimônia realiza-se na sede do cartório ou em local público ou particular, que deverá, na ocasião, estar aberto ao público. (WALD, 2002, p. 103).

<sup>14</sup> Estabelece o art. 1517, do CC/2002, que a idade mínima para casamento é de dezesseis anos, sendo que nesse caso se exige, até o atingimento da maioridade civil, a autorização de ambos os pais ou de seus representantes legais. Deve-se anotar, também, que a denegação do consentimento pelos pais ou responsáveis, se injusta, pode ser suprida pelo Juiz, conforme o art. 1519, do CC/02 (BRASIL, 2002). Ainda, Wald indica que o menor antecipado não precisa de autorização para o casamento. (WALD, 2009, p. 100).

<sup>15</sup> Wald classifica os proclamas como “[...] anúncios feitos ao público com os nomes e a qualificação daqueles que pretendem casar.” (WALD, 2009, p. 100).

<sup>16</sup> Vaticina o art. 1530, do CC/2002, que “[...] tanto os impedimentos quanto as causas suspensivas serão opostos em declaração escrita e assinada, instruída com as provas do fato alegado, ou com a indicação do lugar onde possam ser obtidas.” (BRASIL, 2002).

No local escolhido para a solenidade, o presidente do ato, na presença pessoal dos contraentes ou por seu procurador especial,<sup>17</sup> juntamente com no mínimo duas testemunhas e o oficial do registro, após a pronúncia dos nubentes de que pretendem casar-se de livre e espontânea vontade, efetuará o casamento com os seguintes dizeres: De acordo com a vontade que ambos acabaram de afirmar perante mim, de vos receberdes por marido e mulher, eu, em nome da lei, vos declaro casados.<sup>18</sup>

Sendo assim, para todos os efeitos, a prova da celebração do casamento no Brasil se dá pela certidão de registro. O casamento brasileiro celebrado no estrangeiro, nos termos do art. 1544, do CC/02, é regulado pela Lei civilista da seguinte maneira:

O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir. (BRASIL, 2002).

Dada à ênfase necessária quanto à burocratização da união formal entre duas pessoas, passa-se a analisar a subjetividade que envolve tal relacionamento. Quando duas pessoas se unem por desejo elas passam a mergulhar em situações que anteriormente não conheciam, pois cada pessoa é única e singular, carregam

<sup>17</sup> O art. 1525, do CC/02, permite que o requerimento para a habilitação para o casamento seja realizado por procurador, com poderes especiais (BRASIL, 2002). No mesmo sentido, o art. 1542, do mesmo Diploma, permite que o casamento seja realizado por procuração, por instrumento público, com poderes especiais, devendo ser observado que a eficácia do mandato não ultrapassará noventa dias, assim como que o mandato só poderá ser revogado por instrumento público.

<sup>18</sup> Logo após a celebração do casamento, será lavrado o assento no livro de registro, o qual será assinado pelo presidente do ato, pelos cônjuges, as testemunhas, e o oficial do registro, e nele conterá, segundo o art. 1536, do CC/02: os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento, profissão, domicílio e residência atual dos cônjuges; os prenomes, sobrenomes, datas de nascimento ou de morte, domicílio e residência atual dos pais; o prenome e sobrenome do cônjuge precedente e a data da dissolução do casamento anterior; a data da publicação dos proclamas e da celebração do casamento; a relação dos documentos apresentados ao oficial do registro o prenome, sobrenome, profissão, domicílio e residência atual das testemunhas e o regime do casamento, com a declaração da data e do cartório em cujas notas foi lavrada a escritura antenupcial, quando o regime não for o da comunhão parcial, ou o obrigatoriamente estabelecido.

fantasias, desejos, sonhos, expectativas, medos, angustias, frustrações, isto é, a vida afetiva abrange muitos estados pertencentes ao prazer-desprazer:

Na realidade, o matrimônio desencadeia um complexo de deveres que se renovam diuturnamente, reclamando, ações, abstenções e tolerâncias, pessoais e reciprocamente exigíveis e que devem ser observadas como condição *sinequada* perenidade do organismo familiar. (CAHALI, 1991, p. 16).

A soma dos entraves próprios da relação conjugal e das características do mundo contemporâneo resultam na crise dos relacionamentos. Sendo a vontade dos companheiros ou contraentes, o casamento e a união estável (sociedade conjugal) podem ser terminados através, no primeiro caso, da dissolução da união estável, conforme o art. 7º, da Lei nº 9.279/1996, e no segundo caso, pelo divórcio, nos termos do art. 1571, do CC/02 (BRASIL, 2002).

A partir da Emenda Constitucional nº 66/2010,<sup>19</sup> (BRASIL, 2010) o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, instrumento utilizado para levar a cabo a relação jurídica iniciada entre os cônjuges, cuja forma foi introduzida no ordenamento jurídico Pátrio pela Emenda Constitucional 09/1977, independente de separação prévia do casal ou da ocorrência de culpa por uma das partes.

Um importante avanço foi o surgimento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, a qual criou a possibilidade da separação e de divórcio extrajudiciais, desde que cumprido os requisitos legais, através de escritura pública realizada em tabelionatos e distante da atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

O fim de uma relação pode gerar consequências mais devastadoras se existirem frutos dessa relação (os filhos). Balizado nessa premissa, o legislador dá um tratamento especial nessas ocasiões. Os consortes durante e após o

---

<sup>19</sup> Madaleno, sobre o assunto dita que “[...] não obstante a vigência desde julho de 2014, da Emenda Constitucional n. 66, ainda assim, muito ainda questiona a doutrina acerca dos critérios que motivam o legislador a manter no Código Civil de 2002 esse sistema dual de dissolução da sociedade e do vínculo conjugal pelos institutos da separação judicial e do divórcio, afirmando diversos autores que a Emenda Constitucional n.66/2010, não derogou o instituto da separação judicial ou extrajudicial, em suas modalidades consensual e litigiosa [...]” (MADALENO, 2011, p. 195). Todavia, para fins deste estudo, com a máxima *venia*, optou-se por trabalhar com o divórcio e a dissolução da união estável.

rompimento do casamento ou da união estável, em caso de terem filhos, deverão observar o princípio da proteção integral descrito nos artigos 1º e 4º, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como observarem, conforme preceitua Madaleno, “[...] o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor para o fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.” (MADALENO, 2011, p. 95). Ademais, o art. 1.632, do Código Civil de 2002, garante que a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos.

### **3 A FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA EA SÍNDROME DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

É premissa básica que a família<sup>20</sup> é a fonte essencial para o desenvolvimento moral, ético, psicológico e social da criança e do adolescente. A família tem uma função social que é de transmitir valores, educando as novas gerações, pois também é responsável pela sobrevivência física e psíquica das crianças e é nela que os primeiros aprendizados acontecem e onde se consolidamos exercícios dos direitos da criança e do adolescente, como, por exemplo, o direito aos cuidados essenciais para seu crescimento e desenvolvimento:

[...] a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos, na aquisição da língua acertadamente chamada materna. Com isso, ela preside os processos fundamentais do desenvolvimento psíquico, preside esta organização das emoções segundo tipos condicionados pelo meio ambiente, que é a base dos sentimentos, segundo *Shand*; mais amplamente, ela transmite estruturas de comportamento e de representação cujo jogo ultrapassa os limites da consciência. (LACAN, 1990, p. 13).

---

<sup>20</sup> Conforme Lacan, para a psicanálise, “[...] a família não é um grupo natural, mas, sim, cultural. Constitui-se, assim, por uma edificação psíquica, em que cada membro desempenha uma função. Assim, os papéis de pai, de mãe, de filho, determinam e caracterizam o grupo e não apenas, o homem, a mulher e os filhos. Já a sociologia combina outro pensamento, admitindo que a família é, a um tempo, grupo natural e cultural. Pode-se dizer destarte que esse grupo se define, também por critérios funcionais.” (LACAN, 1990, p. 13).

A família é uma instituição tão importante que na sua falta a Lei prevê uma família substituta ou um abrigo em uma instituição que tem o dever de cumprir com as funções materna e paterna. O direito a ter uma família e o valor dela para a criança estão postos no art. 6º<sup>21</sup> da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 20-11-1959, da qual o Brasil é signatário. Salienta-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o qual regula os direitos da criança e do adolescente, é considerado em matéria de proteção um dos mais avançados do mundo.

Por assumir um papel fundamental na sociedade, chamada célula *mater*, a preocupação surge quando, por exemplo, a criança e o adolescente são colocados diante de uma situação que pode vir a se tornar traumática: a separação dos pais.<sup>22</sup>

Embora toda separação cause desequilíbrios e estresse, os pais, quando rompem seus relacionamentos afetivos, deveriam empreender o melhor de si para preservarem seus filhos e ajuda-los a compreenderem, e também eles, vencerem e superarem a triste fase de separação dos genitores. São crianças e adolescentes que dependem do diálogo franco e da transparência e honestidade dos pais. Pais que sejam sinceros em seus informes e esclarecimentos, mostrando aos filhos que seguem íntegras suas relações de amor e afeto para com ambos os genitores, apesar da separação dos adultos, e salientando ao mesmo tempo, a importância dos filhos para a existência e felicidade dos pais. Deve ser enfatizado que não é o filho a causa da separação, sendo importante preparar a prole para o momento da ruptura conjugal, como deve ficar bem definido que entre pais e filhos segue íntegra a unidade familiar, com genitores que não deixam de amar seus filhos. (MADALENO, 2011, p.447).

Nesta situação, os pais deveriam tentar trazer leveza e equilíbrio para os filhos durante o momento de separação. Entretanto, na grande maioria dos casos não é isso que ocorre. Quando os pais não elaboram o luto do fim de seu relacionamento conjugal acabam intensificando o sofrimento da criança e do adolescente, através da síndrome de alienação parental, fazendo dos seus filhos

<sup>21</sup> “Para o desenvolvimento completo e harmonioso de sua personalidade, a criança precisa de amor e compreensão. Criar-se-á, sempre que possível, aos cuidados e sob a responsabilidade dos pais e, em qualquer hipótese, num ambiente de afeto e de segurança moral e material; salvo circunstâncias excepcionais, a criança de tenra idade não será apartada da mãe. À sociedade e às autoridades públicas caberá a obrigação de propiciar cuidados especiais às crianças sem família e àquelas que carecem de meios adequados de subsistência. É desejável a prestação de ajuda oficial e de outra natureza em prol da manutenção dos filhos de famílias numerosas.” (LAGRASTA, 2011).

<sup>22</sup> Salienta-se a situação citada não é única, podendo-se indicar também a disputa de guarda e a ação de alimentos.

uma moeda de troca. Essa síndrome é advinda da disputa da guarda do menor pelos pais, onde nesse processo um dos genitores busca programar o seu descendente a odiar o outro genitor sem uma justificativa razoável,<sup>23</sup> são ex-cônjuges desequilibrados com a não aceitação do término da relação que se fazem valer de seus filhos para atingirem-se mutuamente.

A síndrome de alienação parental foi observada pela primeira vez por Richard A. Gardner, em processos de guarda de menor, quando o responsável pela guarda do filho apresentava uma alienação obsessiva a qual fazia com que seu filho se distanciasse do outro genitor. Gardner distingue três categorias de alienadores: leves, médias e severas:

No nível leve, a criança apresenta manifestações superficiais e intermitentes de alguns sintomas. No segundo nível, o moderado, identificado como o mais comum, os sintomas estão mais evidentes; a criança faz comentários depreciativos contra o pai, o qual é visto por ela como mau enquanto a mãe é tida como boa; as visitas são realizadas com grande relutância, mas, quando afastada da mãe, a criança consegue relaxar e se aproximar do pai. O último nível, o severo, apresenta uma pequena parcela dos casos de SAP; os sintomas aparecem mais exacerbados do que no nível moderado; a mãe e a criança se encontram em uma folie à deux, em que compartilham fantasias paranoides com relação ao pai; a criança entra em pânico frente à ideia de ir com este, tornando, assim, impossíveis as visitas. (GARDNER, 1996 apud SOUZA, 2010, p.106).

Durante a separação as acusações são recíprocas entre o ex-casal, isso acarreta lesões afetivas, até mesmo abrangendo os filhos.<sup>24</sup> O elo almejado (quando

<sup>23</sup> Lagrasta afirma: "A alienação parental inicia-se, em geral, com a separação dos genitores e está ligada a fatores como o ciúme ao novo parceiro do alienado; interferência dos genitores do ex-casal; pagamento de pensão alimentícia; perda do emprego; além de outras hipóteses como a recusa a membro da família ou responsável pelo menor a se submeter aos desejos do alienador, em qualquer caso, tendo como ponto de partida o eventual desvio de conduta ou moléstia mental do alienador." (LAGRASTA, 2011).

<sup>24</sup> Conforme Lamenza, "[...] há processos que tramitam pelas Varas da Família (ou mesmo em Varas da Infância e da Juventude, em caráter excepcional) nos quais pais separados fazem os filhos verdadeiros joguetes, pedindo que inventem histórias (como a de imputar ao pai ou à mãe o cometimento de maus-tratos) ou que ocultem verdades (no exemplo de mãe que cala a filha para que não denuncie abusos sofridos). Essa conduta, além de não trazer nada de positivo para o encerramento de pendências judiciais entre as partes, acirrando ainda mais os ânimos, contribui para lançar a essa verdadeira fogueira os filhos, já traumatizados pelo rompimento do convívio entre os pais, os quais se veem obrigados a mentir ou se calarem nome de uma paternidade/maternidade mal resolvida, tudo a contribuir para o sofrimento da criança ou do adolescente envolvido." (LAMENZA, 2011, p. 64).

da origem da formação familiar) passa a ser um elo perdido, fracassado, frustrado, pois todas as expectativas geradas em torno dessa união, todos os sonhos do casal, todas as construções culturais, sociais, emocionais, materiais adquiridas até este momento perdidas e o casal vive um luto pelo fim de sua relação. É nesse envoltório nada saudável que os filhos são mergulhados, como instrumentos de combate.

Através do uso de chantagens e de violência mental, os quais podem ser citados como modos de exteriorização da alienação parental, o guardião envolve seu filho numa teia obscura, labiríntica, alienando a estrutura psíquica da criança e/ou do adolescente, deixando-o sem espaço para se defender e conseqüentemente tornando tempestuoso o vínculo familiar. Quando a criança ou o adolescente são vítimas da síndrome de alienação parental estão propensos a apresentar sintomas depressivos, ideias suicidas, dificuldade em estabelecer um relacionamento amoroso (na fase adulta), problemas de gênero em decorrência da desqualificação do genitor atacado, ainda podem desenvolver transtorno do pânico, toxicomanias, ansiedade entre outras conseqüências:

Questão relevante no que tange ao respeito é o aspecto psíquico. É necessário extremo cuidado com a criança e o adolescente para evitar investidas nessa área que possam prejudicar o seu desenvolvimento. Isso ocorre, por vezes, nos casos em que o pai e a mãe separados “usam” o filho para hostilizar o antigo companheiro (a). (LAMENZA, 2001, p. 64).

Destaca-se que geralmente a titularidade de tais ações é dos guardiões das crianças e dos adolescentes, ou seja, dos pais, mas isso absolutamente não quer dizer que se restringe apenas a eles, mas também a avós, a avôs ou a pessoa responsável pela guarda.

Legalmente a alienação parental começou a ser tratada no Brasil pelos tribunais desde 2006, e em 07 de outubro de 2008, foi apresentado o Projeto de Lei nº 4.053, que em 26 de agosto de 2010, foi regulamentado pela Lei nº 12.318, a qual é o norte de atuação do Poder Judiciário. O dispositivo legal conceitua a alienação parental no art. 2º, da referida Lei, dizendo:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança e do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos como este. (BRASIL, 2010).

No direito comparado, pode-se citar, com base em Madaleno, o exemplo da Argentina, a qual,

[...] em 1993 sancionou a lei penal 24.270, conhecida como o direito dos filhos ao contato com ambos os pais, criada para impor limites às camadas falsas (ou falsas memórias) e todas as ações de obstrução de contato de filhos menores e incapazes, estabelecendo no art. 1º, da Ley 24.270- que será reprimido com prisão de um mês a um ano, pai ou terceiro que, ilegavelmente impedir ou obstruir o contato com menores de idade com seu pais não conviventes e se tratar-se de menor de 10 anos de idade ou de um incapaz, a pena será de 06 meses a 03 anos de prisão. (MADALENO, 2011, p. 450).

Devido ao caráter manipulador, a síndrome de alienação parental tem uma abrangência destrutiva na criança e no adolescente, uma vez que fere os seus direitos de personalidade estampados no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal de 1988, bem como também o direito à convivência familiar saudável,<sup>25</sup> elencado no Estatuto da Criança e do Adolescente e o princípio da dignidade da pessoa humana,<sup>26</sup> o mais abrangente de todos os princípios constitucionais. Importância completamente justificada pelo fato da pessoa humana merecer respeito, consideração, independentemente de sua ascendência, raça, sexo, idade, estado civil, situação social, econômica ou política.

Nesse contexto, destaca Mendes:

---

<sup>25</sup> Art. 227. “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (BRASIL, 1988).

<sup>26</sup> Madaleno aduz que a “[...] dignidade humana é princípio fundamental na Constituição Federal de 1988, conforme artigo 1º, III. Quando cuida do direito de família, a Carta Federal consigna no artigo 226, parágrafo VII, que o planejamento familiar está assentado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.” (MADALENO, 2011, p.41).

Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco posto acima de todas as coisas criada em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio quando a pessoa é tratada como objeto, como meio para satisfação de algum interesse imediato. (MENDES, 2011, p. 313).

Outrossim, é permissivo dizer que tal atitude dos pais macula o princípio da proteção integral destinado à criança e ao adolescente, cujo é considerado o âmago da Legislação Estatutária<sup>27</sup>. A aplicação desse princípio nos casos de alienação parental se justifica em razão de que as vítimas são utilizadas como objetos para atender interesses alheios. Quando se fala em proteção integral requer-se toda e qualquer iniciativa oriunda família, estatal ou social que tenha o objetivo de assegurar à criança ou ao adolescente um espaço propício ao seu regular e peculiar desenvolvimento.

Como delegatário da função estatal, o juiz nesses casos poderá de acordo com a Lei de Alienação Parental fazer com que o processo tramite prioritariamente, definir medidas para a cautela da integridade psicológica do infante, determinar com urgência perícia multidisciplinar com elaboração de laudo técnica a fim de confirmar que a síndrome está de desenvolvendo, advertir e multar ao alienador, expandir a convivência com o genitor lesado, inverter a guarda.

Diante disso, é incontroverso que a Lei da alienação parental é um grandioso avanço na busca para elidir os efeitos provocados pela vingança dos pais sobre as crianças e os adolescentes, pois diante do desenvolvimento mental incompleto e da vulnerabilidade<sup>28</sup> conduzida por elas, torna-se cogente proteger sua integridade psicológica das agressões exteriores, colimando a convivência salutar entre ambos os pais, o que é determinante para sua formação.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Art. 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.” (BRASIL, 2010).

<sup>28</sup> Para Madaleno, “[...] a vulnerabilidade dos infantes é decorrência natural da dependência que eles tem dos adultos, pois podem ser pacientes das mais variadas formas de agressão, assim como vítimas de uma violência sexual corporal, ou de abandono físico, psicológico, afetivo ou material [...]” (MADALENO, 2011, p.52).

<sup>29</sup> Art. 4º: “Declarado indício de ato de alienação parental, a requerimento ou de ofício, em qualquer momento processual, em ação autônoma ou incidentalmente, o processo terá tramitação prioritária, e o juiz determinará, com urgência, ouvido o Ministério Público, as medidas provisórias necessárias para preservação da integridade psicológica da criança ou do adolescente, inclusive para assegurar sua convivência com genitor ou viabilizar a efetiva reaproximação entre ambos, se for o caso.

## CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea é assinalada pela diferença, liquidez, variedade e diversificação. No entanto, é possível afirmar que a família continua sendo o laboratório da formação das crianças e dos adolescentes, uma vez que no seio familiar eles construirão sua ideologia, formularão seu discernimento, obterão possivelmente a sua primeira educação, iniciarão sua socialização por meio de exemplos e do convívio despendidos pelos seus membros parentais.

Permite-se dizer que o texto narrou à evolução do conceito de família em três momentos históricos, assim como o modo que as crianças e os adolescentes eram tratados perante a família, a sociedade e o Estado. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, os infantes e os adolescentes passaram a ocupar o *status* de sujeito de direitos no cenário jurídico brasileiro.

Paralelamente, salientou-se que a criança e o adolescente fazem *jus* a ter uma família, ao afeto, ao respeito, ao desenvolvimento sadio, ao lazer, a educação, a serem reconhecidos como sujeitos, pois são protegidos constitucionalmente e infraconstitucionalmente pelo princípio da proteção integral, o qual com pesar ainda agudamente necessita ser efetivado, ser real, palpável na sociedade brasileira.

Entretanto, apesar dos princípios e dos direitos que são assegurados para a criança e o adolescente, a família, seja ela estabelecida pelo casamento ou não, produz na contemporaneidade conflitos que de forma errônea, individual e leviana, acabam afetando os filhos. Com efeito, se deflagra o surgimento da síndrome de alienação parental como consequência da família contemporânea, a qual acarreta danos de grande prejudicialidade sobre o desenvolvimento social, psicológico, moral e ético da criança e do adolescente.

---

Parágrafo único. Assegurar-se-á à criança ou adolescente e ao genitor garantia mínima de visitação assistida, ressalvados os casos em que há iminente risco de prejuízo à integridade física ou psicológica da criança ou do adolescente, atestado por profissional eventualmente designado pelo juiz para acompanhamento das visitas.” (BRASIL, 2010).

Em contrapartida, o Estadocria a Lei nº 12.318/10sob a perspectiva de intervir na família visando tornar incólume a criança e o adolescente dos efeitos provocados pela agressão familiar sobre o seu psiquismo, bem como cria mecanismos a fim de inibir os atos alienatórios.

Inobstante, é patente que a alienação parental está cada vez mais recorrente no cotidiano forense. Desta maneira, cabe destacar que apesar da proteção legal existente, a atuação dos operadores do direito não é suficiente para controlar e evitar essa síndrome que dependendo de seu grau de instauração pode ser irreversível, uma vez que a morosidade pelo diagnóstico e pela intervenção é preocupante.

Também, faz-se necessário a capacitação dos profissionais envolvidos nesse nóduloe a realização de um trabalho preventivo e informativo que possa levar ao conhecimento de todos o que é essa síndrome, quais são suas consequências e o que cada um pode fazer dentro do seu próprio núcleo familiar para auxiliar a diminuição dessa problemática, que hoje infelizmente está muito presente.

Portanto, como os envolvidos nesse processo patológico são as crianças e adolescentes em pleno desenvolvimento psicossocial, é cogente advertir que contra esse flagelo é necessáriaa união mais do que nunca do Poder Judiciário, da sociedade e da família vitimada, para lhes assegurar com absoluta e real efetivação os direitos e o respeito à integridade física e psicológica a fim de estancar e curar essa problemática.

## REFERÊNCIAS

ARIÈS. Philippe. **História social da criança e da família**. 2. ed. Rio de Janeiro: LTC Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1981.

BAUMAN. Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. (Coleção Pensamento Crítico, n. 63).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Senado Federal, 1824. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/entenda-o-assunto/constituicoes-brasileiras>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

\_\_\_\_\_. Estatuto da criança e do adolescente. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Código civil de 2002**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 02 fev. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.278**, de 10 maio de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9278.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9278.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei n 12.318**, de 26 de agosto de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm)>. Disponível em: 15 mar. 2012.

BOCK, Ana Mercês Bahia. FURTADO. Odair. TEIXEIRA. Maria de Lourdes Trassi. **Psicologias. Uma Introdução ao Estudo da Psicologia**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAHALI, Yusef Said. **Divórcio e Separação**. 6. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1991.

CALLEGARIS, Contardo. **A psicanálise e o sujeito colonial**. In: Souza, Edson Luiz André de. *Psicanálise e Colonização. Leituras do Sintoma Social no Brasil*. 1999.

LIMA, Ricardo Alves. **Função social da família**. Curitiba: Juruá, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DOR, Joel. Sintomas e Traços Estruturais. In: \_\_\_\_\_. **Estrutura e Perversões**. Porto Alegre: Artes Médicas Editora, 1991.

ENGELS. Friedrich. **A origem da família, da propriedade e do Estado**. 4. ed. Lisboa: Editorial Presença, 1980.

FUKS, Betty Bernardo; OLIVEN, Leonora Roiozen Albek. **Alienação parental: a família em litígio**. Laboratório de estudos contemporâneos. Rio de Janeiro: 2010.

FREUD. Sigmund. Totem e tabu. In: **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas**. Trad. Orizon Carneiro. Rio de Janeiro: Imago, 1996. 8. v.

GOMES. Orlando. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GOMES, Orlando. **Direito de família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GIDDENS, Antony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1992.

LACAN. Jaques. **Os complexos familiares**. Trad. Marco Antônio Coutinho Jorge e Potiguara Mendes da Silva Júnior. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1990.

LAGASTRA. Caetano. **O que é a síndrome da Alienação Parental**. Disponível: <<http://www.conjur.com.br/2011-set-17/guardar-ou-alienar-sindrome-alienacao-parental>>. Acesso em: 28 mar. 2012.

LAMENZA. Francismar. **Os direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes e a discricionariedade do Estado**. Barueri, SP: Minha Editora, 2011.

MADALENO. Rolf. **Curso de direito de família**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES. Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PEREIRA. Rodrigo da Cunha. **Código civil da família anotado**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ROUDINESCO. Elisabeth. **A família em desordem**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

ROUSSEAU. Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito público**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SAMARA. Eni de Mesquita. **A família brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SILVA. José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUSA. Analicia Martins de. **Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família**. São Paulo: Cortez, 2010.

VENOSA. Sílvio de. **Direito civil, direito de família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALD. Arnold. **Direito Civil**. 17. ed. São Paulo: Saraiva: 2002.

## **EDUCAÇÃO JURÍDICA E SUSTENTABILIDADE: PRESSUPOSTO PARA O ESTADO DE DIREITO DO AMBIENTE.**

Domingos Benedetti Rodrigues<sup>1</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho objetiva identificar as contribuições que a educação jurídica, a qual será desenvolvida pelo curso de Ciências Jurídicas e Sociais, poderá trazer para a efetivação do Estado de Direito do Ambiente. Torna-se necessário estudar o assunto, à medida que a sustentabilidade a ser constituída passa pelo esforço conjugado entre o Estado e a sociedade. Isso, conforme preceitua o artigo 225, da Constituição Federal de 1988, mediante o processo de educação ambiental a ser desenvolvido em todos os níveis e modalidades de ensino. A situação problema, advinda da escolha do tema, é saber se a educação jurídica pode constituir-se num caminho para efetivação do Estado de Direito do Ambiente. Dessa forma, a educação republicana com viés ambiental, levando em consideração o princípio da sustentabilidade, pode criar condições para a consolidação da democracia e, assim, justificar paulatinamente a presença do Estado de Direito do Ambiente.

Palavras-chave: educação jurídica - sustentabilidade – estado de direito do ambiente.

### **RESUMÉN**

El presente trabajo posee el propósito de identificar las contribuciones que la educación jurídica, la que será desarrollada por el curso de Ciencias Jurídicas y Sociales, podrá aportar a la concretización del Estado de Derecho del Ambiente. Conforme la sostenibilidad a ser formada pasa por el afán conjugado entre el Estado y la sociedad, se hace necesario estudiar el tema. Eso, de acuerdo con los preceptos del artículo 225, de la Constitución Federal de 1988, mediante el proceso de educación ambiental a ser desarrollado en todos los niveles y modalidades de

---

<sup>1</sup> Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Educação nas Ciências da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas. Graduado em Direito. Graduado na Licenciatura de Artes Práticas – Habilitação em Técnicas Agrícolas. Professor do Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA de Santa Rosa. Coordenador do projeto de pesquisa “Contribuições da Educação Ambiental Formal e Informal para Efetivação do Estado Democrático de Direito ao Ambiente” mantido pelo curso de Direito da FEMA. Professor do Curso de Direito e da Agronomia da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ.. Professor convidado nos cursos de Especializações em Direito Ambiental e Biologia da Conservação da Universidade de Passo Fundo – UPF. Advogado.

enseñanza. La situación problema, advenida de la elección del tema, es saber si la educación jurídica puede constituirse en un camino a la realización del Estado de Derecho del Ambiente. De esa manera, la educación republicana con bias ambiental, llevando en consideración el principio de la sostenibilidad, puede crear condiciones a la consolidación de la democracia y así demostrar gradualmente la presencia del Estado de Derecho del Ambiente.

**Palabras clave:** educación jurídica – sostenibilidad – estado de derecho del ambiente.

## INTRODUÇÃO

A realização deste estudo foi centrada na investigação das possíveis contribuições, que a educação jurídica a ser desenvolvida pelo curso de Ciências Jurídicas e Sociais, poderá trazer para efetivação do Estado de Direito do Meio Ambiente. Como situação problema advinda da escolha do tema, é saber se, a concepção pedagógica e gestão da educação jurídica fundamentada no princípio da sustentabilidade, poderá se constituir num caminho para efetivação do Estado de Direito do Ambiente? A hipótese provável é de que, a educação jurídica promovida mediante o ensino, a pesquisa e a extensão universitária, quando centrada no princípio da sustentabilidade, poderá trazer contribuições significativas para efetivação do Estado de Direito do Ambiente.

A metodologia empregada na construção deste texto foi a seguinte: quanto sua natureza, uma pesquisa teórica; quanto aos seus fins, uma pesquisa de caráter exploratória; quanto a coleta de dados, uma pesquisa qualitativa; quanto ao método de procedimento, uma pesquisa bibliográfica e quanto a análise dos dados obtidos, utilizou-se o método de abordagem dedutivo. Para produção do presente trabalho, optou-se em estruturar o texto em três enfoques. O primeiro aborda o Estado Democrático de Direito e o meio ambiente. O segundo versa sobre o Estado de Direito do Ambiente e a sustentabilidade. Por último, o ensino jurídico e o princípio da sustentabilidade.

## 1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MEIO AMBIENTE

O estudo a ser apresentado neste texto, versa sobre o Estado Democrático de Direito e meio ambiente. Preliminarmente, as atenções se voltam aos aspectos gerais da evolução histórica do Estado, iniciando pelo Estado Antigo até o Estado Democrático de Direito, apontada por autores da Teoria Geral do Estado. Posteriormente, a sua relação com as questões ambientais e a garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como fator da sadia qualidade de vida, como preceitua a Constituição Brasileira de 1988.

O Estado foi sofrendo um longo processo de transformação ou evolução histórica, que vai desde o Estado Antigo até os dias de hoje. Nos seus diferentes momentos, apresentou-se com seus elementos essenciais que o caracterizava, bem como formas próprias de exercício do poder sobre os indivíduos, sobre as coletividades e as sociedades. Por essa razão, os autores da Teoria Geral do Estado, tratam a questão como sendo uma evolução histórica, que sofreu ao longo dos tempos.

Sobre as formas estatais, o Estado Antigo, Oriental ou Teocrático é a forma mais recuada no tempo. Começa a definir-se entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo. O Estado Grego não consistia num Estado único, que envolvia toda a civilização Helênica. Sua característica fundamental eram as Cidades-Estado, ou seja, a polis. O Estado Romano centrado no poder de Roma constituiu-se num grande império de domínio, que teve início em 754 a.C e findou-se com a morte de Justiniano em 565 d.C. O Estado Medieval, considerado por alguns como a noite negra da história da humanidade e glorificado por outros, como sendo o momento em que o mundo teve a noção do universal, a formação das sociedades políticas, separação da religião e do aparelho estatal, grandes descobertas e novos domínios (DALLARI, 2011).

Por sua vez, o Estado Moderno teve como pressuposto a definição do poder de Estado centrado na Teoria dos Três Poderes independentes e harmônicos entre si. Abriu caminho para o Estado de Direito, como fruto dos movimentos burgueses

contra o absolutismo das poderosas monarquias. Surge numa versão absolutista, evolui para a versão liberal, posteriormente assume uma versão social, e, posteriormente, um viés democrático (DALLARI, 2011).

O Constituinte Brasileiro de 1988 ao contemplar o Estado Democrático de Direito em nossa Constituição, o faz com fundamentos numa série de princípios. Araújo, ao mencionar o assunto, elenca os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito no Brasil:

Da constitucionalidade, evidenciando a rigidez da Constituição de 1988, a sua origem calcada na vontade popular e seu caráter vinculante em relação em relação aos poderes e aos atos por eles emanados. O princípio democrático aponta para uma democracia representativa, pluralista, que garante a participação popular no exercício do poder, pelo direito de votar e ser votado. O sistema de direitos fundamentais contempla desde os direitos individuais, passando pelos coletivos, sociais e culturais, dando, assim, uma amplitude às nações de Estado de Direito e Estado Democrático, levando-o a caracterização do Estado Democrático de Direito. O princípio da igualdade (e), consubstanciado no caput do art. 5º da Constituição de 88. (ARAÚJO, 1998, p. 40-41).

Nota-se que o Estado Democrático de Direito está fundamentado numa série de princípios, como afirma o autor em destaque, dentre eles, o sistema de direitos fundamentais. Neste contexto é que vai ser positivado o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito fundamental previsto no art. 225 da Constituição de 1988. É um direito extensivo a todos, independentemente da condição em que o ser humano encontra-se. Assim, a nossa Constituição abre espaço para o denominado direito constitucional do ambiente. Direito que não está previsto somente no dispositivo acima citado, mas, em todo o texto constitucional.

Neste sentido, aponta-se caminho para a “[...] sensibilidade ecológica e a abertura do texto constitucional às gerações de problemas ecológico-ambientais, e, o desenvolvimento do Estado de Direito Democrático e Ambiental[...]”, como afirma Canotilho (2007, p. 1-6).

Com relação ao meio ambiente, a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu art. 225 caput estabelece que “[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a 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 [...]” (BRASIL, 1988), tratando-se de uma categoria denominada de novos direitos. Segundo Wolkmer, os “[...] novos direitos materializam exigências permanentes da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente.” (WOLKMER, 2003, p. 4)

O mesmo autor inclui o direito ao meio ambiente nos direitos de terceira dimensão, como direitos “metaindividuais, direitos coletivos e difusos”, como sendo direitos de solidariedade (WOLKMER, 2003, p. 9). Sendo direitos de terceira dimensão, é correto afirmar, que o autor classifica os direitos em primeira, segunda, quarta e quinta dimensão, estabelecendo cinco categorias de destinatários desses novos direitos. Sobre a questão, Bobbio esclarece que, “[...] é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o ponto que o outro começa[...]” (BOBBIO, 1992, p. 42), sendo, portanto, extremamente variável a definição atribuída pelas sociedades e positivada pelo Estado.

Quando surgem categorias de novos direitos é porque, de certa forma, outras categorias são suplantadas, como afirma o autor em estudo:

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas; o reconhecimento do direito de não ser escravizado, implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado, implica a supressão do direito de torturar. (BOBBIO, 1992, p. 20).

Nesta mesma linha de pensamento é válida a afirmativa de que a definição do direito ao ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito de todos indistintamente, elimina o direito de poluir em nome de qualquer justificativa, que possa ser plausível a geração de renda à uma sociedade. Portanto, ninguém tem o direito de poluir ou agredir o meio ambiente, sob forma de pretexto algum.

Ao falar-se em meio ambiente, se torna imperioso verificar o seu conceito estabelecido pela legislação brasileira. Machado (2013, p. 63) ao referir-se ao tema, destaca o conteúdo do art. 3º da Lei nº 6938/81, Lei que estabelece a Política

Nacional do Meio Ambiente para o Brasil, como sendo “[...] o conjunto de condições, leis, influências e interação de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” (BRASIL, 1981). Trata-se de um conceito, que contempla as teorias do antropocentrismo, ecocentrismo e biocentrismo, com relação a posição do indivíduo e o meio ambiente em vive.

A teoria antropocêntrica explica que o indivíduo encontra-se no centro das preocupações ambientais, ou seja, no centro do universo e tudo deve convergir em seu favor. A teoria ecocêntrica estabelece o revés da primeira, colocando o meio ambiente como o centro de todas as atenções. Por último, a teoria biocêntrica, que procura conciliar as duas teorias mencionadas anteriores, coloca o meio ambiente e o indivíduo em planos iguais de importância e significados (SIRVINSKAS, 2011).

O meio ambiente anteriormente conceituado apresenta uma classificação. Ela está prevista na norma ambiental brasileira. O ambiente natural é formado por todas as formas que a natureza criou ao longo dos seus milênios de anos, como a flora, a fauna, os recursos hídricos, o solo, o subsolo, o ar atmosférico, os recursos minerais e outros. O artificial formado pelo ambiente construído ou reconstruído pelo indivíduo, como sendo o espaço urbano. O ambiente do trabalho integra o espaço interno, bem como sua abrangência externa onde se realizam as atividades laborais do mundo do trabalho. E por último, o ambiente cultural, é aquele composto por todas as formas culturais relativas a uma sociedade ou comunidade, como sendo os prédios históricos, os documentos relacionados ao passado, sítios arqueológicos, praças, monumentos e outros (FIORILLO, 2009).

São nestes ambientes que vivem as mais diversas formas de vida. Elas vão compor a cadeia ecológica necessária à preservação, multiplicação e perpetuação das espécies. É neste contexto que o Estado deve produzir e efetivar a norma de Direito Ambiental voltada à todas as formas de vida, a fim de manter o equilíbrio, e, ao mesmo tempo, garantir o direito ao ambiente saudável, como um direito fundamental, extensivo às presentes e futuras gerações. Assim, estará se criando condições à justificação do Estado de Direito do Ambiente.

## 2 ESTADO DE DIREITO E A SUSTENTABILIDADE

Diante dos apontamentos realizados até aqui, torna-se necessário estudar os fundamentos Estado de Direito do Ambiente e a sustentabilidade, razão pela qual, o momento vigente, é pautado por um modelo de crescimento, que representa grandes transformações sociais, políticas, econômicas, culturais, ambientais e jurídicas, promovendo uma sensação de permanente insegurança para todos. Essas transformações representam uma ameaça ao meio ambiente e a saúde humana. Os problemas ecológicos são seguidos de novos riscos ambientais, que não se traduzem em meras ameaças a integridade física dos indivíduos e os diversos ambientes anteriormente estudados.

Para conceituar sustentabilidade no seu viés social, político, econômico, jurídico, cultural e ambiental, será levado em consideração os princípios da Declaração de Estocolmo Sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, por ser um documento válido para toda a comunidade internacional de Estados (MAZZUOLI, 2008, p. 1083).

Segundo Beck, os riscos ambientais que outrora se constituíam em meras ameaças invisíveis, agora representam uma ameaça visível, como por exemplo, o fenômeno da esqueletização das florestas que avança a passos largos, a poluição das águas superficiais e subterrâneas, a presença cada vez mais intensa de substâncias tóxicas nos alimentos, sem contar com a erosão arquitetônica de edifícios e monumentos decorrentes da poluição. A visibilidade da existência dos riscos está produzindo uma maior conscientização sobre a sua presença e seus efeitos, tanto na ordem internacional, quanto na ordem interna das nações. Essa conscientização dos riscos civilizacionais, que algumas décadas atrás era apenas um fenômeno inconcebível, agora se traduz num fator político entre os povos (BECK, 2011).

Leite e Ayala, ao referenciar a teoria do risco afirmam que, “[...] nas sociedades contemporâneas observa-se a emergência de novas feições de racionalidade social revelada pela forma distinta pelo qual o risco é assimilado e

interpretado nessas sociedades.” (LEITE; AYALA, 2002, p. 14). Estes riscos produzem indeterminações e por esta razão, as “[...] sociedades contemporâneas perdem a segurança produzida pela possibilidade de controlar essas indeterminações.” (LEITE; AYALA, 2002, p. 15) e são obrigadas a conviver com a existência do risco ambiental, por conta do atual modelo de crescimento.

Sendo assim, o Estado deve trabalhar com a presença do risco ambiental, tendo ciência das variáveis que o caracterizam e o que podem representar para os ambientes. Portanto, devem definir políticas de enfrentamento, a partir de modelos de risco, a fim de que sejam criados os elementos, que irão caracterizar os Estado de Direito Ambiental, e, ao mesmo tempo, estabelecer um diálogo transdisciplinar com a sociedade. Esta forma de diálogo irá recuperar a solidão comunicacional, que o transformou em Estado Incompleto. Possibilita a criação das bases para um Estado Integral, que tenha condições de compreender seus problemas ambientais, da forma mais completa possível (LEITE; AYALA, 2002).

Toda a crise ambiental que vivenciamos na atualidade, está proporcionando o surgimento de um novo direito, que é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito voltado às presentes e futuras gerações, bem como a construção das fundamentos para o Estado de Direito do Ambiente. Steinberg menciona que:

[...] as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar de um Estado de Direito Ambiental e Ecológico. O Estado de direito, hoje, só é Estado de direito se for um Estado protetor do ambiente e garantidor do direito ao meio ambiente; mas o estado ambiental e ecológico só será Estado de direito se cumprir os deveres de justicialidade impostos à actuação dos poderes públicos. [...] a justicialidade ambiental deve adequar-se às exigências de um Estado constitucional ecológico e de uma democracia sustentada. (Steinberg, 1998 apud CANOTILHO, 2007, p. 5-6).

O autor afirma que, o Estado de Direito do Ambiente está intimamente ligado à democracia sustentada, cujo fundamento encontra-se no princípio da sustentabilidade. O Estado Democrático de Direito deve constituir-se no garantidor da justiça ambiental, estabelecendo a responsabilidade de longa duração e a solidariedade entre as gerações.

O final do segundo milênio ficou marcado pela saturação do paradigma individualista e predatório da natureza, gerado pela forma como a modernidade se apresentou. Segundo Leff (2011, p. 403)

[...] o mais eloqüente sinal desta falha histórica é a crise ambiental e a reconstrução social a partir de potenciais da natureza e dos sentidos da cultura. A sustentabilidade do desenvolvimento anuncia o limite da racionalidade econômica, proclamando os valores da vida, da justiça social e o compromisso com as gerações vindouras. (LEFF, 2011, p. 403).

Atualmente, a humanidade se encontra em processo de transição dos paradigmas da modernidade individual, para os novos paradigmas que poderão fundamentar o terceiro milênio. Este novo tempo anuncia o surgimento de novas identidades e vislumbram-se novos sentidos de civilização, mobilizados por novos atores sociais. O saber ambiental estabelece a reconstrução da subjetividade e dos sujeitos da história a partir do ser e da outridade do indivíduo, da diversidade dos sujeitos coletivos, da identidade e da memória dos povos originários e a geração de novas formas de posicionamentos a serem tomados pelas coletividades (LEFF, 2011).

O problema da inclusão das diversidades biológicas num sistema cultural democrático é o fato de que, na concepção liberal democrática, a maioria dominante sempre decide em detrimento das minorias, tornando-as excluídas dos processos decisórios em nível de poder de Estado. A respeito da questão, Habermas observa, “[...] quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida. Com isso nega aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetiva igualdade de direitos[...].” (HABERMAS, 2004, p. 170), forçando-os a exclusão do diálogo, do processo decisório e de desenvolvimento da sociedade.

O sujeito da modernidade no seu caráter individual é descentrado por um espaço de convergências fundadas no diálogo da outridade. Este novo paradigma é considerado pelo transmoderno e está disposto a construir, dialogando com tudo o que até agora foi considerado imutável, ou seja, uma transciência, um transdireito e uma transpedagogia (WARAT, 2001).

Azevedo, ao posicionar-se com relação ao desenvolvimento com sustentabilidade, leva em consideração a complexidade da vida e

[...] transmite a idéia que o desenvolvimento deve-se do ponto de vista da hermenêutica jurídica, entendê-la como *utilização sustentável dos recursos ambientais*. [...] a situação do ambiente demanda um repensar do sistema econômico, o que exige uma revalorização da civilização atual em seus múltiplos aspectos, de modo que sejam presididos por *uma ética atenta a um ponto de vista complexo, em conformidade com a complexidade da vida*. (AZEVEDO, 2008, p. 126) [grifo do autor].

Se por um lado, o desenvolvimento econômico precisa levar em consideração a complexidade da vida e a utilização sustentável e racional do meio ambiente, Bauman nos ensina que é “[...] improvável que qualquer modelo com base num único fator seja capaz de dar conta da complexidade do mundo em que se vive e abranger a totalidade da experiência humana.” (BAUMAN, 2005, p. 40). Por outro lado, Freitas afirma que, a “[...] sustentabilidade do desenvolvimento, afastadas as credices no progresso linear e automático, não é, como muitos imaginam, o princípio trivial da continuidade do crescimento econômico cego, a qualquer custo [...]” (FREITAS, 2011, p. 68-69), direcionada a satisfazer os desejos e aspirações individuais imediatas e artificialmente produzidas pelo mercado.

Segundo o mesmo autor “[...] é empática e solidária, ao oferecer condições de universalização da sobrevivência digna.” (FREITAS, 2011, p. 68). Proporciona a solidariedade interpessoal e faz aumentar, de acordo com Ronsavallon, “[...] a visibilidade social e faz emergir de modo mais localizado as necessidades e as aspirações. É permitir que se enxertem na sua expressão formas de socialização transversais e solidariedades curtas [...]” (RONSAVALLON, 1997, p. 96), indissociavelmente ao sujeito mais próximo.

O paradigma do entendimento entre os sujeitos é fundamental, para que ocorra a interação e que coordenem os planos de ação, para as suas aspirações sobre o mundo. Quem participou deste sistema de interação, aprendeu como irão se assumir e administrar-se. Esta atitude dos sujeitos participantes possibilita uma relação consigo mesmo, bem distinta daquela em que o sujeito se transforma num

espectador sobre os acontecimentos no mundo (HABERMAS, 2002). O sujeito passa sofrer um processo de transformação, que o projeta sobre a evolução histórica da sociedade e o mundo que o cerca e abre alternativas de ação em direção a uma nova existência.

Este processo de transformação que o sujeito sofre, pode proporcionar sua emancipação através do conhecimento crítico da sua realidade. Wolkmer, ao estudar a natureza e conceituação da teoria crítica da razão, afirma que se traduz num,

[...] instrumental pedagógico operante (teórico-prático), que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora. Trata-se de uma proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas de experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais. (WOLKMER, 2009, p. 5).

Esta teoria desencadeia uma ação participativa, e ao mesmo tempo, promove a transformação da realidade onde o sujeito encontra-se integrado. O autor (2009, p. 7) deixa claro “[...] que a teoria crítica expressa a ideia de razão vinculada ao processo histórico-social e à superação de uma realidade em constante transformação [...] seus pressupostos de racionalidades são críticos, na medida em que articula, dialeticamente, a teoria com a práxis.” (WOLKMER, 2009, p. 7). Na sequência, Wolkmer contribui com as bases conceituais da teoria jurídica crítica, como sendo a:

[...] formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em cada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica. (WOLKMER, 2009, p. 17).

Ao inserir a teoria crítica no direito, como sendo uma prática pedagógica a ser utilizada no ensino jurídico, é importante que se rompa com certos discursos e comportamentos próprios do paradigma estritamente individual da modernidade,

muito deles ainda presentes nas escolas de ensino jurídico. Com isso, criar uma forma teórico-prática, que aproxime o exercício reflexivo da realidade fática onde está inserido o sujeito e onde irá desenvolver sua atividade profissional, operacionalizando outras diferenças que levam a sua emancipação, como parte integrante de um contexto.

Santos, ao referir-se sobre a teoria crítica, sugere uma teoria crítica pós-moderna, que seja centrada num pensamento alternativo de alternativas, que tenha capacidade de solucionar problemas criados pela modernidade, com soluções que não sejam especificamente só da modernidade (SANTOS, 2000). Nesta mesma linha de pensamento defendida pelo autor, é importante aproveitar da tradição, tudo aquilo que ela pode contribuir para a atualidade, sem, contudo, ficar preso aos paradigmas que a caracterizaram.

A modernidade centrada no caráter individual e exploratório nos deixa um legado de comprometimento para com o meio ambiente. São problemas a serem enfrentados pelas atuais gerações. Para tanto, a sociedade sustentável apresenta um pré-requisito de suma importância, que se traduz no desenvolvimento duradouro. Boff estabelece que:

Sustentável é a sociedade ou o planeta que produz o suficiente para si e para os seres dos ecossistemas, onde ela se situa; que toma da natureza somente o que ela pode repor; que mostra um sentido de solidariedade geracional, ao preservar para as sociedades futuras os recursos naturais de que elas precisarão. Na prática a sociedade deve se mostrar capaz de assumir novos hábitos e de projetar um tipo de desenvolvimento que cultive o cuidado com os equilíbrios ecológicos e funcione dentro dos limites impostos pela natureza. Não significa voltar ao passado, mas oferecer um novo enfoque para o futuro comum. Não se trata simplesmente de não consumir, mas de consumir responsabilmente. (BOFF, 1999, p. 137).

Canotilho, por sua vez, destaca três fatores importantes, para que ocorra o desenvolvimento do Estado de direito democrático e ambiental (CANOTILHO, 2007). O estabelecimento da responsabilidade de longa duração, adoção dos princípios da solidariedade entre gerações e do risco ambiental proporcional.

É imperioso, neste momento, destacar o disposto do artigo 225 caput da Constituição Brasileira de 1988. Seu texto aborda a responsabilidade de longa

duração ao estabelecer que: “[...] todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988).

Portanto, a responsabilidade de longa duração, os princípios da solidariedade e do risco ambiental proporcional devem ser levados em consideração pelo Estado e pela sociedade por ocasião do planejamento, da execução e da avaliação das políticas ambientais, caracterizando-se em pressupostos da democracia ambiental. Sendo assim, o Estado de Direito do Ambiente, passa pela justificação do Estado Democrático de Direito.

### **3 ENSINO JURÍDICO E O PRINCÍPIO DA SUSTENTABILIDADE**

É pelo viés da sustentabilidade, que será tratado o ensino jurídico. Através dele que se verificará o papel a ser exercido pela comunidade acadêmica, neste momento de grandes desafios que se colocam diante da universidade, especialmente ao curso de Direito, objeto deste estudo. Desafios estabelecidos pela própria Constituição Brasileira, quanto à educação ambiental e a sustentabilidade em todos seus aspectos.

Mediante um projeto político-pedagógico e um currículo, que contemple dentre fatos o princípio da sustentabilidade, é que o interpenetre situado na sua realidade social circundante, poderá contribuir para a efetivação do Estado de Direito do Ambiente. Poderá fazê-lo através da sua ação educativa, que se traduz uma prática socializante, estabelecendo uma interação com os diversos conhecimentos e sujeitos do processo de ensino-aprendizagem. Marques (2002, p. 87) ao referir-se aos atuais currículos escolares justifica:

Configuram-se como mera justaposição de disciplinas auto-suficientes, grades nas quais os conhecimentos científicos reduzidos a fragmentos desarticulados se acham compartimentados, fechados e incomunicáveis com as demais regiões do saber. A elaboração cognitiva faz-se em negação das complexidades do mundo da vida, dos engajamentos humanos e da questão dos valores, questão política, em que implica. [...] O método se

reduz a procedimentos táticos em sala de aula. Predominam os testes precisos (“objetivos”) na avaliação do desempenho comportamental e na mensuração dos resultados de aprendizagem cognitiva. (MARQUES, 2002, p. 87).

A interlocução dos saberes é condição específica na construção dos currículos escolares da atualidade, por reunir condições de levar em consideração toda a complexidade humana e social onde a escola está inserida. Portanto, a abertura dos sistemas de ensino e a comunicação das várias áreas do conhecimento, são condições importantes, para repensar o plano de ensino, o currículo escolar e o próprio projeto político-pedagógico do curso de Direito. Fator importante para o educando construir uma visão crítica da realidade, ter condições de inserção nela, e ao mesmo tempo, participar ativamente no processo de construção ou reconstrução de novos paradigmas.

Freire, sobre o ato de ensinar, menciona que a educação é uma forma de intervenção no mundo e não é neutra. Assim:

Outro saber de que não posso duvidar um momento sequer da minha prática educativo-crítica é o de que, como experiência especificamente humana, a educação é uma forma de intervenção no mundo. Intervenção que, além do conhecimento dos conteúdos bem ou mal ensinados e/ou aprendidos, implica tanto o esforço de reprodução da ideologia dominante quanto o seu desmascaramento. Dialética e contraditória, não poderia ser a educação só uma ou outra dessas coisas. Nem apenas reprodutiva nem apenas desmascaradora da ideologia dominante. (FREIRE, 2011, p. 96).

A escola universitária, em sua autonomia educacional não é neutra na sua ação pedagógica, nem na definição dos cursos a serem oferecidos e nem tão pouco construção dos seus currículos e conteúdos a serem ministrados. Giannotti, ao analisar o papel da universidade brasileira destaca duas vantagens muito significativas, quanto a sua autonomia, quais sejam:

Primeiro o sistema não pode ser visto tão-só em função do cumprimento de suas três tarefas básicas (pesquisa, docência e prestação de serviços), espécie de empresa destinada a produzir certo output. Também consiste numa forma de socialidade, num modo de vida pelo qual pessoas se formam e interagem através de certas regras e objetos domesticados. Possui, portanto uma história passada e contemporânea, que lhe confere

feições e vicissitudes próprias. Segunda: a universidade é ainda uma das formas mais cruciais pela qual o país se expõe ao mundo, encontra sua identidade na medida em que traduz suas experiências particulares na linguagem da civilização e da barbárie. (GIANNOTTI, 1987, p. 19).

É neste contexto de autonomia que o autor define, mas acima de tudo, é uma autonomia conferida pela própria Constituição Federal de 1988 em seu art. 207 caput, estabelecendo que elas gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, obedecendo ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão. São requisitos fundamentais, para que as mesmas possam construir ou reconstruir o projeto político-pedagógico dos seus cursos, estabelecendo em seus currículos a interação dos diversos saberes. Também definir claramente o papel a ser exercido pelos gestores e educadores, que pode ser em favor da sustentabilidade. Contudo, contribuir para justificação do Estado de Direito do Ambiente, mediante a emancipação dos sujeitos nela inseridos ou interligados, conhecendo a tradição. Fensterseifer, ao tratar dos paradigmas emancipatórios esclarece:

Para que isso se coloque como possibilidade, no entanto, deve-se tomar o sujeito como efeito de processos de subjetivação e a realidade como construção histórica. Esta historicidade dos sujeitos e do mundo é o espaço possível da educação e do exercício da cidadania, e a consciência desta "plasticidade" dos sujeitos e do mundo é que nos possibilita pensar uma educação emancipatória. (FENSTERSEIFER, 2010, p. 55).

O ensino jurídico no Brasil, apesar de toda reestruturação sofrida nos últimos anos, sobre tudo, a partir da Constituição Federal de 1988 e dos regulamentos trazidos pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei nº 9394/96, apresenta deficiências no tocante a pesquisa e extensão. Continua fortemente centrado no processo do ensino.

Suas características encontram-se centradas ao velho modelo de ensino centrado na figura do professor, como principal protagonista, e o acadêmico, como mero espectador da transmissão dos ensinamentos pré-estabelecidos. Prevalece a ideia de que, códigos, sala de aula, giz, manuais de direito e um conjunto de processos findos, são suficientes para trabalhar a ciência jurídica e social. Em

segundo plano, encontra-se a pesquisa jurídica e as atividades de extensão a serem realizadas junto à sociedade onde o curso está inserido. Esta metodologia presa ao dogmatismo e positivismo jurídico puro, relegou os cursos de Direito ao distanciamento com relação ao ensino de outras ciências. (SANTOS; MORAIS, 2007).

Rocha, ao tecer anotações a respeito do ensino jurídico no Brasil, aponta para formação de uma nova cultura jurídica e destaca três aspectos relevantes, quais sejam: “[...] racionalidade institucional, reforma epistemológica e conjuntura política[...]” (ROCHA, 1998, p. 151), como sendo fatores necessários à reforma do ensino de direito nas universidades brasileiras.

Pensar o ensino do direito centrado na sustentabilidade, como um pressuposto para justificação do Estado de Direito Ambiente, parece plausível que os cursos de Direito passem por uma reforma epistemológica, e, ao mesmo tempo, adquira uma afeição holística. Fagúndez define holismo, como sendo algo que “[...] traz uma visão integral do homem e busca, sobretudo, o resgate da concepção ética.” (FAGUNDEZ, 2000, p. 52-53). Segue afirmando que:

[...] trata-se de um meio imprescindível para que se tenha uma nova concepção do Direito, vale dizer, de considerar o sistema jurídico como um sistema interdependente dos demais. Em verdade, repensar o Direito, significa repensar a sociedade. Libertar o Direito dos compartimentos que lhe foram impostos significa libertar a sociedade dos paradigmas preestabelecidos. Reunificar os conhecimentos, inseridos em diversos compartimentos, historicamente é um passo importante na busca da verdade, esteja ela onde estiver. (FAGUNDEZ, 2000, p. 52-53).

Segundo o autor, o ensino do Direito deve passar por um processo de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade. Precisa reunificar os diversos compartimentos existentes entre os componentes curriculares do curso e o distanciamento existente entre os cursos da mesma Instituição.

Pensar a contribuição que o ensino jurídico possa trazer para justificação do Estado de Direito do Ambiente, torna-se imperioso conhecer os princípios que irão fundamentá-lo. No dizer de Canotilho, funda-se num Estado Democrático de Direito Ambiental, cujos princípios da responsabilidade de longa duração, da solidariedade

entre as gerações e do risco ambiental proporcional vão constituir sua base de sustentação (CANOTILHO; LEITE, 2007).

Para instituir um processo de ensino aprendizagem centrado na sustentabilidade, e assim trazer contribuições à justificação do Estado de Direito ao Ambiente, é preciso levar em consideração que, o direito ao meio ambiente equilibrado é considerado um direito universal de todos, como fora salientado anteriormente.

Construir o Estado de Direito ao Ambiente seguido de uma justiça democrática, exige o exercício de uma cidadania participativa. Ela vai centrar-se numa ação conjunta da sociedade e do Estado, enquanto instância pública. É necessário uma visão solidária sobre as responsabilidades difusas de proteção do meio ambiente. Portanto, com mudanças para a responsabilidade solidária e de longa duração entre a sociedade e Poder Público, os ideais de preservação ecológica poderão ser alcançados (LEITE; AYALA, 2002).

Contudo, educação e cidadania não pode constituir-se num apêndice da política a ser determinada por governos passageiros, onde o Poder Público aposta num produto final oriundo da escola. A escola não produz o cidadão, como se fosse um resultado esperado, mediante investimentos realizados pelo Estado e pela sociedade. A educação para a cidadania será sempre uma aposta e não uma certeza absoluta, que seu egresso terá uma vida ativa. O cidadão vai existir, quando tiver visibilidade pública, através da fala e sua atitude de opinar (doxa), que faz diante da pluralidade de pontos de vista encontrados no espaço público. Neste contexto, a doxa será disputada, juntamente contra outras perspectivas, no sentido de construir significados, que sejam comuns a todos (BRAYNER, 2008).

A doxa disputada no espaço público ou republicano sobre questões de meio ambiente, será no sentido de produzir significados comuns a respeito da sua importância, do interesse de todos sobre os bens ambientais e da responsabilidade compartilhada entre Poder Público e sociedade. Tudo isso, com vistas a sua preservação voltada às presentes e futuras gerações. O aluno que frequenta o ensino jurídico, ou, até mesmo o egresso, se constitui num potencial para aparecer no

espaço público, e, compartilhar da construção desses significados comuns, que envolvem as questões ambientais. São momentos de exercício da cidadania ambiental participativa própria da educação republicana. Para tanto, o curso de Direito no Brasil está desafiado pela Constituição de 1988, artigo 225, parágrafo 1º, VI, a promover a educação ambiental de forma holística, mediante as práticas do ensino, de pesquisa e de extensão universitária (BRASIL, 1988).

Esta visão holística do ensino do direito, permite um relacionamento mais estreito e uma visão crítica, com as outras áreas do conhecimento. Uma concepção integral do sujeito e o mundo que o cerca. A interdisciplinaridade entre os componentes curriculares, a transdisciplinaridade entre os cursos da mesma instituição universitária e os intercâmbios interinstitucionais, são fatores decisivos para as novas relações a serem produzidas entre o ensino, a pesquisa e a extensão. Essas relações fundamentadas no princípio da sustentabilidade, levando em consideração a sua versão jurídica, social, política, econômica, cultural e ambiental, a fim de que se vislumbre, paulatinamente, a justificação do Estado de Direito do Ambiente, mediante uma educação republicana.

Brayner aponta para a necessidade da escola estabelecer suas relações com a sociedade, através da sua ação educativa com o outro (BRAYNER, 2008). Uma relação de outridade. Constituir-se, portanto, num espaço motivado pela palavra, atribuindo sentido ao mundo que “perdeu sua forma”. Pensa que isso poderia ser num atributo da escola republicana. A sua organização disciplinar será organizada com o desiderato de estimular o pensamento, formar para o julgamento, sensibilizar para a continuidade e encorajar a profundidade. A educação deve ser política, sem exercer a politização para fins políticos-ideológicos, ou de interesses de grupos. A opção por uma educação centrada nos ideias republicanos, justifica-se na medida que, em todo ato educativo está em jogo a certeza da continuidade de um mundo especificamente humano e a preocupação de um mundo comum.

Diante dessa premissa, a universidade está diante de grandes desafios. São desafios extensivos aos seus gestores e a toda comunidade acadêmica. No olhar de Franztz:

Esse é um dos núcleos centrais da gestão universitária, tanto nos seus aspectos políticos quanto econômicos. A gestão universitária consiste em um processo complexo de dimensões culturais, políticas, sociais e técnicas. A prática da gestão universitária não deve ser “atrelada” a grupos de interesse, sejam eles do campo da política ou da economia. Antes disso, para a universidade está colocado o desafio de se somar ao grande movimento social que tenha como orientação a superação constante das contradições sociais que interfiram, negativamente, na qualidade de vida e de sua sustentabilidade, em todas as suas dimensões. (FRANSTZ, 2013, p. 28).

Cabe ressaltar, que aos gestores, aos professores, aos alunos e toda a comunidade acadêmica da instituição de ensino superior, e, no caso específico desse texto, o curso de Direito, o desafio de criar condições, para que o ensino jurídico, a pesquisa e a extensão universitária, sejam fatores de superação das contradições sociais responsáveis pelo comprometimento da sadia qualidade de vida. Ao mesmo tempo, construa caminhos para a sustentabilidade em todas as suas dimensões, especialmente, na dimensão social, política, econômica, jurídica, cultural e ambiental.

## CONCLUSÃO

As sociedades em geral encontram-se num período de afirmação do Estado Democrático de Direito positivado nas suas Constituições, como é o caso do Brasil. Nem mesmo a sua aplicabilidade está ocorrendo na sua plenitude, e, nem tão pouco, os requisitos do Estado de Direito ao Ambiente estão plenamente efetivados. Para tanto, acredita-se que a concepção pedagógica e gestão do ensino jurídico no curso de Ciências Jurídica e Sociais, e que esteja fundamentado no princípio da sustentabilidade, pode se constituir num caminho para efetivação do Estado de Direito do Ambiente.

A ideia de sustentabilidade leva as atuais sociedades ao compromisso com as gerações futuras, bem como a necessidade da sobrevivência aliada aos instrumentos de conservação. Ela não está fundamentada na valorização econômica do meio ambiente, nem nas taxas de descontos econômicos e nem será internalizada

numa racionalidade ecológica dos ciclos econômicos. Emerge de um mundo cercado na ideia do absoluto, do individual e das ideias universalizadas do mercado, para um projeto de emancipação de liberdade dos potenciais da diversidade biológica e cultural. Constitui-se na abertura dos sentidos da história e da existência, para um espaço em que articula as diversas ciências transformadas por um saber ambiental (LEFF, 2011).

Portanto, o Estado de Direito Ambiental é um conceito teórico-abstrato que vai reunir elementos jurídicos, sociais e políticos. Seu objetivo é buscar uma situação favorável à plena satisfação da dignidade da pessoa humana em harmonia com os ecossistemas. Torna-se importante ressaltar que, a sua necessária normatização jurídica, é apenas uma faceta do complexo de realidades que se relacionam com a ideia do Estado de Direito do Ambiente (LEITE, 2007). Neste ínterim, é que será levado em consideração o papel a ser exercido pelo curso de Direito.

A contribuição que o ensino jurídico poderá trazer, está relacionada ao projeto político pedagógico do curso de Direito, ao seu currículo, aos planos de ensino e na formação de educadores, que exercerão a educativo jurídica constituída pelo ensino, pela pesquisa e pela extensão universitária, tendo como pressuposto, a sustentabilidade em seus aspectos jurídico, social, político, econômico, cultural e ambiental.

O ensino do direito através da teoria crítica legitima-se, como um caminho para se chegar ao novo direito. Trata-se de um longo processo pedagógico de grande importância, pois o pensamento jurídico crítico (enquanto “crítica jurídica” emancipatória), assume papel de fundamental importância no momento de transição da dogmática jurídica liberal e do insurgente no âmbito de inserção do Direito. A construção teórico-prática do pensamento jurídico crítico, coaduna-se com o estatuto epistemológico e pedagógico a ser construído, e que o mesmo seja capaz de mobilizar os sujeitos históricos. Criam-se desta forma, as condições da passagem do paradigma legal individualista, para eficácia da juridicidade humanizadora, democrática, e, ao mesmo tempo pluralista (WOLKMER, 2009).

O instrumental pedagógico teórico-prático está fundamentado no papel a ser exercido pelos educadores do curso de Direito, como agentes sociais, possuidores de uma concepção racionalizada de mundo, antidogmática, participativa e transformadora. Nesta concepção, a universidade, ao formar os profissionais, será uma protagonista, que vai promover o debate com a sociedade sobre a efetivação do Estado Democrático de Direito previsto na sua Constituição, como sendo, um possível caminho para efetivação do Estado de Direito do Ambiente.

Portanto, a educação jurídica universitária fundada nos princípios republicanos com viés ambiental, que apresente contornos de sustentabilidade, cujo centro das atenções seja a qualidade de vida para as presentes e as futuras gerações, como assim preceitua o artigo 225 da Constituição de 1988, se apresenta como um debate necessário a ser realizado pela comunidade acadêmica. Diante do disposto, o curso de Direito pode trazer contribuições significativas, para o desenvolvimento com sustentabilidade, e, ao mesmo tempo, criar as condições necessárias, para efetivação do Estado de Direito do Ambiente.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Elisabete; ANDRIOLI, Liria Ângela; FRANSTZ, Walter (Org.). **Educação no Contexto da Globalização**. Ijuí: Unijuí, 2013.
- ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso. **O Acesso à Terra no Estado Democrático de Direito**. Frederico Westphalen: Ediuri, 1998.
- AZEVEDO, Plauto Faraco. **Ecocivilização**. Ambiente e direito no limiar da vida. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- BECK, Ulrich, **Sociedade de Risco – Rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34 Ltda, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRAYNER, Flávio. **Educação e Republicanismo**. Experimentos arendtianos para uma educação melhor. Brasília: Liber Livro, 2008.

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar: ética do humano: compaixão pela terra**. 16. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Holismo**. Introdução a uma visão jurídica de integridade. São Paulo: LTr, 2000.

FENSTERSEIFER, Paulo Evaldo. **Contexto e Educação**. Revista do Programa de Pós-Graduação em Educação nas Ciências - Educação popular. Educação popular e paradigmas emancipatórios. Ano XXV Jan./jun. 2010. Nº 83. ISSN 012-8758. Ijuí: Unijuí, 2010.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito do futuro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIANNOTTI, José Arthur. **A Universidade em Ritmo de Barbárie**. Brasília: Brasiliense, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **A Inclusão do Outro: estudos de teoria política**. Paulo: Edições Loyola, 2004.

\_\_\_\_\_. **O Discurso Filosófico da Modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEFF, Enrique. **Saber Ambiental**. Sustentabilidade. Racionalidade. Complexidade. Poder. São Paulo: Editora Vozes, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiro, 2013.

MARQUES, Mário Osório. **Educação nas Ciências**. Interlocução e complementariedade. Ijuí: Unijuí, 2002.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus Editora, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Os Novos Direitos no Brasil**: natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

RONSAVALLON, Pierre. **A Crise do Estado Providência**. Goiânia: UnB, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da Razão Indolente**: contra o desperdício da experiência. São Paulo: Córtes, 2000.

SANTOS, André Leonardo Copetti; MORAIS, José Luis Bolzan de. **O Ensino Jurídico e a Formação do Bacharel em Direito**: diretrizes político-pedagógicas do curso de direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

## **GUANTÁNAMO: UMA AFIRMAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO.**

Cláudio Rogério Sousa Lira<sup>1</sup>  
Carine Trevisol<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Atualmente, em meio aos riscos constantes da sociedade, que crescem a cada dia, as pessoas clamam por segurança e pelo banimento dos cidadãos que agem contra a lei. Para isso, os Estados, na busca pela tão clamada “segurança” aos seus cidadãos, acabam criando medidas legais de exceção para combater as ameaças existentes, o que implica muitas vezes em graves violações aos direitos humanos. Esta realidade foi desvelada de forma especial no Pós-11 de Setembro de 2001, quando os Estados Unidos da América promulgaram as políticas de exceção e de combate ao terrorismo, declarando uma verdadeira “guerra ao terror”. Foi em meio a esta guerra ao terror que Guantánamo, uma prisão mantida pelo Governo Norteamericano na Baía de Guantánamo, em Cuba, chocou o mundo por abrigar detentos suspeitos de praticarem atos de terrorismo, os quais recebiam tratamentos desumanos e eram vítimas da prática de torturas físicas e psicológicas. Assim, este artigo visa a analisar a prisão de Guantánamo como uma afirmação do Direito Penal do Inimigo, uma vez que as práticas adotadas em seu interior evidenciaram um tratamento diferenciado aos “inimigos”, combatidos e tratados como “não-pessoas”, embora tais medidas fossem justificadas pela necessidade de proteger e de garantir a segurança dos cidadãos norte-americanos.

Palavras-chave: direito penal do inimigo – políticas de segurança – estados unidos – guantánamo.

### **RESUMEN**

Hoy en día, en medio de los constantes riesgos de la sociedad, que crecen todos los días, la gente llama para la seguridad y para la expulsión de ciudadanos que actúan en contra de la ley. Para ello, establece en su búsqueda de la clamada como "seguridad" a los ciudadanos, terminan creando excepción acciones legales para combatir las amenazas existentes, que a menudo involucra en violaciones graves de los derechos humanos. Esta realidad se dio a conocer de una manera especial en el 11 después de septiembre de 2001, cuando Estados Unidos

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Especialista, Graduado em Direito e em Ciências Contábeis pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo, Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis e servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: crlira@mp.rs.gov.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pela Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), servidora do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: ctrevisol@tj.rs.gov.br.

promulgaron la excepción de orden y de lucha contra el terrorismo, que se declara una "guerra contra el terror" real. Fue en medio de esta guerra contra el terrorismo que Guantánamo, una prisión mantenida por el Norteamericano de Gobierno en la Bahía de Guantánamo, Cuba, sorprendió al mundo de los internos de la vivienda sospechosas de haber cometido actos de terrorismo, que ha recibido un trato inhumano y fueron víctimas de la tortura física y psicológica. Por lo tanto, este artículo tiene como objetivo analizar la prisión de Guantánamo como una afirmación del derecho penal del enemigo, ya que las prácticas adoptadas en su interior mostraron un trato diferenciado a los "enemigos", dirigida y tratados como no personas, aunque estas medidas fueron justificado por la necesidad de proteger y garantizar la seguridad de los ciudadanos estadounidenses.

Palabras clave: derecho penal del enemigo - políticas de seguridad - estados unidos - guantánamo.

## INTRODUÇÃO

O Direito Penal sempre teve papel fundamental na evolução da humanidade, tanto pela função de solucionar lides, quanto pela função de punir aquele indivíduo que cometesse um ato que não estava dentro dos padrões morais da época, exigidos pela sociedade.

Atualmente, a sociedade vive na chamada "sociedade do risco", haja vista a existência de novas figuras no mundo da criminalidade, as quais ultrapassam as fronteiras nacionais, atingindo níveis internacionais.

A partir destes novos desafios enfrentados pela sociedade, na busca pela segurança, os cidadãos cobram do Estado medidas céleres e efetivas de combate ao fenômeno da criminalidade. Porém, o Estado, no intuito de tentar passar aos seus cidadãos esta "clamada" sensação de segurança, acaba criando medidas de segurança de exceção e, sob o manto de legalidade, restringe, por vezes, direitos e garantias fundamentais.

Diante disso, surge a Teoria do Direito Penal do Inimigo, a qual diferencia o cidadão do inimigo, este assim definido por violar as normas da sociedade ou do chamado contrato social e não possuir os direitos garantidos aos demais cidadãos, passando a ser combatido por ser considerado uma "não-pessoa".

Assim, se verá que o Direito Penal encontra-se em uma constante evolução, adaptando-se às novas realidades e tipificando novas condutas ilícitas com normativas mais severas. É o que se verifica nos Estados Unidos da América, que passaram a adotar medidas de segurança de exceção, no Pós-11 de Setembro de 2001, sob a alegação de garantir a segurança de seus cidadãos.

Os atentados de 11 de setembro de 2001 revelaram para o mundo uma nova política de segurança adotada pelos Estados Unidos, quando declarou uma verdadeira “guerra ao terror”, no intuito de punir os alegados “inimigos terroristas”. Nessa esteira, é possível referir como uma política de segurança o *Patriot Act*, o criado em 26 de outubro de 2001, como resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro, cujo objetivo principal é a prisão e a punição dos culpados pelo ataque e impedir a ocorrência de novos ataques.

Foi nesse período que a prisão de Guantánamo, mantida pelos Estados Unidos da América ganhou repercussão mundial por “abrigar” os suspeitos de terrorismo, sem direito a um julgamento justo e sofrendo os mais variados tipos de tortura.

Os fatos demonstrados suscitam diversos questionamentos acerca da temática apresentada. No entanto, o foco da presente pesquisa encontra-se em responder se as práticas adotadas pelos Estados Unidos da América, no interior de Guantánamo, no Pós-11 de Setembro de 2001, configuram o Direito Penal do Inimigo, como uma forma de segurança e de proteção frente aos alegados “inimigos terroristas”.

Além disso, o objetivo deste artigo é fazer uma breve análise dos aspectos teóricos da corrente criminológica do Direito Penal do Inimigo, analisar o *Patriot Act* como uma política de exceção e de segurança antiterrorista criada pelos Estados Unidos da América no Pós-11 de Setembro de 2001, frente à ameaça terrorista e, por fim, investigar e apresentar o contexto histórico do surgimento da prisão de Guantánamo e as práticas adotadas em seu interior, perquirindo se sua criação se coaduna com o Direito Penal do Inimigo.

## 1 O INIMIGO NO DIREITO PENAL

O Direito Penal ao longo dos anos passou por uma série de mudanças em razão da evolução da sociedade e do aumento dos riscos vivenciados, tendo este que evoluir juntamente com as novas formas de criminalidade que surgem a cada dia, acarretando, assim, no Direito Penal estudado nos dias de hoje.

Diariamente, o Estado se depara com novas situações, novos riscos, novos desafios na busca pela tão clamada “segurança” aos seus cidadãos. Isso porque, juntamente com os fenômenos econômicos e sociais da globalização, surgiram também novas formas de criminalidade, que ultrapassam as fronteiras estatais e ameaçam o Estado e seus cidadãos.

A nova sociedade, globalizada e moderna, propiciou o aparecimento de novos riscos e sentimentos de insegurança, como reflexo do desenvolvimento acelerado das grandes cidades, da migração de pessoas, dos avanços tecnológicos, da ausência de fronteiras e da versatilidade do fluxo de capitais circulantes no mundo, dentre outros tantos fatores. Essas transformações operadas na realidade social contemporânea trazem em seu bojo a preocupação cada vez mais crescente com novas formas de criminalidade, ínsitas à sociedade de risco, que se configura (CALLEGARI; DEZZORDI, 2009).

Nesse sentido, vários autores retratam e discutem questões sobre os riscos existentes hoje em nossa sociedade, haja vista que estes são presença constante em nossa vida ao longo do tempo.

Conforme Ulrich Beck,

[...] na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada sistematicamente pela produção social de riscos. Consequentemente, aos problemas e conflitos distributivos da sociedade da escassez sobrepõem-se os problemas e conflitos surgidos a partir da produção, definição e distribuição de riscos científico-tecnologicamente produzidos. (BECK, 2010, p. 24).

Ou seja, para o autor acima mencionado os riscos presentes na sociedade atual, estão diretamente ligados ao contexto social decorrente da produção social de riqueza, bem como às tecnologias cientificamente produzidas.

Nesse contexto, imperioso transcrever o conceito de sociedade do risco, nas palavras de Navarro e Cardoso, para quem, “[...] no sentido de uma teoria social e de um diagnóstico de cultura, o conceito de sociedade de risco designa um estágio da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial.” (NAVARRO; CARDOSO, 1997, p. 17).

Logo, verifica-se que os riscos constantes hoje na sociedade, decorrem basicamente das tecnologias desenvolvidas pela própria humanidade, em um processo desenfreado de industrialização, sempre na incessante busca pelo conforto, praticidade e eficiência para as presentes e futuras gerações.

Em meio a este cenário, surge a Teoria do Direito Penal do Inimigo<sup>3</sup>, classificando uma parcela dos cidadãos como “inimigos”. Na concepção desta teoria, “[...] quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.” (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 40).

Ademais, entende-se, nessa esteira, que o indivíduo que viola as normas da sociedade ou o chamado contrato social, não pode ser tratado como um cidadão, mas como um inimigo da comunidade, como uma “não-pessoa”. Nesse sentido, Valente ensina que

[...] se actua fora do Estado legal, o infrator pode “ser destruído como um leão ou um tigre, um desses animais selvagens com os quais o homem não pode viver em sociedade, nem em segurança”. Pois, todas “as ofensas que podem ser cometidas no estado de natureza podem ser também punidas no estado de natureza com um castigo igual e tão severo como no seio de uma comunidade política”. O indivíduo, por meio do crime, “degenera e declara

<sup>3</sup> A teoria do Direito Penal do Inimigo foi desenvolvida pelo doutrinador alemão Günther Jakobs em 1985. Defende ela que devem existir dois tipos de direito: um voltado ao cidadão e outro para o inimigo. Ao cidadão, quando comete um crime é aplicado o devido processo legal com a aplicação de uma pena e este continua no status de cidadão. Já o inimigo, é considerado não-pessoa. Por não oferecer segurança social, não é aplicada a pena, mas sim medidas de segurança implicando na relativização/supressão de alguns direitos fundamentais ( MORAES, 2006).

abandonar os princípios da natureza humana para viver como uma criatura nociva”, e, uma vez que “declara que vive segundo uma outra regra que não a da razão e da equidade comum, (...), ele torna-se perigoso para o gênero humano”. (VALENTE, 2010, p 16).

Assim, da análise do entendimento de Valente acima retratado, percebe-se que aquele indivíduo que viola as normas e preceitos legais da sociedade como um todo, não possui sequer o direito de viver em sociedade, devendo, ao contrário, ser punido na proporção de sua periculosidade.

Igualmente, cabe transcrever as considerações feitas por Juliana Cristina de Oliveira Buchas, ao mencionar que o Direito Penal do Inimigo surgiu em meio aos novos delitos da sociedade atual, onde vê-se a necessidade de diferenciar o cidadão do inimigo do Estado. Veja-se:

Com o surgimento de novos delitos decorrentes dos riscos pós modernos e a expansão do Direito Penal, como consequência do aumento das tipificações, surgiu uma situação em que o Direito tem que acompanhar a evolução dos criminosos e se adequar juridicamente para proteger a sociedade. Por esses motivos, doutrinadores como Günther Jakobs, da Alemanha, defendem que a teoria do “Direito Penal do inimigo”, que consiste na separação dos criminosos em duas categorias: os primeiros continuariam a gozar do status de cidadão, e uma vez que infringissem a lei, teriam ainda o direito ao julgamento dentro do ordenamento jurídico estabelecido, com as garantias penais e processuais penais asseguradas, os outros, no entanto, seriam chamados de inimigos do Estado, cabendo a estes um tratamento rígido e diferenciado, sem que fossem asseguradas quaisquer garantias destinadas aos cidadãos. Os inimigos perderiam os direitos e às garantias legais, e dentre esses inimigos o doutrinador cita os terroristas, traficantes, membros de organizações criminosas, dentre outros. (OLIVEIRA BUCHAS, 2012).

Com efeito, em meio à evolução da sociedade e ao aumento de delitos, deve o Direito Penal se adaptar à referida realidade, para, dessa forma, efetivamente, oferecer segurança a seus cidadãos, tipificando novas condutas ilícitas que surgem com o passar dos anos, sem, contudo, reduzir/suprimir direitos e garantias fundamentais, conquistadas a duras penas. Consoante a doutrina do Direito Penal do Inimigo, aquele indivíduo que é considerado inimigo da sociedade, não possui quaisquer direitos ou garantias asseguradas aos cidadãos, haja vista que devem ser tratados de maneira rígida e diferenciada, à altura de sua condição de “não-pessoa”.

Nesse sentido, Jakobs e Meliá retratam que o Direito Penal admite dois polos ou tendências em suas regulações, a saber:

Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. Um exemplo do primeiro tipo pode constituir o tratamento dado a um homicida, que, se é processado por autoria individual só começa a ser punível quando se dispõe imediatamente a realizar o tipo, um exemplo do segundo tipo pode ser o tratamento dado ao cabeça (chefe) ou quem está por trás (independentemente de quem quer que seja) de uma associação terrorista [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2010, p. 36).

Conforme Zaffaroni, a teoria do Direito Penal do Inimigo foi criada Jakobs como sendo um tratamento diferenciado dado a alguns delinquentes, em especial aos terroristas, que deveriam ser tratados como não-pessoas e por não serem alcançados pelos princípios do direito penal liberal (ZAFFARONI, 2011, p. 155-156).

Nesse sentido, importa transcrever o conceito de Direito Penal do cidadão e de Direito Penal do Inimigo para Luís Gracia Martin:

O Direito Penal do cidadão define e sanciona delitos ou infrações de normas realizados pelos indivíduos de um modo incidental e que são normalmente uma simples expressão de um abuso por parte dos mesmos nas relações sociais nas quais participam com seu status de cidadão, ou seja, na sua condição de sujeitos vinculados ao Direito e pelo Direito. Os inimigos, ao contrário, são indivíduos que abandonaram o Direito de um modo permanente e, com isso, o status de cidadão. As atividades e a ocupação profissional de tais indivíduos não tem lugar no âmbito das relações sociais legitimamente reconhecidas, mas à margem dessas, pois as mesmas são expressão e expoente da vinculação daqueles e uma organização estruturada que opera à margem do Direito e que se dedica a atividades inequivocadamente “delitivas”. Esse é o caso, por exemplo, dos indivíduos que pertencem a organizações terroristas, de narcotráfico, de tráfico de pessoas, etc., e, em geral, de quem realiza atividades típicas do denominado crime organizado. (MARTIN, 2005, p. 86).

Outrossim, mister referir que a Teoria do Direito Penal do Inimigo entende que um terrorista deve ser penalizado com extrema dureza pela sua participação em organizações terroristas, a fim de intimidar os demais participantes da associação, uma vez que estes, como inimigos, devem ser tratados como “não-pessoas”.

No entanto, Martin

[...] quando o Estado estabelece uma regulamentação, deveria distinguir com clareza entre aquilo que está dirigido somente ao terrorista ou outro sujeito que dissinta ativamente e de modo grave e permanente, e aquele que também se dirige ao cidadão, visto que ao contrário, o Direito Penal do inimigo contamina o Direito Penal do cidadão. (MARTIN, 2005, p. 69).

O inimigo é, nessa concepção, aquele indivíduo que vulnera a segurança da sociedade a nível nacional e internacional, o qual deve ter sua periculosidade combatida pelo Estado, não podendo ser tratado como pessoa, uma vez que perante esta teoria, este passa a ser tratado como “não-pessoa”. Além disso, importa ser destacado que, consoante a Teoria do Direito Penal do Inimigo, o indivíduo é punido pelo que ele é e não pela sua conduta ou suas ações.

No entanto, Zaffaroni observa que, de acordo com o entendimento de Jakobs, deveria se privar o inimigo do estritamente necessário para poder neutralizar o seu perigo, mantendo todos os seus demais direitos e, em contrapartida, poder proporcionar o seu retorno à condição de pessoa, demonstrando que até mesmo o “inimigo da sociedade” não deveria ter a restrição total dos direitos garantidos aos cidadãos, posto que essa seria a condição para o seu retorno à condição de “pessoa” (ZAFFARONI, 2011, p. 161).

## **2 AS POLÍTICAS EXTERNAS DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: A JUSTIFICAÇÃO DO DIREITO DE BANIR OS INIMIGOS**

Com efeito, foi em meio às ameaças e às incertezas vividas pela sociedade contemporânea, em razão do sentimento de insegurança que a cada dia crescia, ante os novos riscos, que o Estado de Direito passou a se valer de medidas de exceções, sobre as quais legitimava atos com o fim de superar estes riscos oferecidos para a humanidade.

Nesse caminho, surge a discussão acerca da aplicação/incorporação do Direito Penal do Inimigo pelo Estado, como medidas claras de exceção, permitindo uma “contaminação” do Direito Penal. A legitimação pela sociedade passa pela

permanente sensação de insegurança, pois, diante de uma alegada ineficaz punição dos delinquentes e de um Direito Penal que não consegue penalizar os agentes de crimes organizados internacionais, exige-se do Estado uma efetiva segurança a qualquer custo, inobstante as medidas a serem tomadas criem um Direito Penal excepcional para a punição de tais tipos de crimes, pela qual estes infratores passam a ser tratados como “inimigos”, passíveis de serem banidos da vida em sociedade.

Logo, percebe-se que as medidas de exceção são justificadas pelos Estados que as adotam como necessárias para os fins pretendidos, quais sejam, de garantir a segurança nacional e a ordem pública, bem como de eliminar os riscos que são oferecidos aos Estados.

Com efeito, tais medidas de exceção tornaram-se presentes na legislação de alguns países, como nos Estados Unidos da América, principalmente após os eventos de 11 de setembro de 2001. Isso porque esta data ficou marcada de tal forma pelos cidadãos norte-americanos e na história do País, que jamais seria esquecida, dada a maneira como se deram os fatos e as consequências geradas para aquele País.

Com efeito, sobre os acontecimentos de “11 de setembro de 2001”, assim refere Pecequilo:

O dia 11 de setembro de 2001 dificilmente será esquecido, seja por especialistas em política internacional, pessoas interessadas no assunto, ou meramente espectadores diários dos telejornais. Nesse dia, quatro aviões de passageiros sequestrados dentro dos Estados Unidos, de companhias locais, American Airlines e United Airlines, e comandados por terroristas, atingiram símbolos tradicionais do poderio econômico e militar norte-americano, causando milhares de mortes. Em Nova Iorque, dois ataques de *boeings* provocaram a explosão e o desabamento das torres gêmeas do World Trade Center e, na capital Washington DC, o Pentágono foi atacado, surgindo hipóteses posteriores que outros alvos possíveis (e preferenciais) seriam a própria Casa Branca e o avião presidencial Air Force One. O quarto avião caiu em uma floresta em Pittsburgh, aparentemente sem ter atingido seu objetivo, que seria Camp David. Tanto dentro quanto fora dos Estados Unidos, assistimos perplexos à destruição e, principalmente, à queda de um mito, o da inviolabilidade do território continental norte-americano. (PECEQUILO, 2005, p. 372).

Neste trecho, Pecequilo retrata a grandiosidade do acontecido em 11 de setembro de 2001, fato considerado o maior atentado terrorista da história, desafiando a implementação de uma política de segurança interna e externa de banimento dos inimigos por parte dos Estados Unidos.

Os atentados de 11 de setembro de 2001, aduz Pecequilo surpreenderam ao mundo inteiro, mas não mais do que aos próprios norte-americanos, que acreditavam, por serem uma potência mundial, jamais seriam atingidos em seu território, tanto em razão de sua privilegiada localização continental, pela proteção oferecida pelos oceanos Pacífico e Atlântico, quanto pelo poderio bélico, cujo sistema de inteligência é considerado por muitos como imbatível (PECEQUILO, 2005, p. 372).

No entanto, tal fato desencadeou nos Estados Unidos uma série de acontecimentos, com o fim de garantir a segurança interna e externa do país, mas principalmente, com o fim de mostrar para o mundo que os ataques sofridos teriam consequências gravíssimas para os responsáveis pelos mesmos, os quais seriam incessantemente buscados e penalizados por isso.

Nesse sentido, são as palavras de Pecequilo:

Logo depois dos atentados, a principal preocupação do governo foi relativizar a sensação de insegurança inédita que havia sido gerada, partindo rapidamente para a ofensiva. Três dimensões se combinaram: a declaração imediata de guerra, a convocação de uma ampla aliança nacional e a identificação (e punição) dos responsáveis. Em um segundo momento, iniciou-se também a construção de uma coalização global visando o combate ao terrorismo internacional. Com isso, os Estados Unidos começaram a passar da perplexidade à ação, reorganizando suas táticas. (PECEQUILO, 2005, p. 375-376).

Assim, conforme acima referido pela autora, em meio a esse contexto, os Estados Unidos da América declararam guerra ao terrorismo, passando de um estado de alerta ao contra-ataque aos “inimigos terroristas”. Para isso, além de imediatamente organizarem uma aliança com outros países, a qual lhe concederia apoio na “guerra ao terror”, trataram também de disseminar para o mundo a ideia de que os seus “inimigos terroristas” eram os inimigos do mundo e, que em razão disso,

deveriam ser exterminados, para não mais figurarem como uma ameaça global, capazes de causar a morte de centenas de milhares de pessoas.

Nesse passo, percebeu-se que a resposta dos Estados Unidos aos ataques sofridos foi imediata, haja vista que uma série de medidas foram tomadas pelo governo norte-americano, no intuito de combater o terrorismo internacional, e de mostrar para o mundo o poder de resposta da potência norte-americana.

Assim são as palavras de Pecequilo acerca de tais fatos:

Foram consideradas como aceitáveis, por mais da metade da população, medidas temporárias de exceção que restringissem as liberdades e aumentassem o poder e orçamento das agências federais envolvidas no combate aos inimigos dos Estados Unidos. O Estado de Nova Iorque adotou a pena de morte para os crimes de terrorismo, aventou-se a suspensão de direitos civis e o endurecimento de leis de imigração. Adicionalmente, a CIA e o FBI destacaram a importância do monitoramento de todas as comunicações internas, individuais e públicas, e a ampliação de práticas de investigação. (PECEQUILO, 2005, p. 376).

Diante de tais questões, vislumbra-se que os Estados Unidos da América, de várias formas, buscaram criar normas e restrições, a fim de garantir a proteção interna de seu país e de seus cidadãos, bem como para que não fossem novamente surpreendidos pelos inimigos “terroristas” em possíveis novos atentados.

Com efeito, as referidas medidas, inobstante possuírem um caráter de exceção, foram tomadas pelo governo e revestidas com um manto de legalidade, como um mal necessário para poder assegurar a defesa do país e para manter a ordem nacional. Na época, consoante acima referido por Pecequilo, usou-se o discurso de que os fins justificavam os meios. Em outras palavras, significava que as medidas de exceção eram necessárias para combater os inimigos “terroristas”.

A partir de então, as políticas de segurança criadas pelos Estados Unidos foram no sentido de prender, manter detidos e submeter a uma prisão de regime especial, os suspeitos pela prática de terrorismo, em razão de sua alta periculosidade perante a sociedade mundial.

Em meio a tais mudanças e inovações normativas, surgiu o *Patriot Act*<sup>4</sup>, no qual as políticas de exceção adotadas no Pós-11 de Setembro são justificadas, uma vez que ferem profundamente alguns princípios fundamentais inerentes ao Estado de Direito e dos direitos humanos dos quais a Suprema Corte Norte-Americana defende acima de tudo. Dentre os direitos violados, pode-se destacar o direito à privacidade, o direito de asilo, o direito de não ser torturado e o direito a julgamentos justos, dentro do devido processo legal.

Nesse norte, segue trecho afirmado por Pecequilo:

[...] na nova legislação, estão previstas a ampliação do poder das agências federais e locais, a instalação de tribunais militares de exceção, o encarceramento e isolamento de suspeitos (e a sua eventual deportação), o monitoramento de telefones, computadores e correio, o controle de movimentações bancárias e a invasão de privacidade. Tais medidas foram sistematizadas no Ato Patriota, até hoje vigente e bastante polêmico, uma vez que tem causado o desrespeito de direitos civis e o endurecimento das ações dos serviços de inteligência e segurança. Também se encontra nesse conjunto de medidas a relativização, por parte do Departamento de Justiça, da definição de tortura, ampliando-se os meios de coerção à disposição dos interrogadores norte-americanos[...] (PECEQUILO, 2005, p. 376-377).

Verifica-se, então, que a legislação antiterrorismo acima referida, criada pelos Estados Unidos nos bastidores do Poder Legislativo para que não pudesse ser criticada ou até mesmo discutida pela população, acarretou uma série de restrições para o povo. Entretanto, em contrapartida, concedeu poderes quase que ilimitados ao governo, sob a necessidade da adoção de tais medidas como necessárias para a segurança nacional.

Nesse contexto, imperioso transcrever o conceito do Ato Patriótico para Vervaele, veja-se:

---

<sup>4</sup> Lei Patriótica dos Estados Unidos, criada em 26 de outubro de 2001 como resposta aos atentados terroristas de 11 de setembro. Com a promulgação dessa lei, liberdades civis foram suprimidas. O objetivo principal da criação dessa lei foi a prisão e punição dos culpados pelo ataque e impedir a ocorrência de novos ataques. O *Patriot Act* aumentou o nível de atuação das agências norte-americanas de segurança, assim como também autorizou a detenção por prazo indefinido, de suspeitos de envolvimento em redes terroristas, não tendo direitos estes a nenhuma garantia das leis norte-americanas e das contidas pela Convenção de Genebra. A referida lei ainda permite manter preso ou expulsar estrangeiros suspeitos de colocar em risco a segurança nacional norte-americana (BARBOSA, 2012).

O *Patriot Act* é uma lei extensa e complexa que introduz modificações substanciais em 15 leis federais e que confere extraordinários poderes executivos a estruturas operativas de controle e aos serviços de inteligência. Não obstante, apesar da complexidade de muitas de suas normas e sua incidência sobre valores constitucionais, foi aprovada pelo Congresso através de um procedimento de urgência, sem debate nem emendas dignas de destaque. Embora o documento tenha incorporado propostas anteriores a 11 de setembro, estas assumiram um papel claramente secundário no debate do Congresso, sobretudo porque uma ampla maioria as considerava letais para os direitos civis e, inclusive, colocavam em dúvida sua compatibilidade com a Constituição. Na realidade, a proposta foi negociada pelo Governo e um grupo heterogêneo de membros do Congresso em três semanas. O *Attorney General Ashcroft* solicitou ao Congresso sua aprovação imediata e incondicional, alegando a iminência de novos ataques que foram anunciados pelo FBI em 11 de outubro. (VARVAELE, 2008).

Importante referir que a Lei Patriota dos Estados Unidos (USA *Patriot Act*), além de figurar como total desrespeito à dignidade da pessoa humana, ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, viola, na sua totalidade, a Constituição norte-americana (ALENCAR, 2012).

No entender de Armiliato, nesse período, o Congresso Nacional Americano autorizou o Presidente da República a utilizar-se da força que fosse necessária e apropriada contra quem eram os responsáveis pelos ataques terroristas ao seu território (ARMILIATO, 2012). Pode-se dizer que o grupo “Al Qaeda” e o “Regime Taliban” foram os principais alvos desta busca norte-americana.

Foi nessa constante busca dos culpados pelos ataques de 11 de setembro, em que pese várias outras hipóteses terem sido consideradas, tais como o terrorismo interno dos defensores da supremacia branca ou até mesmo de grupos que apoiavam a Palestina, que Osama Bin Laden, terrorista internacional e líder da organização *Al-Qaeda*, contra quem foi declarada a “guerra ao terror”, foi tido como o inimigo número um dos Estados Unidos (PECEQUILO, 2005, p. 377).

Na época, para muitas pessoas, Osama Bin Laden teria agido em associação com Saddam Hussein, do Iraque. Em face disso, apesar de ser categoricamente negado pelos Estados Unidos, tal fato, juntamente com a questão das armas de

destruição em massa, foi usado como pretexto para declarar guerra ao Iraque no ano de 2003/2004, refere Pecequilo (PECEQUILO, 2005, p. 377).

Com efeito, relata a autora acima que, após apurar quem eram os “culpados” pelos ataques de 11 de setembro de 2001,

[...] os americanos travaram uma batalha dupla, visando a volta da normalidade e a manutenção e expansão da coalizão global antiterrorismo. Embora os ataques militares propriamente ditos tenham-se iniciado em 7 de outubro, poucos dias depois dos atentados, os Estados Unidos já começaram a construir as bases da tão esperada retaliação. Contrariando suas expectativas e ações iniciais, os republicanos tiveram de aderir ao multilateralismo, amparando-se na comunidade internacional. Tal amparo foi fundamental para legitimar as ações norte-americanas e torná-las mais efetivas. (PECEQUILO, 2005, p. 383).

Do exposto, percebe-se que a reação dos Estados Unidos foi imediata, com ações evidentes de combate ao terrorismo, executada com apoio de boa parte da comunidade internacional, cujo adesão foi fundamental para legitimar as ações pretendidas pelos norte-americanos.

Segundo Pecequilo, os Estados Unidos estabeleceram três objetivos prioritários, quais sejam,

[...] a destruição da Al-Qaeda (e a prisão de seus líderes como Bin Laden) e do regime talibã que o apoiava no Afeganistão; a reconstrução política e econômica do Afeganistão pós-talibã; e, por fim, a eliminação do terrorismo em escala mundial. Para que fossem atingidos esses propósitos, os Estados Unidos propuseram uma estratégia multidimensional na qual se misturaram ações militares, políticas, econômicas e diplomáticas em alianças com organizações internacionais e países-chave. (PECEQUILO, 2005, p. 383)

Desse modo, percebe-se que os Estados Unidos, após os atentados de 11 de setembro, definiram sua posição estratégica e suas políticas externas de forma que o inimigo principal era o terrorismo. Definiram tais questões sob o fundamento de que as medidas adotadas deveriam ser à altura dos ataques sofridos, ou seja, em casos excepcionais, as medidas também deveriam ser excepcionais (PECEQUILO, 2005, p. 51-52).

Ainda para a autora antes citada, os Estados Unidos da América,

[...] no pós 11 de setembro, adotou medidas legislativas e de segurança que reprimem os direitos humanos para proteger a si mesmo e a sua população. No sistema norte-americano, toda pessoa que é considerada combatente inimiga, terá negados os direitos que são concedidos aos criminosos comuns. “A intenção é anular o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”. Os suspeitos uma vez etiquetados como terroristas, já não mais serão tratados como cidadãos, portadores de direitos, mas sim como inimigos, que devem ser combatidos por todos os meios, inclusive aqueles tidos como ilegais (PECEQUILLO 2005, p. 55).

Do exposto, verifica-se que a legislação dos Estados Unidos, que deu início ao desenvolvimento de novas políticas e setores de regulação direcionados ao combate da criminalidade organizada e acima de tudo, ao combate ao “terrorismo”, teve forte influência do Direito Penal do Inimigo, refletindo a teoria idealizada por Jakobs. Ou seja, é possível verificar a criação de normas específicas para determinados tipos penais, em que não são asseguradas as garantias fundamentais do ser humano, frente ao dever de tratamento pelo Estado destes inimigos como “não-pessoas”.

Logo, resta claro que tratamentos cruéis e desumanos dados aos “inimigos terroristas”, sob o pretexto de que a estes não se aplicam as normas e tratamentos tradicionais, como de julgamento, devido processo legal e direitos humanos, em razão de sua condição de não cidadão, evidencia a clara influência do Direito Penal do Inimigo nas políticas adotadas.

Nesse sentido, cabe referir que, dentre as medidas de exceção adotadas pelos Estados Unidos que evidenciam a influência do Direito Penal do Inimigo, está a criação da prisão de Guantánamo, onde os suspeitos de terrorismo são tratados de forma degradante, sem nenhuma garantia a um devido processo legal, ou até mesmo a um prévio julgamento, simplesmente pelo fato de serem taxados como “terroristas” e lá “reclusos” para sofrerem as piores e mais variadas práticas de tortura.

### **3 GUANTÁNAMO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO, DESDE O SURGIMENTO ATÉ O PÓS-11 DE SETEMBRO: “GUERRA AO TERROR” E AS MEDIDAS ADOTADAS EM SEU INTERIOR FRENTE AO DIREITO PENAL DO INIMIGO.**

Primeiramente, mostra-se evidente retratar o contexto histórico da prisão de Guantánamo, desde o seu surgimento, questão esta que é demonstrada nas palavras de Alencar, senão vejamos:

A Estação Naval na Baía de Guantánamo se estabeleceu em 10 de dezembro de 1898, quando Estados Unidos obteve o controle de Cuba por parte da Espanha ao termo da Guerra hispano-estadunidense, seguindo com a invasão da Baía de Guantánamo em 1898. Após a derrota espanhola foi assinado o Tratado de Paris entre os representantes da Rainha Regente da Espanha e os do Presidente dos Estados Unidos, no qual foi acordado, sem ter em conta o povo de Cuba, que a Espanha renunciava a todo direito de soberania e propriedade sobre a ilha e a evacuaria. Cuba seria ocupada pelos Estados Unidos em caráter temporário. O governo de Estados Unidos obteve a concessão perpétua que começou o 23 de fevereiro de 1903, outorgada por Tomás Estrada Palma, primeiro presidente da República de Cuba. [...] O tratado cubano-estadunidense estabelecia, entre outras coisas, que Estados Unidos teria completo controle e jurisdição sobre a Baía de Guantánamo, com propósitos de operar estações navais e de embarque, enquanto reconhecia que a República de Cuba mantinha sua soberania. Desde 2 de julho de 1903 os Estados Unidos da América pagam a Cuba um “aluguel” de 4.085 (quatro mil e oitenta e cinco mil dólares anuais) pela Baía de Guantánamo, onde mantém uma base militar. [...] Dentro da base localiza-se a prisão destinada a suspeitos de envolvimento com organizações terroristas[...] (ALENCAR, 2012).

Ademais, a história vivida ao longo dos anos pelos Estados Unidos da América demonstra um dos principais motivos da criação da prisão de Guantánamo.

Nesse sentido, insta transcrever as palavras de Gasparetto Júnior:

No acordo, ficou-se estabelecido um território com 116 km<sup>2</sup> de área envolvendo terra e água na baía de Guantánamo. Naquele momento, a justificativa se dava pelo interesse na mineração e em operações navais. Não tardou para que a região arrendada pelos Estados Unidos no território cubano se tornasse uma prisão militar. Isso aconteceu especialmente pela maneira como os estadunidenses entraram na Segunda Guerra Mundial. O Japão organizou um ataque surpresa à uma base militar dos Estados Unidos em Pear Harbor, matando milhares de soldados estadunidenses e destruindo considerável parcela dos equipamentos militares dos mesmos. A resposta se deu com a entrada dos Estados Unidos na guerra e, entre outras coisas, a prisão de estadunidenses de origem japonesa no referido território cubano. A Prisão de Guantánamo começava então a construir sua

história como uma prisão militar. Como tal, dotada de sua rigidez e também dos interesses ideológicos que marcaram profundamente o século XX, passou a conviver diariamente com práticas de tortura. Durante a Guerra Fria, o conflito ideológico que colocou em embate os seguidores do capitalismo e os seguidores do socialismo no mundo, os Estados Unidos enviaram vários prisioneiros de diversos confrontos militares para a Prisão de Guantánamo. Como alguns indivíduos presos durante a Guerra do Vietnã, por exemplo. (GASPARETTO JÚNIOR, 2012).

Assim, é possível perceber que em que pese ter tido repercussão mundialmente somente a partir de 2002, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, a Prisão de Guantánamo encontra-se em funcionamento há muitos anos, “abrigoando” os “inimigos” dos Estados Unidos.

Com efeito, após 11 de setembro de 2001, a base militar dos EUA em Guantánamo<sup>5</sup>, que se localiza em território cubano, foi transformada em prisão para os suspeitos de terrorismo. A transformação de uma base naval em campo de concentração de prisioneiros provenientes de numerosos países e regiões do planeta foi o resultado de um conjunto de concepções, decisões e dispositivos colocados em prática pela Casa Branca e pelo Pentágono após os atentados terroristas de Nova Iorque e Washington, assevera Gómez (GÓMEZ, 2012).

Nesse sentido, para melhor demonstrar o momento a partir do qual começaram a serem levados para Guantánamo suspeitos dos atentados de 11 de setembro de 2001, imperioso transcrever as palavras de Gómez, vejamos:

A escalada “decisionista” nas mãos exclusivas do Executivo começou em 14 de setembro de 2001, quando o país ainda estava em estado de choque, e o Congresso autorizou o presidente a usar a força contra aquelas “nações, organizações e pessoas” que, em sua opinião, tivessem qualquer relação com os ataques ao World Trade Center e ao Pentágono, ou com atos de terrorismo internacional que fossem cometidos no futuro. Quase um mês depois, ocorreu a invasão limítrofe do Afeganistão liderada pelos Estados Unidos e apoiada por um amplo arco de alianças – inclusive a Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) – com o objetivo imediato de derrubar o regime talibã e capturar os membros da Al Qaeda. Neste mesmo mês de

<sup>5</sup> Guantánamo é uma base militar estadunidense em solo cubano. Com o propósito de realizar a atividade de mineração e operações navais, em 1903 os EUA e Cuba assinaram um contrato de arrendamento perpétuo de uma área (englobando porção de terras e águas) na baía de Guantánamo (ilha de Cuba). Mas não demorou muito para os Estados Unidos transformarem essa área numa prisão militar. Os primeiros relatos de presos em Guantánamo são da Segunda Guerra Mundial (GASPARETTO JUNIOR, 2012).

outubro, o Senado aprovou o *Patriot Act*, que, além de suspender as restrições existentes à ação governamental com relação aos direitos civis, permitiu ao procurador-geral manter presos os estrangeiros suspeitos de atividades que pusessem em perigo a segurança nacional, com a obrigação, dentro do prazo de sete dias, de deportá-los ou de acusá-los de algum delito cometido. Porém, a peça-chave foi a ordem executiva assinada pelo presidente Bush em 13 de novembro de 2001 sobre a “Detenção, tratamento e julgamento de certos estrangeiros na guerra contra o terrorismo”. Com tal ordem, a partir de então, o Pentágono fica autorizado a manter cidadãos não nacionais sob custódia indefinida e sem encargos; proíbe-se que os detentos interponham qualquer recurso perante tribunais estadunidenses, estrangeiros ou internacionais; e afirma-se que, em caso de serem julgados, o julgamento realizar-se-á no âmbito das comissões militares nomeadas pelo Executivo (e não por tribunais independentes e imparciais), o que não se utilizava desde a Segunda Guerra Mundial. (GÓMEZ, 2012).

Os primeiros prisioneiros que foram capturados no Afeganistão, após o início da busca pelos “inimigos” e da declaração da “guerra ao terror”, foram transferidos para Guantánamo em janeiro de 2002.

De acordo com Gómez, a partir da ordem executiva assinada pelo Presidente Bush, em 13 de novembro de 2001,

[...] várias regulamentações administrativas do Departamento de Defesa são autorizadas com o propósito de esclarecê-la e torná-la mais efetiva. Por outro lado, no fim de dezembro do mesmo ano, em um memorando enviado pelo Departamento de Justiça ao Pentágono, recomenda-se que, pelo fato de a base naval da Baía de Guantánamo não ser território soberano estadunidense (de fato, é uma possessão militar dos EUA em território cubano desde 1902), os tribunais federais não sejam autorizados a examinar e julgar as petições de *habeas corpus* apresentadas por “estrangeiros inimigos” detidos em tal base. (GÓMEZ, 2012).

Diante disso, cabe a reflexão acerca do intrigante fato pelo qual o Governo Bush, de forma “inteligente e astuta”, colocou uma prisão de tamanha repercussão e importância para o mundo, tanto pelas brutalidades e barbáries cometidas em seu interior, quanto pela forma como as pessoas eram levadas para lá, justamente em um local longe do território nacional, onde as leis norte-americanas não possuem vigência ampla e, principalmente, por que os Tribunais Federais enfrentam problemas de competência para analisarem e julgarem petições de *habeas corpus* apresentadas por “estrangeiros inimigos” detidos em Guantánamo.

Na verdade, infere-se que a clara e única intenção dos Estados Unidos era a não responsabilização do Estado ante os abusos e atrocidades cometidas do interior da prisão que era por eles mantida.

Não é novidade que os presos mantidos na prisão de Guantánamo têm seus direitos fundamentais violados. No entanto, os EUA justificam a adoção da prática de tortura porque classificam o terrorismo como um crime de guerra, podendo, dessa forma, serem desconsideradas as legislações nacionais acerca da proteção dos direitos humanos e fundamentais, frente à excepcionalidade do caso. Muitos detentos relataram momentos vivenciados no interior de Guantánamo, onde sofriam horríveis e variados tipos de tortura que surpreenderam o mundo inteiro. Nesse passo, segue trecho das torturas sofridas pelo detento chamado Ali Shah Mousovi, o qual era pediatra e filho de uma proeminente família afegã da cidade de Gardez, onde fora preso pelos soldados dos EUA:

Ele descreveu como era regularmente surrado por americanos, com roupas civis. Mais dolorosos que as equimoses e ferimentos que cobriam seu corpo eram os dias e noites seguidos sem sono. Gravações, em fita, de sirenes estridentes ecoavam por alto-falantes colocados pelos soldados junto a seus ouvidos. Sua cabeça latejava. Sempre que, misericordiosamente, conseguia cochilar, era acordado pelo estardalhaço de sarrafos de madeira sendo batidos contra a parede. Recordou a agonia de quando era repetidamente encharcado com água gelada. Disse que não lhe permitiram sentar-se durante duas semanas seguidas. Em alguns momentos, sentia as pernas como se fossem de macarrão cozido; quando elas cediam, ele era surrado e forçado a se levantar de novo. Não conseguia mais se lembrar de quantas vezes isso aconteceu. Por turnos, os soldados americanos chutavam-no e batiam nele periodicamente. Assim era com os outros prisioneiros. Alguns berravam coisas sobre o 11 de Setembro. Outros cuspiam sobre ele. Muitos insultavam sua mãe, as irmãs e outros membros da família. Amaldiçoavam sua nacionalidade e sua religião. Ele queria se levantar em defesa de seus entes queridos e de si mesmo quando os jovens soldados lhe gritavam obscenidades, mas somente conseguia grunhir enquanto as botas duras golpeavam-lhe a cabeça latejante. [...] Disse que foi submetido a temperaturas extremas de calor e frio. Por vezes, era mantido durante horas na mais completa escuridão e depois obrigado a encarar a luz intensamente brilhante. Era obrigado a permanecer horas intermináveis durante a noite em posições desconfortáveis. Era punido se olhasse para a direita ou para a esquerda. Cada momento, acreditava, poderia ser o seu último. (KHAN, 2008, p. 33-34).

Além deste relato acima mencionado, muitos foram os casos contados por detentos da prisão de Guantánamo, os quais descreviam as constantes práticas de tortura adotadas em seu interior, como abuso sexual, espancamento, simulação de afogamentos, privação de sono, uso de cães para amedrontar, degradação da religião e do Alcorão, exposição a mudanças drásticas de temperaturas, dentre tantas outras barbaridades cometidas pelos soldados norte-americanos (KHAN, 2008, p. 34-67).

Tamanhas eram as torturas cometidas na prisão de Guantánamo, que muitos detentos cometeram suicídio. Outros também tinham tentado tal prática, mas, no entanto, eram impedidos pelos guardas que os reanimavam e tentavam de toda forma mantê-los vivos para sofrerem mais tortura. Dentre as formas de suicídio, registra-se o enforcamento e a greve de fome (KHAN, 2008, p. 171-173).

Nesse sentido, são as palavras de Khan, relatando que a população carcerária de Guantánamo, em sua maioria,

[...] era mantida em isolamento nas celas metálicas, separados por grossas telas de aço ou paredes de concreto. Cada cela tinha cinco metros quadrados. [...] Esse minúsculo espaço continha uma cama de concreto e um vaso sanitário de aço. E nas celas, cada homem comia todas as refeições sozinho. Às vezes, os prisioneiros tinham permissão para sair apenas duas ou três vezes por semana para cerca de 15 minutos de exercício, com frequência no meio da noite. Muitos não viam o sol durante meses. (KHAN, 2008, p. 54).

O que se pode notar é que, além das horríveis torturas sofridas, os prisioneiros de Guantánamo também viviam em péssimas condições de encarceramento, evidenciando, assim, violações aos direitos humanos e a adoção de políticas que afirmavam a teoria do Direito Penal do Inimigo.

Com efeito, ao contrário do Governo Bush, Barack Obama sustentou que uma das primeiras ações de seu governo como Presidente dos Estados Unidos seria fechar a prisão de Guantánamo, uma vez que, segundo ele, esse cárcere representou uma “mancha negra” na história do país norteamericano.

Foi em face disso que Barack Obama, para tentar redimir-se com a comunidade internacional, sempre “condenou” a política de seu país pelas práticas

adotadas no interior da prisão mantida na ilha de Cuba, tendo inaugurado uma nova política de segurança em relação à Guantánamo.

Nesse sentido, conforme Alencar, foram quatro ordens executivas assinadas pelo novo presidente norteamericano, a seguir colacionadas:

Ordena o fechamento de Guantánamo em no máximo um ano; determina processo de revisão imediata das condições legais dos detentos que continua na ilha, a maioria dos quais nunca foi acusada de nenhum crime; A Agência Central de Inteligência – CIA fica proibida de usar qualquer método avançado de interrogatório que não faça parte do Manual de Campo do Exército, o qual proíbe ameaças, coerção, abuso físico e simulação de afogamento; ordena que a Agência Central de Inteligência – CIA feche todos os centros de detenção sob sua responsabilidade no exterior e proíbe a agência de inteligência de mantê-los no futuro; ordena a revisão do caso do cidadão Qatar *Ali al-Marri*, considerado o único inimigo de combate atualmente preso em solo americano, numa base naval na Carolina do Sul. (ALENCAR, 2012).

Assim, diante das ordens executivas estabelecidas por Barack Obama, percebe-se que, finalmente, os Estados Unidos prometeram aos detentos de Guantánamo o direito a um devido processo legal, bem como a um julgamento justo, haja vista que, a partir de então, em tese, passaram a ser protegidos pela Convenção de Genebra (ALENCAR, 2012).

Por tudo até aqui exposto, nota-se que o Estado, frente aos avanços da criminalidade, em especial o crime organizado e as organizações terroristas, defronta-se com o seguinte impasse: de um lado busca garantir a segurança nacional e de seus cidadãos - não encontrando, por vezes, soluções eficazes para tal desafio -, e, de outro, se vê obrigado a adotar políticas de exceção que acabam por violar garantias e direitos fundamentais de alguns indivíduos.

É notório que a justificativa de garantir a segurança do Estado e de seus cidadãos acaba se sobrepondo aos direitos humanos e às garantias e direitos fundamentais daqueles indivíduos que representam uma “ameaça” ao Estado e à sociedade, perpassando pela adoção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que trata seres humanos como “não-pessoas” e como inimigos do Estado, punindo-os e banido-os da sociedade. É dizer: parece grassar a ideia de que os Estados, na

esteira da política propalada pelos Estados Unidos, devem adotar uma política de exceção da lei, valendo-se do argumento de que precisam garantir a segurança interna e externa de seus países, bem como de seus cidadãos, ao passo que editam normas penais cada vez mais severas, baseadas na Teoria do Direito Penal do Inimigo, para justificar o endurecimento das penas e a pacificação social.

### CONCLUSÃO

A sociedade, diante da sensação de insegurança que cresce diante do aumento da criminalidade que atinge níveis globais, busca, no Estado, o responsável pela solução desses problemas, clamando por uma solução efetiva e célere.

Nesse contexto, percebe-se que os Estados, sob o argumento da garantia da segurança de seus indivíduos, adotam políticas externas e medidas de exceção para punir severamente práticas ilícitas, chegando, muitas vezes, a violar os direitos humanos dos “criminosos”, garantidos pelas Constituições de seus Estados, e, também, pela Convenção de Genebra. Diga-se, de passagem que, muitas vezes, essas práticas ilícitas são conceituadas e agravadas de acordo com seus entendimentos. Logo, por vezes, o que para um Estado é ilícito, para outro pode não ser. No entanto, como geralmente acontece, quem ditam as leis são os Estados com maior poder político-econômico.

Com efeito, esta situação ficou evidente nos Estados Unidos da América, os quais, após os atentados de 11 de setembro de 2001, adotaram medidas de exceção que acarretaram violações aos direitos e às garantias fundamentais dos chamados “inimigos terroristas”.

Como exemplo dessas medidas de exceções adotadas pelos EUA, pode-se referir o Ato Patriótico (*Patriot Act*), o qual, referido como uma lei antiterrorista, foi editado às pressas, nos bastidores do Poder Legislativo, sem qualquer discussão acerca das violações e restrições que o mesmo acarretaria, inclusive ao próprio povo norteamericano. Em contrapartida, o referido ato concedia poderes quase

ilimitados ao Poder Executivo, que sustentava seus atos sob a alegação de que os fins justificavam os meios e que a adoção de tais medidas eram necessárias para a segurança nacional.

O panorama demonstrado suscita uma série de questionamentos acerca da temática apresentada. Inobstante, o foco desta pesquisa ateve-se em avaliar se as Práticas adotadas pelos Estados Unidos da América, no interior de Guantánamo, no Pós-11 de Setembro de 2001, configuram o Direito Penal do Inimigo, como uma forma de segurança e de proteção frente aos alegados “inimigos terroristas”.

Assim, da análise do presente trabalho, infere-se que incontroverso é o fato de que os Estados Unidos da América, país com vasta influência mundial, não iria aceitar a forma como ocorreram os atentados terroristas que derrubaram as torres gêmeas e vitimaram seus cidadãos. Ou seja, os atentados de 11 de setembro desvelaram para o mundo uma verdadeira “Guerra ao Terror”, haja vista que os Estados Unidos tinham a necessidade de demonstrar para o mundo que os atentados acarretariam em severas punições aos criminosos, bem como em restrições de garantias individuais.

Foi com base nestas restrições que Guantánamo “abrigou” muitos detentos suspeitos de terrorismo, mas, no entanto, sem ao menos terem direitos e garantias individuais.

A partir destas alegações, torna-se evidente a afronta às garantias individuais e aos direitos humanos, até porque os maiores criminosos devem ter direito ao um devido processo legal e a um julgamento justo. Os detentos que lá estiveram, relatam terem sofrido as piores e mais variadas torturas, condutas que chocaram o mundo, diante da tamanha brutalidade ocorrida no presídio de Guantánamo.

Ademais, infere-se que o tratamento concedido aos “inimigos terroristas”, encarcerado por muito tempo em Guantánamo, evidencia a prática da Teoria do Direito Penal do Inimigo, uma vez que os indivíduos considerados suspeitos sofreram vários tipos de tortura, bem como foram privados de seus direitos individuais garantidos, porquanto foram tratados como seres inferiores e reduzidos à condição de “não-pessoas”.

Dessa forma, conclui-se que o Estado, frente aos avanços da criminalidade, em especial ao crime organizado e às organizações terroristas, defronta-se com um impasse: de um lado busca garantir a segurança nacional e de seus cidadãos - não encontrando, por vezes, soluções eficazes para tal desafio -, e, de outro, se vê obrigado a adotar políticas de exceção que acabam por violar garantias e direitos fundamentais de alguns indivíduos.

Portanto, infere-se que a justificativa de garantir a segurança do Estado e de seus cidadãos acaba se sobrepondo aos direitos humanos e às garantias fundamentais daqueles indivíduos que representam uma ameaça ao Estado e à sociedade, perpassando pela adoção da Teoria do Direito Penal do Inimigo, que trata seres humanos como “não-pessoas” e como inimigos do Estado, punindo-os e proscrivendo-os do convívio em sociedade.

## REFERÊNCIAS

ALENCAR, Antônia Elúcia. **A Inaplicabilidade do Direito Penal do Inimigo diante da Principiologia Constitucional Democrática**. Disponível em: <<http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/76-a-inaplicabilidade-do-direito-penal-do-inimigo-diante-da-principiologia-constitucional-democratica>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

ARMILIATO, Luciana Jordão da Motta. **Direitos Humanos e Política Externa dos EUA**. Rev. de Ciênc. Jur. e Soc. da Unipar. v.7, n.2, p.219-232, jul./dez., 2004. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/juridica/article/view/1331/1183>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

BARBOSA, Mônica Valeria Matões. **Terrorismo nas relações internacionais: onde ficaram os direitos humanos?** Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=4656](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4656)> Acesso em: 28 jul. 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BUCHAS, Juliana Cristina de oliveira. **Direito penal do inimigo - controvérsias e sua aplicabilidade**. Disponível em: <[http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2009/trabalhos\\_12009/julianabuchas.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/julianabuchas.pdf)>. Acesso em: 28 jul. 2012.

CALLEGARI, André Luiz; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Crime Organizado:** conceito e possibilidade de tipificação diante do contexto de expansão do direito penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GASPARETTO JUNIOR, Antonio. **Prisão de Guantánamo.** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/prisao-de-guantanamo/>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

GÓMEZ, José Maria. **Soberania Imperial, Espaços de Exceção e o Campo de Guantánamo.** Desterritorialização e Confinamento na “Guerra contra o Terror”. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n2/v30n2a02.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Organização e tradução: André Luis Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

KHAN, Mahvish Rukhsana. **Diário de Guantánamo.** São Paulo: Larousse, 2008.

MARTIN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira velocidade do Direito Penal: o Direito Penal do Inimigo.** São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp008973.pdf>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

PECEQUILO, Cristina Soreanu. **A Política Externa dos Estados Unidos.** 2. ed. ampl. atual. Porto Alegre: UFRGS, 2005.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito Penal do Inimigo e o Terrorismo: o “progresso ao retrocesso”.** 1. ed. São Paulo: Almedina, 2010.

VERVAELE, John A. E. **A legislação antiterrorista nos Estados unidos: um direito penal do inimigo?** Disponível em: <[http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1\\_2.pdf](http://www6.ufrgs.br/direito/wp-content/uploads/2010/08/1_2.pdf)>. Acesso em: 28 jul. 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2011.

## **O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A TRANSFERÊNCIA DE RENDA: POLÍTICAS PÚBLICAS QUE PROMOVEM À IGUALDADE ATRAVÉS DA EDUCAÇÃO**

Sinara Camera<sup>1</sup>  
Arnaldo Fabiano Fenner<sup>2</sup>

É patente que as sociedades contemporâneas se tornam cada vez mais desiguais, apesar das conquistas constitucionais, das políticas públicas, das ações e das articulações sociais [...]. A questão que se coloca é como construir estruturas e movimentos que avancem na direção da igualização social ou, pelo menos, de uma mais efetiva redução dos padrões de desigualdade. (BOLZAN DE MORAIS; NASCIMENTO, 2010, p. 56).

### **RESUMO**

O presente ensaio visa a analisar as políticas públicas para promoção da educação no Brasil e seu potencial para viabilizar o acesso, em todos os níveis, do cidadão brasileiro à educação, possibilitando-lhe desenvolver as suas capacidades e oportunidades para qualificar a sua igualdade, bem como o Estado brasileiro projeta o financiamento das mesmas. Assim, as políticas públicas de transferência de renda que permitam o acesso do cidadão ao ensino como mecanismo de transformação do *status quo* do indivíduo no Estado Democrático de Direito brasileiro são foco desta abordagem. Para a construção da pesquisa, de cunho teórico, tem-se utilizado de análise qualitativa dos dados, coletados especialmente de bibliografias e documentos. O método de abordagem escolhido foi o hipotético-dedutivo e o método procedimental foi o histórico para a análise das questões atinentes à construção histórica do Estado, os direitos afirmados nesse contexto e as projeções normativas para a materialização dos mesmos. Pretende-se, assim, como objetivo geral da pesquisa investigar as possibilidades de transformação do *status quo* do cidadão a partir das políticas públicas de acesso a educação no Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, dividiu-se o trabalho em duas partes: primeiramente tratar-se-á da questão da igualdade e do acesso à educação no contexto do Estado democrático de Direito, para num segundo momento analisar sobre as políticas de transferência de renda que promovem a educação como qualificadoras da igualdade no Estado brasileiro.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos-UNISINOS, mestre em Integração Latino-americana pela Universidade Federal de Santa Maria-UFSM, professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis-FEMA. Bolsista CAPES. E-mail: aiacamera@hotmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis-FEMA. E-mail: fabianofenner@yahoo.com

Palavras-chaves: políticas públicas – igualdade – estado democrático de direito – educação.

## RESUMÉN

El presente ensayo tiene como objetivo analizar las políticas públicas para la promoción de la educación en Brasil y su potencial para mejorar el acceso, en todos los niveles, al ciudadano brasileño a la educación, lo que le permite desarrollar sus habilidades y oportunidades para calificar su igualdad, así como el Estado brasileño proyecta el financiamiento las mismas. Por lo tanto, las políticas de transferencia de ingresos públicos que permitan el acceso ciudadano a la educación como un mecanismo para transformar el status quo de la persona en un estado democrático son el enfoque brasileño de este enfoque. Para la construcción de la investigación, la naturaleza teórica, se ha utilizado para el análisis cualitativo de los datos recogidos especialmente bibliografías y documentos. El método de enfoque fue escogido y el método hipotético-deductivo era historia procesal para el análisis de las cuestiones relativas a la construcción histórica del Estado, los derechos reivindicados en ese contexto y las proyecciones normativas para la materialización de la misma. Se pretende, por lo tanto, el objetivo general de la investigación fue estudiar las posibilidades de transformar el *status quo* de los ciudadanos de las políticas de acceso público de la educación en un Estado democrático de Singapur. Para ello, hemos dividido el trabajo en dos partes: en primer lugar la cuestión de la igualdad y el acceso a la educación en el contexto del Estado democrático de derecho se disfrute de una segunda fase de revisión sobre las políticas de transferencia de ingresos que promueven la educación como un partido de clasificación en el estado brasileño de igualdad.

Palabras clave: política publica - igualdad - estado democratico de derecho - educación.

## INTRODUÇÃO

O atual modelo de Estado de Direito, oriundo da mutação histórica dos modelos de estado: Estado Liberal, Social e de Direito, sustenta a ideia de desenvolvimento da plena cidadania através de mecanismos que promulguem a igualdade entre os cidadãos, para que assim o *status quo* do individuo sofra profunda transformação.

A base jurídica dessas reconfigurações foram afirmadas nas Constituições, trazendo como limites e possibilidades os direitos fundamentais, que caracterizados

através dos Direitos Humanos, visam à efetivação de direitos para potencializar a cidadania. Nesse contexto estão as políticas públicas, figurando como um dos mecanismos para atender a essa necessidade histórica de desenvolver a igualdade entre os cidadãos no Brasil.

A educação, outrora objeto apenas de minorias elitizadas de sociedades como a brasileira, ocupa papel fundamental, gerador de profunda mudança social, capaz de fomentar a igualdade almejada no atual paradigma estatal.

Nesse contexto, faz-se necessário analisar, verificar e discutir em que medidas as políticas públicas para promover a educação no Brasil estão, mais do que viabilizando o acesso, em todos os níveis, do cidadão brasileiro à educação, mas possibilitando-lhe potencializar as suas capacidades e oportunidades para qualificar a sua igualdade, bem como o Estado brasileiro projeta o financiamento das mesmas.

A pesquisa visa a analisar as políticas públicas de transferência de renda que permitam o acesso do cidadão ao ensino como mecanismo de transformação do *status quo* do indivíduo no Estado Democrático de Direito brasileiro. As políticas públicas afirmativas que viabilizam o acesso ao ensino desenvolvidas pelo Brasil, após a promulgação de Constituição Federal de 1988, com o objetivo de potencializar a plena cidadania e igualdade social alcançam positivos resultados por meio de programas de transferência de renda.

A ideia de instituição de Programas de Transferência de Renda começa a fazer parte da agenda pública a partir de 1991, quando é apresentado e aprovado no Senado Federal o Projeto de Lei do senador Eduardo Suplicy, propondo o programa de garantia mínima, que visa a beneficiar todos os brasileiros residentes no País.

As políticas públicas de transferência de renda voltadas à educação são importante meio de reduzir a desigualdade social e assim promover a igualdade entre os cidadãos do Estado brasileiro, tendo como um dos principais desafios das políticas públicas o fomento da emancipação do indivíduo, sendo autônomo para a vida social e assim podendo ter uma inserção digna na sociedade (SANTOS; PINHEIRO, 2008, p.7).

Para a construção da pesquisa, de cunho teórico, tem-se utilizado de análise qualitativa dos dados, coletados especialmente de bibliografias e documentos. O método de abordagem escolhido foi o hipotético-dedutivo a partir da formulação de hipótese que deverá ser confirmada ou refutada ao final da investigação. Para a condução procedimental da mesma, está se utilizando método histórico para a análise das questões atinentes à construção histórica do Estado, os direitos afirmados nesse contexto e as projeções normativas para a materialização dos mesmos.

Pretende-se, assim, como objetivo geral da pesquisa investigar as possibilidades de transformação do *status quo* do cidadão a partir das políticas públicas de acesso ao ensino superior no Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, dividiu-se o trabalho em dois momentos: primeiramente tratar-se-á da questão da igualdade e do acesso à educação no contexto do Estado democrático de Direito, para num segundo momento propõe-se uma análise sobre as políticas de transferência de renda que promovem a educação como qualificadoras da igualdade no Estado brasileiro.

## **1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, ACESSO À EDUCAÇÃO E IGUALDADE.**

A atual contextualização de Estado democrático de direito exige, para sua melhor compreensão, reportar-se o olhar para a construção histórica do Estado Moderno. Na concepção Moderna de Estado de Direito, o mesmo passou por diferentes fases, elencadas na doutrina como: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático. O Estado será limitado, e delineado, em cada momento histórico por uma geração de direitos fundamentais, que determinará as atuações do mesmo (PEREZ LUÑO, 2012, p. 09).

Assim, na passagem histórica da evolução do Estado de Direito, tendo por nascedouro o Estado liberal que visou a garantir as liberdades fundamentais aos indivíduos, agora cidadãos, a partir de uma atuação negativa do Estado limitada pelo direito (BONAVIDES, 1999, p. 34-39). O não intervencionismo deixa a economia à

solta no paradigma Liberal Burguês, oferece a cena para o surgimento do Estado Social, que busca materializar os direitos *prometidos*, promovendo políticas sociais para aplacar as péssimas condições de vida da população mais afetada. O que se verifica, entretanto, é uma política setorial, paliativa e tardia, pois se dava a reboque dos fatos sociais. Não se tratava de uma política social para transformar as estruturas estatais (GARCÍA-PELAYO, 2009, p. 09).

A partir da segunda metade do Século XX, o Estado Social começa a ser questionado. As crises de legitimação pelas quais passa esse modelo, na década de 70 começam a se demonstrar em todas as suas dimensões. Surge, assim, um novo conceito: o *Estado Democrático de Direito*, representando uma metamorfose no Estado de Direito, por um lado, e no Estado Social, de outro. “[...] resumidamente, pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como que a sua qualificação pela questão da igualdade.” (BOLZAN E MORAIS, 2002, p. 38).

O Estado Democrático de Direito, funda-se sobre os princípios da constitucionalidade, democracia, sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade e segurança jurídica. “[...] quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*.” (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2010, p. 94).

A Carta Magna brasileira consagra tais ideais no rol de seus direitos fundamentais, com redação clara que ratifica os princípios promulgados pelo Estado Democrático de Direito, tornando nosso país signatário desta concepção jurídica-social moderna de Estado (BRASIL, 1988). Assim, exige-se do Estado Democrático de Direito brasileiro,

[...] prestações positivas, neste caso, por meio da criação e da implementação de leis e de políticas públicas que garantam condições mínimas de existência atendendo ao princípio da isonomia material e aos objetivos do Estado brasileiro que são, entre outros, a erradicação da pobreza e a diminuição das desigualdades sociais. (ANGELIN, 2010, p. 67).

Faz-se necessário observar os mecanismos para a referida concretização. Podem-se elencar inúmeros meios, porém, avançar-se-á sobre o campo das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, especialmente aquelas relativas à educação com fins de desenvolvimento humano no Brasil.

Ao discutir políticas públicas que viabilizam o acesso do cidadão ao ensino/instrução, percebe-se o respeito governamental sobre os princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Parte-se para um recorte temático com olhar sobre as políticas públicas firmadas pelo Estado de Democrático de Direito brasileiro com vistas ao acesso a educação como meio de potencializar a igualdade e o desenvolvimento humano, a partir do ano de 1988, ano em que nasce a atual Constituição Federal.

O atual contexto do Estado Democrático de Direito está para além dos espaços nacionais. Assim, as políticas de cooperação, no cenário das Organizações Internacionais, notadamente as especializadas da Organização das Nações Unidas (ONU). A Declaração Universal dos Direitos Humanos em seu artigo XXVI elenca que

[...] toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (ONU, 1948).

Em sentido complementar tem-se a atuação da UNESCO que elenca suas ações básicas que em prol da educação, buscando “[...] eliminar o analfabetismo, desenvolver o ensino básico e melhorar os manuais escolares.” (SEITENFUS, 2008, p. 236). Para tanto, a Organização acredita que somente pela mobilização de todos os atores envolvidos (direta e/ou indiretamente) poder-se-á efetivar a promoção da

cidadania, a consolidação da democracia, a qualificação da igualdade, o acesso amplo à justiça e a garantia de segurança. Tais avanços seriam fundamentais para que o Estado venha a construir e consolidar uma cultura de direitos humanos e paz (UNESCO, 2012).

Historicamente, as desigualdades sociais, econômicas e culturais é expressão de característica marcante em nosso Estado. Percebe-se um recente crescimento da consciência social e de governo quanto à necessidade de reverter esse quadro social, criando-se mecanismos de participação e controle social, programas, projetos e ações que indicam um movimento de transformação positiva no Brasil.

A UNESCO alerta que o Brasil encontra-se entre os 53 Estados que ainda não atingiram, e encontram-se distantes desta de atingir, os objetivos de Educação para Todos até 2015, mesmo apresentando relevantes avanços no campo da educação ao longo das duas últimas décadas. O Brasil apresentou os seguintes índices nas últimas duas décadas:

Acesso ao ensino fundamental está quase universalizado, com 94,4% da população de 7 a 14 anos incluídos nesse nível de ensino. A proporção de jovens na idade própria que se encontram no ensino médio é mais que o dobro da existente em 1995, mostrando expressivo avanço no acesso à educação secundária. Redução das taxas de analfabetismo entre jovens e adultos. Aumento no acesso ao ensino superior. (UNESCO, 2012).

O relevante papel da educação para o desenvolvimento humano pode ser a síntese caracterizadora da sociedade contemporânea, uma vez que o conhecimento é fator indispensável para a efetivação de mecanismos potencializadores das políticas públicas que promovam a igualdade entre indivíduos. O Estado Democrático de Direito brasileiro compreende que as garantias fundamentais individuais/coletivas e sociais elencadas na Constituição federal de 1988 garantem o desenvolvimento humano:

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a educação passa a ser considerada como um direito de todos e dever do Estado e da família, sendo promovida e incentivada com a colaboração da sociedade. As finalidades do processo educacional estão descritas claramente no art. 205, da Constituição Federal e são: o pleno desenvolvimento da pessoa, seu

preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (COSTA, 2006, p. 1703).

Na construção do desenvolvimento humano através da educação, evidencia-se o princípio da igualdade, norte do atual modelo de Estado, quando do seu conceito podemos retirar a perspectiva de ampliação de escolhas, bem como o avanço na qualidade de vida de uma população. Para maior análise da matéria constitucional que orienta a construção de políticas públicas que promovam a educação em no Estado brasileiro, veja-se o artigo 205 da Constituição Federal:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

No contexto atual de Estado a educação adentra como importante mecanismo de garantir a promoção e respeito dos parâmetros trazidos pela consolidação do Estado Democrático de Direito tendo seus fundamentos expressos na Constituição Federal de 1988, contudo, “[...] ideal seria que os seres humanos, indistintamente, tivessem oportunidade de percorrer pelos bancos escolares e acadêmicos [...] a educação ainda não está acessível a toda coletividade.” (DIEHL, 2010, p. 165).

Assim, fundamental para viabilizar o acesso à educação as ações do Estado, elaborando programas nacionais, estabelecendo políticas públicas e estabelecendo os modos de financiamento para a implementação das ações, como as políticas de transferência de renda.

## **2 A TRANSFERÊNCIA DE RENDA PARA A PROMOÇÃO DA IGUALDADE**

As discussões sobre a introdução de programas de transferência de renda no Brasil datam do início do Século XX, momento em que as políticas públicas sofreram enorme abalo, devido às revoluções mundo a fora e após a Década de 30, pela crise do capitalismo.

As políticas públicas introduzidas no Brasil a partir da década de 30 destinaram-se a promover a regulação da desordem originada pelo novo processo de desenvolvimento econômico e social do país e de legitimação política do governo (SANTOS; PINHEIRO, 2008, p. 3).

Importante voltar ao conceito de políticas públicas, a partir da compreensão de Teixeira:

Políticas públicas constituem diretrizes da ação do Estado e são regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade. Estas políticas revelam, em seu processo de elaboração, implantação e verificação dos resultados, práticas de poder político. (TEIXEIRA, 2002, p. 46).

As políticas públicas estão direcionadas a responder à demanda, principalmente dos atores sociais desfavorecidos que se encontram em maior grau de vulnerabilidade social e serão determinadas de acordo com os objetivos do Estado e com o momento histórico da preponderância de dado modelo.

A partir de 1960 por meio de movimentos sociais organizados, anunciava-se o surgimento de um período de grandes evoluções sociais. Porém isso não foi apenas por grupos de populares, mas também, e conjuntamente, pelos conservadores da época, possibilitando a instauração do período mais nefasto da história brasileira, e latino-americana: a ditadura militar.

As manifestações populares deram espaço à repressão do governo, e assim, as propaladas melhorias na qualidade de vida do cidadão deu espaço a políticas sociais de caráter conservador/liberal, na promoção de políticas sociais trabalhistas. Assim, em meados dos anos 70 eclode no Brasil um movimento denominado de “novo movimento social” e a estruturação do sindicalismo autêntico (SILVA; YAZBEK; GIOVANNI, 2008, p. 26).

O ano de 1980 e seguintes foram marcados na história pela ocorrência do agravamento na condição de vida da população conjuntamente da crise fiscal, tornado ainda mais delicada a manutenção das políticas sociais. A necessidade de novos e mais intensos movimentos sociais para assim acirrar o debate em torno da

criação de métodos para atender às demandas sociais da população brasileira, intensificou-se em torno da transição para a democracia:

A diversidade de reivindicações apresentadas pelos vários movimentos sociais atuantes no país ofereceu uma importante extensão à gestão e participação política dos assuntos sociais. A Constituição Federal de 1988 consolidou o processo de ampliação dos direitos sociais e surgiu como resultado de uma sucessão sistemática de mudanças relativas à redemocratização do país. (SANTOS; PINHEIRO, 2008, p. 5).

A pauta das políticas públicas voltadas à educação desenvolvidas no Brasil reafirma-se nesse cenário, tendo como marco legal a Constituição Federal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). A partir daí se inicia o processo de descentralização e municipalização de políticas sociais em geral e da educação em particular.

A Constituição Federal afirmou, como já referido, que a educação é direito de todos e dever do Estado. Portanto, cabe a ele oferecer educação pública de qualidade. As obrigações foram redistribuídas pelos entes federados, ao afirmar que o Brasil é uma federação e que as obrigações serão distribuídas entre Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme determinação constitucional:

Art. 170. A ordem econômica, **fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa**, tem por fim assegurar a todos **existência digna, conforme os ditames da justiça social**, observados os seguintes princípios:  
[...] VII - redução das desigualdades regionais e sociais; (BRASIL, 1988) [grifo nosso].

O financiamento da educação no Brasil provém de recursos públicos, de empresas privadas e dos cidadãos. O Ministério da Educação é o órgão responsável pela implementação de políticas públicas nacionais de educação, cuja articulação das ações caminha concomitantemente com as propostas da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB):

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e

planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento. (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal determina que União aplique, no mínimo, 18% para educação e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, 25%. É da esfera federal que provém a maior soma de recursos para o ensino superior, enquanto os Estados e Municípios os destinam mais para o ensino fundamental.

Os recursos públicos destinados à educação têm origem em: receita de impostos próprios da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;<sup>3</sup> receita de transferências constitucionais e outras transferências; receita da contribuição social do salário-educação e de outras contribuições sociais, conforme a LDB:

Artigo 68. Serão recursos públicos destinados à educação os originários de:  
I - receita de impostos próprios da União, Estados, Distrito Federal e Municípios;  
II - receita de transferências constitucionais e outras transferências;  
III - receita do salário-educação e de outras contribuições sociais;  
IV - receita de incentivos fiscais;  
V - outros recursos previstos em lei. (BRASIL, 1996).

O art. 68 da nova LDB estatui, assim, as bases para o financiamento público da educação, definindo como fontes de receita os impostos próprios das três esferas federativas, as transferências constitucionais e as outras transferências entre esferas de governo, as chamadas transferências voluntárias.

Durante os anos 2000, houve significativa expansão das políticas de transferência de renda direcionada a famílias em situação de vulnerabilidade social no Brasil. Nesse contexto, houve um incremento importante nas políticas de

<sup>3</sup>No Brasil há três categorias de tributos, sendo, impostos, taxas e contribuições. Os impostos são recursos obtidos pelo governo que custeiam todas as políticas públicas. As taxas são as tarifas públicas cobradas para fornecimento de algum serviço, exemplo: emissão de segunda via de certidões e passaporte. As contribuições de melhoria são cobradas do contribuinte que teve, por exemplo, seu imóvel valorizado por alguma benfeitoria. As contribuições sociais e econômicas são de competência da união, sendo as sociais servindo para cobrir gastos da seguridade social e as econômicas para fomento de certas atividades econômicas.

transferência de renda atinentes à educação, que suscitou esforços conjuntos para oferecer o seu acesso a todos os cidadãos.

Assim, nessa teia de corresponsabilidades, as políticas públicas de transferência de renda, que financiam a educação, apresentam-se como condição de possibilidade para viabilizar a redução da desigualdade no acesso à educação.

## CONCLUSÃO

O incremento realizados nas políticas de transferência de renda atinentes à educação, que suscitou esforços conjuntos para oferecer o seu acesso a todos os cidadãos. Isto porque dentro dos objetivos do Estado democrático de direito, a educação apresenta-se como forma de intervenção na sociedade, podendo-se defini-la como meio de conquista de autonomia do cidadão. Entendida, assim, como a capacidade de autodeterminação do indivíduo para tomar decisões que influenciam sua vida e as relações com outras pessoas.

Considerando que a autonomia é um fundamento da dignidade humana, e tendo em vista a situação da sociedade brasileira, na qual os indivíduos são quase que inteiramente determinados socialmente e vivem num contexto não favorável à escolha. Os serviços sociais, especialmente os representados por programas de cunho assistencialistas focados numa análise materialista e procuram atenuar as situações de desprovento. Os recurso essenciais para suprir as necessidades básicas em detrimento do auxílio à capacidade emancipatória que pode ser oferecida por meio de objetivos que favorecem a obtenção gradativa e contínua do bem-estar individual e social (SANTOS; PINHEIRO, 2008, p. 16).

As políticas públicas de transferência de renda projetadas pelo Estado brasileiro viabilizam ou permitem o acesso do cidadão ao ensino, sendo portanto, mecanismo de transformação do *status quo* do indivíduo. Nesse sentido, é possível chegar-se à conclusão de que as políticas públicas de transferência de renda que promovem a educação no Brasil estão, ao menos, viabilizando o acesso, em todos

os níveis, do cidadão brasileiro à educação, oportunizando qualificar a sua igualdade.

Assim, as políticas públicas ou os programas implantados pelo Estado, que possibilitam o acesso do cidadão as instituições de ensino no Brasil, potencializam a cidadania a partir da qualificação da igualdade, assim concretizando os ideais do Estado Democrático de Direito.

Assim, entende-se que através de expressivo aumento no número de indivíduos que acessam aos bancos escolares bem como ao ensino superior por meio de mecanismos propulsores de maior igualdade social, torna-se efetiva a ideia de transformação do *status quo* do cidadão brasileiro em conformidade aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. **Direitos Humanos e Sociais, à luz da Teoria da Complexidade de Edgar Morin**. Santo Ângelo: FURI. Editora da URI, 2012. 2.v.

ANGELIN, Rosângela. A Dignidade da Pessoa Humana e sua Promoção: Um Desafio do Estado Democrático de Direito e da Sociedade in revista Direito e Sociedade. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**. Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, ano 1, n. 1, p.52-60, 2010.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos**. Col. Estado e Constituição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **Constitucionalismo e Cidadania por uma Jurisdição Constitucional Democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOSCHETTI, Ivanete; BEHRING, Elaine Rosseti; SANTOS, Silvana Mara de Moraes dos et. al. (Org.). **Política Social no Capitalismo, Tendências Contemporâneas**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 10 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases para a Educação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10260.htm)>. Acesso em: 01 set. 2012.

COSTA, Marli Marlene M. da. A educação como um direito fundamental para o pleno exercício da cidadania. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. **Direitos Sociais e Políticas Públicas, Desafios Contemporâneos**. Tomo 6. Santa Cruz do Sul: Editora da UNISC, 2006.

DIEHL, Bianca Tams. Por uma educação multicultural. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**. Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, ano 1, n. 1, p. 159-199, 2010.

FUNDAÇÃO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DO ENSINO SUPERIOR PARTICULAR. **Políticas Públicas de Educação Superior: desafios e proposições**. Brasília: Impresso no Brasil, 2002.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LIRA, Cláudio Rogério Sousa. Os Desafios da Pedagogia e o Processo Seletivo para o Ingresso no Ensino Superior em uma Sociedade Multicultural: Um Diálogo Crítico com Edgar Morin, Paulo Freire e Néstor García Canclini. In: ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. **Direitos Humanos e Sociais, à luz da Teoria da Complexidade de Edgar Morin**. Santo Ângelo: FURI. Editora da URI, 2012. 2.v.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/onu-no-brasil/>>. Acesso em: 02 out. 2012.

PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PETERSEN, Letícia; GOIN, Mariléia. Direitos Sociais e transferência de renda: em cena o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. In: **Revista Direito e Sociedade: reflexões contemporâneas**. Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, ano 1, n. 1, p. 71-88, 2010.

SANTOS, Rosana Queiroz; PINHEIRO, Lessi Inês Farias. Política social compensatória ou emancipatória: A Contribuição de Programas Sociais para a Autonomia dos Beneficiários. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

SEITENFUS, Ricardo. **Manual das Organizações Internacionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SEITENFUS, Ricardo; VENTURA, Deisy. **Direito Internacional Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e; YAZBEK, Maria Carmelita; GIOVANNI, Geraldo di. **A política brasileira no século XXI: a prevalência dos programas de transferência de renda**. São Paulo: Cortez, 2008.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e; ALMADA LIMA, Valéria Ferreira Santos de. **Avaliando o bolsa família: unificação, focalização e impactos**. São Paulo: Cortez, 2010.

BRASIL. **PNUD** - Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<https://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

UNESCO. **Organização das Nações Unidas para a Educação a Ciência e a Cultura**. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/education/education-for-all/>>. Acesso em: 02 out. 2012.

## OS DIREITOS SUCESSÓRIOS CONCERNENTES À REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL

Carla Elisiane Schonhart<sup>1</sup>  
Bianca de Melo Hartfil<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar se o filho gerado após a morte do genitor, por meio de reprodução humana assistida, tem direito à herança na perspectiva da legislação brasileira, na sucessão legítima, ou seja, sem a necessidade de declaração de última vontade. Conforme a legislação civil vigente, art. 1.799, I, um filho gerado após a morte de seu genitor, somente tem direito à herança se tiver previsão testamentária para tanto, e se a concepção ocorrer num período de dois anos. Caso contrário, os bens reservados em testamento para esse herdeiro serão dos herdeiros legítimos. Para alcançar o objetivo da proposta do presente trabalho, é preciso investigar o posicionamento doutrinário e legislativo a respeito da legitimidade ou não de sucessão de filho gerado *post mortem*, especialmente nos casos de fecundação artificial homóloga, após a morte do genitor, bem como identificar a possibilidade do direito de herança desse filho, com fundamento no art. 227, § 6º da Constituição Federal e art. 1.596, do Código Civil. Assim, será feita uma pesquisa bibliográfica a respeito do tema, na área do Direito Civil e do Direito Constitucional a ser efetuada em textos, artigos, legislações e demais materiais doutrinários, com o objetivo de investigar a legitimidade para suceder dos filhos gerados por reprodução assistida após a morte do autor da herança à luz da legislação brasileira.

Palavras-chave: reprodução humana assistida – filiação – *post mortem* – direito sucessório.

### RESUMÉN

El presente estudio tiene como objetivo determinar si un hijo concebido después de la muerte del padre, por medio de la reproducción humana asistida, tiene derecho a heredar desde la perspectiva de la legislación brasileña, en la sucesión legal, es decir, sin la necesidad de una declaración de última voluntad.

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. Santa Rosa-RS, Brasil. carla\_schonhart@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada de alto Uruguai e das Missões (URI) Campus Santo Ângelo/RS. Docente Regime Integral e Coordenadora do Núcleo de Pesquisa e Atividades Complementares do Curso de Direito na FEMA – Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa/RS. Brasil. biancahartfil@fema.com.br

Según la legislación civil vigente, art. 1799, I, un hijo concebido después de la muerte de su padre, solamente tiene derecho a la herencia si existir disposición testamentaria para eso, y si la concepción ocurrir en un período de dos años. En caso contrario, los bienes reservados en testamento serán de los herederos legítimos. Para lograr el objetivo de la propuesta de este estudio, es necesario investigar si la posición doctrinal y legislativa en respeto a la legitimidad o no de la sucesión de hijo engendrado *post mortem*, especialmente en casos de fecundación artificial homóloga, después de la muerte del padre, bien como identificar la posibilidad de que el derecho a la herencia de ese hijo, con base en el art. 227, § 6º de la Constitución Federal y el art. 1.596 del Código Civil. Así, debe ser hecha una búsqueda en la literatura sobre el tema, en el área del derecho civil y del derecho constitucional por medio de textos, artículos, leyes y otros materiales doctrinales, con el objetivo de investigar la legitimidad para la sucesión de los hijos concebidos por reproducción asistida después de la muerte del autor de la herencia a la luz de la legislación brasileña.

Palabras clave: la reproducción asistida humana - membresía - *post mortem* - derecho de sucesiones.

## INTRODUÇÃO

Será realizada uma abordagem da temática sobre os direitos sucessórios concernentes à reprodução assistida no Brasil, no caso de filhos advindos por meio de inseminação artificial *post mortem* do autor da herança.

Inicialmente serão apresentadas as principais considerações acerca da abertura da sucessão e momento da transmissão da herança e aplicação do princípio da *saisine*. Já num segundo momento, serão abordados os principais pontos da sucessão legítima, ordem de vocação hereditária e herdeiro legítimo.

E por fim, serão analisados os direitos sucessórios de filhos advindos de inseminação artificial quando esses são gerados após a morte do autor da herança.

Pretende-se pontuar através de pesquisa realizada com elementos doutrinários, artigos e normativas dispostas, especialmente a Constituição Federal de 1988 no que tange aos princípios da isonomia entre os filhos e a dignidade da pessoa humana, os aspectos principais que tratam sobre os direitos sucessórios nos casos de reprodução humana assistida *post mortem*, a fim de fazer valer o que determina a Lei maior.

## 1 ABERTURA DA SUCESSÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA *SAISINE*

Aqui serão feitas considerações acerca da abertura da sucessão, analisando-se o momento da transmissão da herança e da aplicação do princípio da *saisine*. Inicialmente será apresentada a conceituação de sucessão com base em alguns dos principais doutrinadores brasileiros.

Para Gonçalves, “[...] a palavra ‘sucessão’, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.” (GONÇALVES, 2009, p. 1-2). E continua:

A idéia (sic) de sucessão, que se revela na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se freqüentemente (sic) no direito das coisas, em que a tradição a opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz, quanto ao exercício dos deveres elencados nos arts. 1.740 e 1.741 do Código Civil.

[...]

No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão-somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*. O referido ramo do direito disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cuius* ou autor da herança a seus sucessores. (GONÇALVES, 2009, p. 1-2).

Conforme Venosa, “[...] *suceder* é substituir, tomar lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito.” (VENOSA, 2009, p. 1).

Nas palavras de Wald “[...] conceito de sucessões, todavia, abrange não só os casos de transferência de direito subjetivo ou de dever jurídico *mortis causa*, como também os atos *inter vivos*”. (WALD, 2009, p. 1).

Na sucessão hereditária os sucessores assumem a titularidade dos bens do *de cuius* no momento da morte. Nas palavras de Gomes, “[...] a expressão *sucessão hereditária* emprega-se nos sentidos *objetivo* e *subjetivo*.” (GOMES, 2008, p. 5). Para o autor, no sentido objetivo significa herança, conjunto de bens, encargos, obrigações e direitos que fazem parte do patrimônio do *de cuius*. No sentido

*subjetivo*, refere-se ao direito de suceder, ou seja, o direito de recolher os bens da herança (GOMES, 2008, p. 5).

A abertura da sucessão é determinada pela morte natural, cerne de todo o direito sucessório, dado que não existe herança de pessoa viva (DINIZ, 2003, p. 22). A mesma autora ainda refere que:

No momento do falecimento do *de cuius* abre-se a sucessão, transmitindo-se, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do defunto aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato. Essa transmissão é, portanto, automática, operando-se *ipso iure*. (DINIZ, 2003, p. 22).

Conforme expressa Gonçalves:

A existência da pessoa natural termina com a *morte real* (CC. Art. 6º). Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece *abre-se a sucessão*, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius*, sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato. (GONÇALVES, 2009, p. 15).

Para Gomes, “[...] *abertura da sucessão* é o momento em que nasce o direito hereditário, o *prius* necessário à substituição que se encerra no fenômeno sucessório.” E continua, “[...] é efeito instantâneo da morte de alguém. Não se confunde, portanto, com sua *causa*.” (GOMES, 2008, p. 15).

Segundo Maria Helena Diniz, “[...] o momento da transmissão da herança é o da morte do *de cuius*; daí a importância da exata fixação do dia e da hora do óbito, uma vez que uma precedência, mesmo de segundos, influi na transmissão do acervo hereditário.” (DINIZ, 2003, p. 22).

Nas palavras de Rizzardo, “[...] a morte é o elemento que determina a transmissão da herança. A partir de sua verificação, opera-se a transferência dos bens, dos direitos e das obrigações.” (RIZZARDO, 2007, p.21). Opera-se de forma tão automática que o próprio sucessor dela não precisa tomar conhecimento.

Como preleciona Venosa “[...] somente a morte pode dar margem à sucessão. A morte física, o desaparecimento da vida do titular. O direito moderno já não conhece a morte civil. Como as consequências da morte são inúmeras, a lei fixará preceitos para a determinação da morte.” (VENOSA, 2009, p.11).

No que tange à transmissão da herança e aplicação do princípio da *saisine*, assim me manifesta o mesmo autor:

Por nosso direito, com a morte, abertura da sucessão, o patrimônio hereditário transmite-se imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários (art. 1.784). Trata-se da adoção do sistema pelo qual a herança transmite-se de pleno direito. Aplica-se o sistema da *saisine*, de origem germânica não muito clara. Não é princípio do Direito Romano. O princípio da *saisine* representa uma apreensão possessória autorizada. É uma faculdade de entrar na posse de bens, possa essa atribuída a quem ainda não a tinha.

Na herança, o sistema *saisine* é o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança. A palavra deriva da *saisir* (agarrar, prender, apoderar-se). (VENOSA, 2009, p. 15).

Sobre o princípio da *saisine*, assim expressa Gonçalves:

Uma vez aberta a sucessão, [...] a herança transmite-se desde logo, aos herdeiros. Nisso consiste o princípio da *saisine*, segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança. O princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como a reação ao sistema feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. (GONÇALVES, 2009, p. 19-20).

A transferência da herança se completa com a aceitação do herdeiro, a qual poderá ser expressa, tácita ou presumida. No entanto, se assim o quiser, o herdeiro pode renunciar a mesma. “[...] a renúncia, como faculdade do herdeiro, retroage também ao momento da morte do *de cuius*, de tal modo que inexistente qualquer período de vacância, ou seja, de ausência do titular.” (WALD, 2009, p. 32).

Conforme preleciona Gomes, “[...] *aceitação* é o negócio jurídico pelo qual o herdeiro, legítimo ou testamentário, adquire corretamente o direito à herança, transmitida *ipso jure* com a abertura da sucessão.” E a renúncia, por sua vez, “[...] é

o negócio jurídico unilateral pelo qual o herdeiro declara não aceitar a herança.” (GOMES, 2008, p. 22).

No eixo seguinte, será abordada a sucessão legítima e ordem de vocação hereditária, bem como, apresentada a definição de herdeiro legítimo, à luz da legislação civil brasileira.

## 2 SUCESSÃO LEGÍTIMA

A sucessão se divide em duas espécies: legítima e testamentária. Ou seja, por lei ou por disposição de última vontade, nos termos do art. 1.786, do Código Civil: “[...] a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.” (BRASIL, 2002). “[...] quando se dá em virtude da lei, denomina-se *sucessão legítima*; quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento ou codicilo, chama-se *sucessão testamentária*.” (GONÇALVES, 2009, p. 24).

A respeito, preleciona Maria Helena Diniz:

Com a morte de alguém, verificar-se-á, primeiramente, se o *de cujus* deixou testamento indicando como será partilhado seu patrimônio. Em caso negativo, ou melhor, se faleceu sem que tenha feito qualquer declaração solene de última vontade; se apenas dispôs parte dos bens em testamento válido; se seu testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou nulo, ou ainda, se havia herdeiros necessários, obrigando a redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, a lei promoverá a distribuição, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme ordem nela estabelecida, que se denomina *ordem de vocação hereditária*. (DINIZ, 2003, p. 97).

Conforme Gonçalves, a *sucessão legítima* é a mais utilizada no Brasil. A pouca utilização de testamento se deve a questões culturais e ao costume, “[...] bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cujus* elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar testamento [...]” (GONÇALVES, 2009, p. 24).

Segundo Rodrigues:

[...] legítima é a sucessão procedida de acordo com a lei e deferida às pessoas nela definidas que, por serem ligadas ao *de cuius* por laços de parentesco, ou matrimônio, presumivelmente seriam por ele beneficiadas, se houvesse manifestado sua última vontade.

[...] Se o defunto, por exemplo, deixou de fazer testamento, seu patrimônio, por força de lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes, aos seus ascendentes; não havendo descendentes nem ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até o quarto grau. O cônjuge sobrevivente concorre com os descendentes, observado o disposto nos arts. 1.829, I, e 1.832, e com os ascendentes, consoante os arts. 1.820, II, 1.836, *caput*, e 1.837. Note-se que a transmissão da herança aos sucessores se efetua sem manifestação de última vontade, mas decorre da lei. (RODRIGUES, 2003, p. 16-17).

Nas palavras de Rizzardo, “várias razões justificam a sucessão legítima”:

Em primeiro lugar, a necessidade de proteção aos membros da família do *de cuius*, os quais, em geral, formam o mesmo grupo familiar, residindo quase sempre em idêntico prédio, e todos usufruindo das vantagens que advêm dos bens.

Sobretudo as relações de parentesco aconselham que fique a herança concentrada no círculo familiar do morto, grupo de pessoas unidas por laços sanguíneos. Muito embora nem sempre a proximidade de grau de parentesco signifique maior ou menor união entre o autor da herança e os parentes, tem o direito mantido tal critério, que corresponde a um consenso universal, pois, de regra, revela normalmente uma relação de proximidade e convivência da pessoa que faleceu com os contemplados da herança.

Há, por último, certo interesse do Estado em manter um vínculo de união entre os parentes, o que se consegue também com a permanência do patrimônio no respectivo grupo, alcançando-se uma certa garantia econômica para o futuro dos familiares do morto. (RIZZARDO, 2007, p. 149-150).

Conforme Rodrigues, “[...] a ordem de vocação hereditária é a relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas para suceder o finado. O legislador, nessa relação de pessoas, as divide em várias classes.” (RODRIGUES, 2003, p. 94). Essas classes estão dispostas da seguinte forma no art. 1.829 do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;  
IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Para Gomes, “[...] *herdeiro legítimo* é a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de *sucessão legal*, a quem se transmite a totalidade ou *quota-parte* da herança.” Quanto à classificação, o autor assim se manifesta:

Na *classificação* dos *herdeiros legítimos*, distinguem-se os *necessários*, também designados *legitimários* “*reservatórios*”, dos *facultativos*; mas a expressão, empregada em sentido lato, designa quem, por prescrição legal, é chamado à sucessão do que faleceu intestado; já em acepção estritíssima, refere-se aos filhos, primeiros herdeiros necessários. *Herdeiro necessário* é o parente e o cônjuge com direito a uma quota-parte da herança, da qual não pode ser privado. A parte *reservada* aos herdeiros legitimados chama-se *legítima*. Constitui-se, entre nós, da metade dos bens do falecido. (GOMES, 2008, p. 40).

Na sequência serão analisados os direitos sucessórios de filho gerado por inseminação artificial após a morte do genitor, visto ser esse um direito constitucionalmente previsto.

### **3 DIREITOS SUCESSÓRIOS NA CONCEPÇÃO ADVINDA DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* DO AUTOR DA HERANÇA**

Dentre as discussões jurídicas oriundas a partir da reprodução humana assistida está a legitimidade para suceder. No Código Civil, especificamente no Direito de Família, em seu art. 1.596 (BRASIL, 2002), há a previsão de que todos os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, em consonância com a Lei Maior.

Continuando a análise do mesmo diploma legal, no art. 1.597, III (BRASIL, 2002), tem-se a previsão da reprodução assistida *post mortem*, inclusive com a presunção de que tais filhos foram concebidos na constância do casamento. Porém, no livro reservado ao Direito das Sucessões, fica vinculada a expressão “já concebido” como fator determinante para ter legitimidade à sucessão, conforme prescrito no art. 1.798, nos seguintes termos: “[...] *legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*” (BRASIL,

2002), ou seja, somente se já estiver concebido o filho quando do falecimento do *de cuius* terá direito a herança por sucessão legítima. Caso contrário, somente por previsão do testador.

A lei civil brasileira traz a previsão de que na sucessão testamentária, nos termos do art. 1.799, I, podem ser chamados a suceder filhos ainda não concebidos, desde que indicados pelo testador. Surge dessa forma, uma lacuna legislativa, deixando o filho concebido após a morte desamparado do direito constitucional à herança, previsto no art. 5º, XXX da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988).

No que se refere ao direito sucessório de filho que venha a ser gerado por reprodução humana assistida após a morte do genitor, Maria Berenice Dias se manifesta no seguinte sentido:

Ainda que não tenha sido concebido ao tempo da morte do genitor, terá direito sucessório na hipótese de ter o proprietário do sêmen expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização possa ocorrer depois de sua morte. De qualquer sorte, há a possibilidade de ser contemplado mediante testamento o filho fruto de reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC 1.799 I), contanto que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800). (DIAS, 2009, p. 335).

Nos casos de inseminação após a morte, “[...] o Código não tocou diretamente no direito hereditário dos seres assim gerados, pois para a sucessão continuam sendo herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos quando da morte [...]” (VENOSA, 2009, p. 231), como registra Venosa.

Necessário se faz também tecer comentário acerca da sucessão legítima, sendo que a lei menciona quem são os sucessores legítimos e estabelece as regras da delação da herança. O art. 1829, I, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) relaciona a ordem de vocação hereditária, aparecendo em primeira ordem os descendentes. Ora, se a própria lei determina que os descendentes são herdeiros legítimos, não deveria existir previsão em sentido contrário, ou seja, necessidade de previsão testamentária para que filho gerado após a morte do genitor, o qual será descendente deste, tenha direito à herança do *de cuius*. A lei não deveria afastá-lo da sucessão legítima.

Pereira preleciona que a sucessão legítima se dá:

a) quando o *de cuius* morrer sem testamento; b) quando este for nulo ou caduco; c) quando o testador não dispuser da totalidade da herança; d) quando houver herdeiros necessários, obrigando a redução das deixas para respeitar a quota reservatária. [...] Quer dizer, na ausência de testamento válido, a sucessão aberta é só legal; [...]. (PEREIRA, 2009, p. 71).

Então, compartilha-se do entendimento do autor ao dizer que se o *de cuius* falecer sem ter deixado testamento a sucessão ocorre com base na lei, ou seja, ocorre a sucessão legítima. Pode-se concluir que se o genitor de filho gerado após a morte deste não tiver registrado sua última vontade em testamento, este filho será enquadrado como sucessor legítimo. Venosa também preleciona que “[...] a vocação hereditária prevalece quando não houver ou não puder ser cumprido o testamento.” (VENOSA, 2009, p. 9). Poderia ocorrer o fato de não ter sido possível o *de cuius* deixar registrada sua vontade, em virtude de alguma fatalidade, por exemplo, impossibilitando-o de expressar a sucessão testamentária de filho seu gerado após sua morte.

Cabe aqui registrar a análise de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, extraída de um artigo publicado no site do IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família, acerca da ausência de ligação entre o “biodireito” e o direito das sucessões no Código Civil, bem como ausência de previsão do direito sucessório nos casos de reprodução assistida *post mortem*:

Uma reflexão assim, ainda que apenas tangenciando questões que são tão mais profundas e polêmicas, me permite buscar ingressar no cerne deste tema, para procurar identificar onde está o ponto de relação entre as inovações biotecnológicas e o direito das sucessões. Pode até parecer que esta relação é fácil de ser desenhada, que o “biodireito” (que responde a tais inovações biotecnológicas) é tão bem definido quando (sic) o é o direito das sucessões. Ledo engano. O que temos de claramente definido é que nosso sistema sucessório, mesmo o do Código Civil de 2002, pertence a um mundo diferente deste em que a engenharia genética pode, entre tantas outras coisas, e por exemplo, viabilizar uma concepção após a morte dos ascendentes biológicos. Aliás, nem mesmo o próprio direito das sucessões, positivado em 2002, se expressa com desejável atualidade e segurança, a respeito de temas interligados com as novas biotecnologias, como no caso:

a) da definição da condição sucessória do embrião pré-implantatório, ou

ainda, diferentemente, b) no caso de concepção (ou fertilização homóloga) *post mortem*.

Há, à volta destas discussões, um profundo discurso moralista e teológico que tende a se registrar contrário a esse tipo de inovação derivada da bioengenharia. Eu o ignorarei aqui, como nem mesmo poderia deixar de ser, e considerarei que não há problemas de ordem moral interferindo na avaliação do impacto das práticas biotecnológicas sobre o direito das sucessões. Portanto, ficarei apenas com as questões fundamentais a enfrentar: a) haverá problemas ético-jurídicos a identificar? b) já é possível, ao jurista, dar com segurança as respostas a todas estas questões?

O Código Civil atual preferiu, em suas linhas mestras, não cuidar de questões relacionadas à reprodução humana assistida, e o próprio Professor Miguel Reale afirmou sempre que uma das diretrizes da sua proposta de codificação era, justamente, esta, de não regulamentar assuntos que ultrapassassem os lindes da área civil, ou que versassem sobre problemas de alta especificidade técnica. Preferiu, portanto, o legislador brasileiro deixar a cargo de lei própria e específica, a disciplina dos inúmeros pontos de discussão, oriundos da reprodução humana assistida, especialmente na sua correlação com o direito das sucessões, pelo quanto mais aqui nos importa. (HIRONAKA, 2012).

Referente à problemática no direito sucessório nos casos de reprodução assistida *post mortem*, Daniela Bogado Bastos de Oliveira faz suas considerações:

Essas novas presunções de paternidade, através de fertilização assistida, implicam diretamente no direito das sucessões – arts. 1798 e 1799, I, CC – e divergem os autores se o filho concebido após a morte do pai terá direito à herança. Alguns entendem que ele não sucede, pois para ter direito à sucessão a pessoa tem que estar ao menos concebida à época do óbito. O problema que se levanta contra este entendimento é a desigualdade entre filhos, que é vedada pela nossa Constituição Federal. Por isso, também há o entendimento de que ele terá direito à sucessão, pois todos os filhos são iguais e qualquer discriminação será inconstitucional. Até porque o caput do art. 1597 do CC assevera que o filho presume-se concebido na constância do casamento, portanto, enquanto vivo o pai. (OLIVEIRA, 2005, p. 18).

A mesma autora ainda cita Rose Vencelau em seu trabalho, apresentando mais críticas aos incisos III e IV do art. 1.597 do Código Civil por “[...] darem vazão à fecundação artificial *post mortem*, que ‘significa que uma criança poderia ser concebida já órfã’, o que é inadmissível ‘frente aos dispositivos constitucionais e ao princípio do melhor interesse da criança’.” (OLIVEIRA, 2005, p. 20). Contudo, defende que se no caso de permissão da fecundação após a morte, se chegaria mais próximo ao melhor interesse da criança se considerar-se a presunção da paternidade.

Continuando ainda a análise quanto ao direito sucessório, será apresentada a manifestação de Felipe Bernardo e Maria Rodrigues da Cunha expressada no artigo sobre aspectos jurídicos da reprodução humana assistida:

Ora, se o legislador reconhece a filiação (art. 1.597 do Código Civil), deve o aplicador do direito reconhecer os direitos hereditários, embora não previsto expressamente no ordenamento jurídico.

Contudo, se reconhecido o direito sucessório do filho inseminado *post mortem*, os demais herdeiros seriam diretamente afetados, pois a possibilidade de nascimento de um futuro irmão comprometeria a partilha que poderia até já ter sido efetuada, acarretando uma verdadeira insegurança jurídica.

Assim, há aparente conflito de normas entre o direito à sucessão do filho nascido de inseminação homóloga *post mortem* e a segurança jurídica dos demais herdeiros, devendo ocorrer ponderação dos valores colididos.

Apesar da complexidade da matéria e passados quase dez (10) anos desde a entrada em vigor do atual Código Civil, não há objetivamente corrente jurisprudencial concreta e segura sobre o tema.

A problemática aponta uma aparente colisão de princípios fundamentais, devendo nesse caso sopesar valores. De um lado: a segurança jurídica e de outro a igualdade dos filhos assegurada pela Constituição, a máxima da dignidade da pessoa humana, a liberdade de planejamento familiar e a pluralidade familiar. (BERNARDO; CUNHA, 2012).

Esses autores ainda citam Maria Berenice Dias, que trata do assunto nos seguintes termos:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até a pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebidos *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor (DIAS, 2008, p. 117). (BERNARDO; CUNHA, 2012).

Quanto aos direitos sucessórios de filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* deverão ser levadas em conta todas as garantias constitucionais, especialmente quanto à partilha de bens em condições de igualdade com os demais herdeiros necessários, bem como com os testamentários, caso houver. O princípio da isonomia entre os filhos, com a proibição de qualquer designação discriminatória está expresso na Constituição Federal, art. 227, §6º (BRASIL, 1988).

Os autores Felipe Bernardo e Maria Rodrigues da Cunha mencionam em seu artigo o Enunciado 267, aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o qual apresenta como sugestão que a regra do art. 1.798 do Código Civil seja estendida aos embriões formados por meio de técnicas de reprodução humana assistida, “[...]abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.” Ao referir-se aos embriões, o enunciado em questão considera “[...] o óvulo já fecundado pelo sêmen do *de cuius*, admitindo a sucessão hereditária do embrião concebido *in vitro*, porém negando a sucessão do filho havido de fecundação posterior a morte do doador, a partir do sêmen preservado.” (BERNARDO; CUNHA, 2012).

Esses mesmos autores sugerem que a resposta para o dilema seja encontrada no princípio da dignidade da pessoa humana, “donde se conclui que o valor que merece especial atenção é o do melhor interesse da criança.” E continuam:

Sugere-se, então, que os filhos havidos de fecundação homóloga *post mortem* recebam o mesmo tratamento jurídico dispensado aos filhos preteridos em inventário e partilha.

Neste caso, mister incluí-los diante de mais uma hipótese de petição de herança, cujo prazo extintivo para a propositura da ação é de dez anos a partir da abertura da sucessão, lembrando que os artigos 198, I, e 208, ambos do Código Civil, não admitem prescrição e decadência de direito de incapazes. (BERNARDO; CUNHA, 2012).

A sugestão apresentada por Felipe Bernardo e Maria Rodrigues da Cunha é a de que se busque solucionar a problemática do direito sucessório nos casos de filhos havidos por fecundação artificial homóloga após a morte do genitor com base no princípio da dignidade da pessoa humana, dando ênfase ao melhor interesse da criança.

No entanto, pretende-se amparar o direito de filhos gerados por tais meios no princípio da isonomia entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º da Constituição Federal do Brasil. Nas palavras de Fernando Alcântara Castelo:

O princípio da igualdade é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito, tendo sido proclamado já no preâmbulo da Lei Fundamental de 1988. Ainda assim, o constituinte o repetiu no artigo 5º, e, como não poderia deixar de ser, não foi esquecido no âmbito do direito de família, e em especial no direito de filiação, que o albergou no artigo 227, § 6º.

[...]

A Carta Constitucional de 1988, em seu art. 227, §6º, fincou a absoluta igualdade entre todos os filhos, não mais sendo admitida a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, uns biológicos, outros não biológicos, mas todos com iguais direitos e qualificações. (CASTELO, 2011, p. 40).

Maria Berenice Dias cita Paulo Lôbo ao falar sobre o princípio da equiparação dos filhos, e este autor afirma que “[...] o referido princípio não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado.” (LÔBO apud DIAS, 2009, p. 67).

Então, se não mais se admite distinção entre filhos, o filho gerado por fecundação homóloga *post mortem* não poderá ser tratado de forma diversa, caso contrário estaria sendo discriminado, o que é coibido pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido se manifesta Farias: “[...] com o devido respeito às posições contrárias, parece sensato e justo que seja dado ao filho concebido por inseminação artificial *post mortem* o mesmo tratamento jurídico destinado aos demais filhos concebidos ou nascidos enquanto vivo o genitor.” (FARIAS, 2011 apud BERNARDO; CUNHA, 2012). E tal tratamento jurídico tem o devido respaldo no art. 227, § 6º da nossa Constituição Federal.

Contudo, como já sugerido por Felipe Bernardo e Maria Rodrigues da Cunha, o direito à herança de filhos gerados *post mortem* por fecundação artificial homóloga poderia ser pautado no princípio da dignidade da pessoa humana para que venha a ser considerado herdeiro necessário, assim como os demais descendentes.

Segundo Nunes, o princípio da dignidade humana “[...] é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais[...]”, e por essa razão não pode ser “[...] desconsiderado em *nenhum* ato de interpretação ou criação de normas jurídicas.”

(NUNES, 2009, p. 53). Nas palavras de Agenor Casaril, “[...] a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, foi positivada como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.” (CASARIL, 2009, p. 110)

No caso de haver uma colisão entre o direito à herança de filho gerado *post mortem* por fecundação artificial homóloga e a segurança jurídica dos demais herdeiros, valores devem ser sopesados. Deve ser analisado se o que vale mais é o princípio da isonomia entre os filhos ou a segurança jurídica dos demais herdeiros quanto a quota-parte que lhes cabe. Para tanto, aplicar-se-ia o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido, Nunes cita Canotilho, “[...] quando fala do método de controle do princípio da igualdade, apresenta o princípio da proporcionalidade como elemento mediante o qual se articula a isonomia, para garantir a aplicação do princípio da igualdade.” (CANOTILHO apud NUNES, 2009, p. 57).

Existindo dúvidas por parte dos sucessores quanto ao fato do falecido ser ou não o pai biológico daquele filho gerado *post mortem* pelas técnicas de reprodução assistida, esses podem valer-se do exame de DNA para dirimi-las.

Assim sendo, é perfeitamente cabível que um filho gerado *post mortem* de seu genitor, por meio de inseminação artificial, seja considerado herdeiro necessário e não somente testamentário como prevê a legislação civil brasileira. Esse herdeiro encontra respaldo legal na Constituição Federal de 1988 que veda absolutamente discriminação entre filhos, sendo, portanto, cabível o direito sucessório legítimo e não testamentário.

## CONCLUSÃO

O Código Civil Brasileiro prevê a utilização das técnicas reprodutivas humanas, no entanto, essas não possuem uma legislação específica que regulamente a sua utilização. As consequências ético-jurídicas em torno da reprodução humana assistida são diversas, porém, o enfoque dado neste trabalho foi o relacionado ao direito sucessório de filho gerado após morte do genitor.

Analisou-se se é possível o filho gerado a partir de reprodução assistida após a morte do genitor ter direito à herança com amparo legal nos artigos 5º, XXX, 227, § 6º, ambos da Constituição Federal de 1988, e no artigo 1.596 do Código Civil Brasileiro de 2002, com argumento de equiparação dos filhos, mesmo contrariando a lei da coexistência do herdeiro, ou seja, de sua sobrevivência ao *de cuius*. A maioria da doutrina sustenta que o filho gerado a partir de reprodução assistida após a morte do genitor, a princípio não teria direito à herança, com fundamento no Código Civil Brasileiro.

A outra possibilidade levantada foi: “O Código Civil Brasileiro, no seu artigo 1799, inciso I, assegura o direito dos filhos ainda não concebidos, na sucessão testamentária, de pessoas indicadas pelo testador em disposição de última vontade do autor da herança, o que não ocorre especificamente na sucessão legítima”.

As possibilidades acima referidas foram criteriosamente analisadas. Foi possível perceber que a grande maioria da doutrina se inclina em direção ao Código Civil, que reconhece a filiação nos casos de inseminação artificial, inclusive *post mortem*, contudo, não reconhece esses filhos como herdeiros necessários, somente testamentários.

Importante destacar que a doutrina também reconhece o princípio da isonomia entre os filhos, o qual veda quaisquer designações discriminatórias, previsto no art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, no entanto, os filhos gerados após a morte do genitor sequer são mencionados pela doutrina no intuito de enquadrá-los nesse princípio.

É certo que em 1988, quando da aprovação da Carta Magna, ainda não haviam muitos casos relacionados às técnicas de reprodução humana assistida que permitissem uma discussão acerca do tema pelos constituintes. Porém, 25 anos se passaram, e, desde então muitos filhos foram gerados por essas técnicas, mas ainda não foi o suficiente para que legisladores regulamentassem a utilização desses procedimentos reprodutivos, e conseqüentemente para solucionar o dilema do direito sucessório.

Os filhos, independentemente da origem de sua filiação, merecem um tratamento igualitário, eis que não podem ficar a mercê de uma legislação que por um lado os reconhece como filhos, mas por outro os desconhece como herdeiros legítimos. É por essa razão que se refuta a hipótese que assegura o direito de herança aos filhos ainda não concebidos, no entanto, na sucessão testamentária, desde que indicadas pelo autor da herança em disposição de última vontade, vedando a sucessão legítima para esses casos.

Nessa ótica, constata-se que há necessidade da criação de um estatuto ou microssistema que abarque todas as questões jurídicas que envolvem a reprodução assistida, pois da forma que se encontra atualmente gera uma série de incertezas, especificamente no direito sucessório. Contudo, enquanto não advier legislação nesse sentido, necessário será evocar os princípios da isonomia entres os filhos, e, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana para que os filhos gerados *post mortem* sejam contemplados com o direito à herança, constitucionalmente previsto no art. 5º, XXX, da Carta Magna de 1988.

Por derradeiro, entende-se que é perfeitamente cabível que um filho gerado por inseminação artificial *post mortem* de seu genitor seja considerado herdeiro necessário e não somente testamentário, conforme prevê o Código Civil, visto que, esse herdeiro encontra amparo na Constituição Federal de 1988, a qual veda absolutamente discriminação entre filhos, sendo, portanto, cabível o direito sucessório legítimo e não somente por testamento para esses filhos.

## REFERÊNCIAS

BERNARDO, Felipe Antônio Colaço; CUNHA, Maria Galvão Rodrigues da. **Aspectos jurídicos reprodução humana assistida**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3588, 28 abr. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/24261/aspectos-juridicos-da-reproducao-humana-assistida#ixzz2WPAlUsgJ>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

BRASIL. **Código Civil**, promulgado em 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 31 maio 2012.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 07 jun. 2012.

CASARIL, Agenor. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. – n. 62 – nov. 2009 – abril 2009, Porto Alegre: AMP/RS, 2009.

CASTELO, Fernando Alcântara. **A igualdade jurídica entre os filhos**: reflexo da constitucionalização do direito de família. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Direito, 2011, p. 40. Disponível em:  
<<http://www.mp.ce.gov.br/esmp/biblioteca/monografias/dir.familia/a.igualdade.juridica.entre.os.filhos.pdf>>. Acesso em: 19 jun. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em:  
<<http://www.ibdfam.org.br/artigos/detalhe/290>>. Acesso em: 23 abr. 2012.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Daniela Bogado Bastos de. **Presunções de Paternidade**. Bolsista da FENORTE. Mestranda da Faculdade de Direito de Campos. Trabalho apresentado como conclusão da disciplina de Relações Privadas e Constituição, ministrada pelo Prof. Leonardo Mattietto. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VI, Nº 7 - Dezembro de 2005, p. 18. Disponível em:  
<<http://fdc.br/Arquivos/Mestrado/Revistas/Revista07/Discente/01.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Direito das Sucessões. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 26. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil: direito das sucessões**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

**PRÁTICAS SOCIAIS DE LETRAMENTO ACADÊMICO/CIENTÍFICO: A  
CONTRIBUIÇÃO DA LEITURA DE TEXTOS LITERÁRIOS À CONSTRUÇÃO  
DA AUTORIA DISCENTE NO CURSO DE DIREITO.**

Márcia Adriana Dias Kraemer<sup>1</sup>

Bianca Tams Diehl<sup>2</sup>

Maria Lourdes Vicari de Siqueira<sup>3</sup>

**RESUMO**

Este estudo propõe-se a examinar estratégias discursivas que visam às práticas previstas nos dois eixos do ensino de língua materna – o uso e a reflexão. A leitura, a análise linguística e a escrita surjam como etapas de um processo que pressupõe a língua holisticamente, constituindo a interação verbal (BAKHTIN/VOLOCHÍNOV, 2006). Com efeito, na busca do letramento acadêmico/científico, acreditamos que os discentes devem ser instigados a desenvolver habilidades de leitura a partir de textos-enunciados de gêneros diversos. O texto literário destaca-se por mobilizar todas as funções e as dimensões da linguagem e possibilitar a transição de uma realidade cotidiana à outra (FIORIN, 2000). Diante desse contexto, torna-se pertinente a escolha de gêneros literários para o trabalho em sala acadêmica. Ilustra a possibilidade de uma análise à luz da Linguística Aplicada e da Análise Dialógica do Discurso em que as marcas lexicais do texto auxiliam tanto na compreensão da função da palavra no sistema linguístico quanto na consciência dos efeitos de sentido produzidos pelo seu uso. Torna-se, com efeito, espaço dialógico, no qual se instaura o movimento da leitura à escrita.

<sup>1</sup> Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Graduada e Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Práticas Pedagógicas para o Ensino Básico - FEMA e docente do Curso de Direito, de Ciências Contábeis e de Gestão de Recursos Humanos da mesma instituição. Membro da Comissão de Vestibular FEMA e do Núcleo Docente Estruturante dos Cursos de Ciências Contábeis e de Gestão de Recursos Humanos - FEMA. marciakraemer@fema.com.br

<sup>2</sup> Doutoranda em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI). Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Candido Mendes (UCAM), Graduada pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenadora do Curso de Direito e Supervisora Acadêmica das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Advogada.

<sup>3</sup> Graduada em Letras pela Universidade de Passo Fundo e Licenciatura Plena - Hab. Inglês pelo Instituto Educacional Dom Bosco. Pós-graduada em Letras - Português pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras Dom Bosco. Atualmente é professora de Comportamento e Etiqueta Empresarial e Português Instrumental nos cursos superiores de Ciências Contábeis, Administração e Tecnologia em Gestão de Recursos Humanos nas Faculdades Integradas Machado de Assis. Membro da Comissão de Vestibular e do Conselho de Administração Superior das Faculdades Integradas Machado de Assis.

Para a compreensão do percurso metodológico, apresentamos uma proposta de leitura cuja construção de sentidos resulta em diferentes produções acadêmicas de semestres iniciais do Curso de Direito da instituição pesquisada. O trabalho, de natureza teórico-empírica, com caráter de estudo de caso, tem fins explicativos e método de abordagem dialético. Acreditamos que, com proposições dessa natureza, propiciaremos a consciência autoral em nosso corpo acadêmico, contribuindo para a prática social de letramento na universidade.

Palavras-chave: Letramento Acadêmico - Texto Literário – Autoria Discente.

## RESUMEN

Esta investigación se propone examinar estrategias discursivas que visan a las prácticas previstas en los dos ejes de la enseñanza de la lengua materna – el uso y la reflexión – en que la lectura, el análisis lingüístico y la escrita surjan como etapas de un proceso que presupone la lengua holísticamente, constituyéndose en la interacción verbal (BAKTHIN/VOLOCHÍNOV, 2006). De hecho, en la búsqueda de la alfabetización académico/científico, creemos que los discentes deben ser instigados a desarrollar procesos de lectura a partir de textos-enunciados de géneros diversos, en que se destaca el literario, por movilizar todas las funciones y las dimensiones del lenguaje y posibilitar la transición de una realidad cotidiana a otra (FIORIN, 2000). Frente a este contexto, la elección de géneros literarios para el trabajo en el aula en la academia se vuelve pertinente, pues ilustra la posibilidad de un análisis, a la luz de la Lingüística Aplicada y del Análisis Dialógico del Discurso, en que las marcas lexicales del texto auxilian tanto en la comprensión de la función de la palabra en el sistema lingüístico, cuanto en la consciencia de los efectos de sentido producidos por su uso, volviéndose espacio dialógico, en el cual se instaura el movimiento de la lectura a la escrita. Para la comprensión del enfoque metodológico, presentamos una propuesta de lectura cuya construcción de sentidos resulta en diferentes producciones académicas de semestres principiantes. El trabajo, de naturaleza teórico-empírica, con carácter de estudio de caso, tiene fines explicativos y método de abordaje dialético. Creemos que, con proposiciones de esta naturaleza, propiciaremos la consciencia autoral en nuestro cuerpo académico contribuyendo para la práctica social de alfabetización en la universidad.

Palabras claves: Alfabetización Académica - Texto Literario – Autoría Discente.

## INTRODUÇÃO

Ao percebermos a educação como processo inserido no mundo social, entendemos que o que se faz, como se faz, em que momento e por que afetam

profundamente a prática em sala de aula, pois são procedimentos relacionados não só ao desenvolvimento cognitivo do discente, mas, também, a outros tão importantes, como o afetivo. É preciso a conscientização docente de que a afetividade não se limita apenas às manifestações de carinho físico ou de elogios, como muitos equivocadamente definem, mas de respeito e de reciprocidade (PINO, 1997).

Adequar a tarefa às possibilidades do educando, fornecer meios para que realize a atividade confiando em sua capacidade, transmitir tranquilidade, preparar aulas criativas e instigantes, selecionar materiais atrativos que o remetam também ao mundo sensível são maneiras bastante refinadas de o professor desenvolver a comunicação afetiva.

Assim, no âmbito dos estudos da linguagem, sentimos a necessidade de praticar um ensino voltado à reflexão sobre a própria linguagem, a fim de tornar a aprendizagem da língua materna produtiva nas suas diferentes concretizações. Acreditando nessa premissa, propomos a reflexão acerca de atividades que objetivam as práticas previstas nos dois eixos do ensino de língua materna – o uso e a reflexão – em que a leitura, a análise linguística e a escrita surjam como etapas de um processo que vê a língua holisticamente, a qual se constrói e evolui por meio da interação verbal (BAKTHIN, 2003).

Pensando nisso, concordamos com Fiorin (2000) o qual acredita que, na busca do conhecimento linguístico, os alunos devem ser expostos a todos os tipos de textos, em que se destaca o literário, por mobilizar todas as funções e as dimensões da linguagem e possibilitar a transição de uma realidade cotidiana à outra. Nesta, criam-se novas percepções e experiências diversas, provocando a interação verbal, marcada pela natureza sensível do processo. Se este possuir um caráter emocional favorável, facilitará a aprendizagem.

Diante do contexto, a escolha de textos literários para o trabalho em sala de aula universitária torna-se pertinente. Ela ilustra a possibilidade de uma análise - à luz da Linguística Aplicada e da Análise Dialógica do Discurso (BRAIT, 2003) - em que as marcas lexicais do texto auxiliam tanto na compreensão da função da

palavra no sistema linguístico quanto na consciência dos efeitos de sentido produzidos pelo seu uso. Dessa forma, o texto literário constitui espaço dialógico, de interação social, no qual se instaura o movimento espiral de leitura e de escrita (VYGOTSKY, 1988).

A apresentação do estudo, para o melhor entendimento do processo de investigação, está organizada em três seções:

- a) a primeira trata do percurso metodológico e dos procedimentos técnicos escolhidos para a análise e para a interpretação dos dados da pesquisa acerca do processo de construção de estratégias de leitura voltadas a uma turma ingressa no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA;
- b) a segunda expõe o construto teórico que aborda a relação entre leitura, escrita e interação verbal e a produção da autoria discente;
- c) a terceira explicita o estudo de caso da turma investigada, sujeitos da pesquisa, descrevendo o processo de leitura de textos literários vivenciado nesse contexto específico, cujo resultado materializa-se na produção de textos pertencentes a gêneros diversos, dirigidos a públicos diferentes e com intencionalidades distintas.

## **1 METODOLOGIA**

A metodologia adotada neste relatório de pesquisa está inserida em uma prática pedagógica comprometida com a formação social e cognitiva do discente, analisando o processo de ensino e de aprendizagem no âmbito da linguagem, sob o prisma da Linguística Aplicada e da Análise Dialógica do Discurso (BRAIT, 2003).

Dessa forma, a pesquisa apresenta cunho processual, teórico-empírico, apoiando-se em método de abordagem dialético ao investigar a ação recíproca do fenômeno relacionado aos processos de leitura e de escrita, entendendo-o em constante transformação, cujo embate entre as vozes sociais é condição inerente à apropriação da autonomia autoral.

O prisma proposto fundamenta-se na Teoria Dialética do Conhecimento (GASPARIN, 2007), pressupondo: o estudo da prática social dos sujeitos envolvidos no processo a ser pesquisado; a teorização dessa prática social, buscando um suporte teórico que revele, descreva e explique essa realidade; e a intervenção nessa realidade, por meio do conhecimento apreendido no processo.

Com essa perspectiva, realizamos um recorte etnográfico no microcosmo social da academia, tendo como cronotopo o ano de 2011 e uma sala de aula do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis de Santa Rosa, Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Procedemos em uma análise interdisciplinar, pois relacionamos as teorias remanescentes:

- a) da Linguística Aplicada, para fundamentar a reflexão sobre a formação crítica e reflexiva dos discentes;
- b) da visão sociológica da linguagem, subsidiada pela Análise Dialógica do Discurso, para fundamentar o estudo do gênero conto e da análise metodológica dos dados coletados.

Empreendemos, portanto, uma pesquisa de cunho etnográfico, correspondendo a uma forma de pesquisar um fenômeno social em curso, no seu contexto real, empírica e qualitativamente, sob o método de abordagem dialético. A geração de dados resulta de documentação indireta, com pesquisa em fontes bibliográficas da literatura pertinente à área e documentais, materializadas na produção de leitura e de escrita dos discentes participantes da pesquisa, correspondendo a uma amostragem do grupo composto por 55 alunos, durante o período de 2011.

Com predomínio qualitativo e interpretativo de análise dos dados, validamos a importância de os significados do mundo social serem construídos, interpretados e reinterpretados pelo pesquisador de maneira plurissignificativa. Por isso, a natureza do estudo reconhece que a especificidade do objeto de investigação exige o respeito às suas peculiaridades, sendo somente possível imprimir significado e sentido aos fenômenos observados com o apoio de práticas de interpretação e de compreensão pautadas na apreensão da realidade.

Dessa maneira, subvertemos a separação epistêmica existente entre sujeito-investigador e sujeito ou objeto investigado, ampliando a chance de o fenômeno ser analisado na perspectiva dos atores nele envolvidos e no contexto em que eles ocorrem (LIMA, 2008). O mérito desse tipo de procedimento técnico pode ser resumido em cinco pontos principais:

- a) A importância do singular assumida na investigação dos fenômenos sociais acaba contribuindo no resgate da ideia de o homem ser reconhecido como *singular universal* no processo investigativo.
- b) Valoriza a ideia de intensidade em detrimento da ideia de quantidade.
- c) A credibilidade das conclusões alcançadas é reflexo das multiperspectivas resultantes de diferentes fontes de consulta exploradas no contexto dos métodos de cunho qualitativo. Isso pressupõe um olhar profundo e prolongado sobre a realidade investigada.
- d) A quantidade de tempo envolvida no processo de investigação somada à intensidade dos contatos estabelecidos entre o pesquisador e os sujeitos da investigação correspondem a fatores que reduzem significativamente a *fabricação* de comportamentos “maquiados”, convenientes, de *fachada*.
- e) A quantidade de tempo envolvida no processo de investigação somada à multiplicidade de fontes de evidência figuram fatores que dificultam ao pesquisador manter *pré-conceitos* frente ao objeto de investigação. (LIMA, 2008, p. 33).

Em vista de nosso objetivo geral visar a reflexão acerca de estratégias discursivas que preconizam as práticas previstas de uso e de reflexão – em que a leitura, a análise linguística e a escrita constituem-se na interação verbal, buscamos, a partir do letramento acadêmico/científico, possibilidades de desenvolver processos de leitura a partir de textos-enunciados do gênero conto, propiciando a construção da autoria discente.

Pelos fundamentos epistemológicos, tencionamos ponderar a respeito das práticas discursivas empreendidas como elementos norteadores para a construção de relações sociais e de conhecimentos em sala de aula, determinados pela adoção de referenciais teóricos que tomem essa realidade como produzida na interação (KLEIMAN, 2008).

## 2 A INTERAÇÃO VERBAL POR MEIO DA LEITURA E DA ESCRITA

É inegável que a leitura do texto escrito constitui uma das conquistas da humanidade. Pela leitura, o ser humano não só se apropria do conhecimento, como pode transformá-lo em um processo de aperfeiçoamento contínuo. A aprendizagem da leitura possibilita a emancipação da criança e a assimilação dos valores da sociedade.

Como diz Silva, “[...] a leitura, se levada a efeito crítica e reflexivamente, levanta-se como um trabalho de combate à alienação (não-racionalidade), capaz de facilitar ao gênero humano a realização de sua plenitude (liberdade).” (SILVA, 1985, p. 22-23). Dessa forma, a leitura caracteriza-se como uma atividade de questionamento, de conscientização e de libertação.

Segundo Kato, o desenvolvimento das teorias sobre a leitura acompanha o desenvolvimento da própria linguística (KATO, 1986). Em uma retrospectiva histórica na pesquisa dessa habilidade, três elementos se alternam como focos de atenção: o autor, o leitor e o texto. A ênfase em um ou em outro está diretamente relacionada às diferentes concepções de linguagem, que modulam as várias práticas e orientações em sala de aula.

Primeiramente, temos a concepção de linguagem como forma de *expressão do pensamento*, ligada diretamente à tradição. Nela vigora a pedagogia do *certo* e do *errado*, traduzida por um modelo linguístico que privilegia as classes dominantes, sendo as demais formas de uso da língua discriminadas. Quanto à leitura, é entendida como simples reconhecimento das ideias do autor, em que a significação decorre do relacionamento entre texto e a intenção do produtor da escrita, a sua vida, a sua obra. Logo, ler é reconhecer a intenção do autor.

Em um segundo momento, temos a linguagem como *instrumento de comunicação*, fundamentada na concepção estruturalista e gerativista, em que o texto é objeto autônomo, tendo maior importância do que o autor e do que o leitor. Assim, o ato de ler consiste em uma atividade de apreensão do significado,

resultante da percepção do feixe de relações constitutivas do próprio texto. Então ler é apreender os sentidos autorizados pelo texto.

Em um terceiro enfoque, enfatiza-se a natureza subjetiva da linguagem, legitimando-se a figura do leitor, que atribui significado ao que lê. Dessa forma, ler é atribuir significados por meio das experiências e dos conhecimentos do leitor.

Já nas últimas décadas, sobretudo a partir da Linguística da Enunciação e da Análise do Discurso, a linguagem passa a ser vista como forma de interação, servindo para o indivíduo agir e atuar sobre o outro, ou seja, interagir. Sob a ótica do Círculo de Bakhtin,<sup>4</sup> é no fluxo da interação verbal que a palavra se concretiza como signo ideológico, que se transforma e ganha diferentes significados, de acordo com o contexto em que ela surge. Dessa forma, constituído pelo fenômeno da interação social, o diálogo revela-se como a tessitura da vida pela linguagem.

Assim, à medida que o conhecimento é sistematizado, na interação dialética constante, as ideias e as experiências dos homens são difundidas textualmente. Cada época e cada grupo social têm seu repertório de formas de discurso que funciona como um espelho que reflete e refrata o cotidiano e a palavra é a imagem desse espaço no qual os valores fundamentais de uma dada sociedade explicitam-se e confrontam-se:

As palavras são tecidas a partir de uma multidão de fios ideológicos e servem de trama a todas as relações sociais em todos os domínios. É portanto claro que a palavra será sempre o indicador mais sensível de todas as transformações sociais, mesmo daquelas que apenas despontam, que ainda não tomaram forma, que ainda não abriram caminho para sistemas ideológicos estruturados e bem formados. A palavra constitui o meio no qual se produzem lentas acumulações quantitativas de mudanças que ainda não tiveram tempo de adquirir uma nova qualidade ideológica, que ainda não tiveram tempo de engendrar uma forma ideológica nova e acabada. A palavra é capaz de registrar as fases transitórias mais íntimas, mais efêmeras das mudanças sociais. (BAKHTIN/VOLOCHÍNOV, 2006, p.42).

<sup>4</sup> *Círculo de Bakhtin* é uma expressão convencionalizada por estudiosos contemporâneos ao grupo de pensadores de diferentes formações, interesses intelectuais e atuações profissionais - no qual se considera que Mikhail M. Bakhtin (1895-1975) tenha prestado a maior contribuição, ao lado de Valentin N. Volochínov (1895-1936) e Pavel N. Medvedev (1892-1938)-, que se reuniu regularmente de 1919 a 1929, na Rússia, em torno de projetos filosóficos os quais tinham, como ponto de convergência, a concepção de linguagem.

A interação, a partir desses pressupostos, implica a relação dialógica de dois interlocutores, mediada pela palavra, em uma perspectiva infinita de elos de linguagem que se consolidam pelas posições sociais dos interactantes, em função do meio social em que vivem:

Na realidade, não são palavras o que pronunciamos ou escutamos, mas verdades ou mentiras, coisas boas ou más, importantes ou triviais, agradáveis ou desagradáveis etc. A palavra está sempre carregada de um conteúdo ou de um sentido ideológico ou vivencial. (BAKHTIN/VOLOCHÍNOV, 2006, p. 98).

Por isso, ler é o resultado de uma relação de alteridade, de negociação de sentidos entre leitor, texto e autor. Ao entender isso, é possível defendermos a premissa de que a leitura se integra à produção em pelo menos dois sentidos: ela incide sobre *o que se tem a dizer* e sobre *as estratégias do dizer* (GERALDI, 1993). As duas habilidades fazem parte de um processo em que a escrita se inicia com a leitura, pois, se proporciona a construção de sentidos, isso acontece por meio da interação do leitor com o texto.

Como afirma Iser (1999), o leitor infere sentidos à leitura e preenche as lacunas do texto, uma vez que este não está acabado. O leitor, ao estabelecer a interlocução, utiliza-se de seu conhecimento prévio para formar sentido àquilo que lê, acrescentando o *dado* ao *novo*. Quando passa a ser o produtor do texto, esse processo de (re) significação oferece subsídios para a sua escrita, auxiliando-o a configurar as *estratégias do dizer*.

Assim, podemos afirmar que um dos objetivos da leitura é constituir e dar matéria prima para se praticar a escrita, devendo ser trabalhada em sala de aula, a fim de associá-la ao processo de produção, em um ensino voltado à interação discursiva. Nesse sentido, é salutar percebermos que a concepção de escrita que mais se aproxima dessa perspectiva é a que vê a produção textual como trabalho (SERCUNDES, 1997), envolvendo momentos como o planejamento, a execução, a leitura do texto e a modificação, por meio da reescrita.

Conforme essa acepção, a escritura de um texto também não se finda, à semelhança da leitura, porque é passível de transformação constante, seja pela reação do outro (professor, colega...) ou de si mesmo, no papel do outro dele mesmo, em um novo olhar sobre sua ação. O texto, então, pode ser modificado em busca de um amadurecimento da escrita consciente, em um trabalho planejado e repensado.

Na perspectiva apontada, temos a noção de escritor como sujeito da sua prática, construindo seu texto sobre o conhecimento que já está internalizado, pensando no momento presente e no seu leitor. Ele usa operações e metaoperações de escrita, podendo alterar seu texto com autonomia, refletindo sobre as ações realizadas e chegando à autocorreção, revelada na interação verbal: a presença real ou imagética do outro, ao definir o uso da convenção linguística e ao tornar-se o interlocutor de si próprio (GERALDI, 1996).

## 2 O PRAZER DE LER E DE ESCREVER E O TEXTO LITERÁRIO

Li-te-ra-tu-ra [...] essa coisa de escritor criar um personagem e fazer a gente acreditar nele feito coisa que toda a vida a gente conheceu o cara, ou a cara, Literatura é fazer esse personagem inventado virar um espelho pra gente, é fazer a gente ficar puto da vida se o personagem faz um troço que a gente acha besteira, mas em compensação é fazer a gente entrar numa boa se ele faz um troço que a gente também quer fazer, Literatura é o jeito que um escritor descobre pra passar isso pra gente dum jeito que é só dele. (BOJUNGA, 1998, p. 35).

A literatura representa, em seu “fazer artístico”, uma dimensão prática dessa *imaginação* inferida por Bojunga, um aspecto da faculdade de raciocínio. Assim, falando no interdito da linguagem, ela permite ao leitor extrair suas próprias conclusões no processo de leitura, ao se defrontar, por exemplo, com problemas de situações cotidianas que lhe causam perplexidades: o indivíduo é estimulado, no processo do aprender, a compreender o como e o porquê de tais situações e é impulsionado a buscar soluções para elas.

No momento em que a leitura causa essa introjeção, o sujeito necessita entender o que se passa dentro de si, não por meio da compreensão racional da

natureza e do conteúdo de seu inconsciente, mas por meio de divagações com o pensamento, de cogitações em que organiza os elementos adequados da história em resposta às pressões inconscientes. É nesse aspecto que reside o valor inestimável da literatura, ao oferecer novas dimensões à imaginação humana, àquilo que talvez ela não pode descobrir verdadeiramente por si só.

Condicionada à produção escrita desde a sua origem, a literatura pressupõe um documento destinado à leitura, o que implica a ideia de um conhecimento específico, justamente pelo tipo de signo empregado. No entanto, pelo fato de vivermos em um mundo de constantes mudanças, de novas cosmovisões e mundividências, também o ato de narrar redimensiona-se.

No decorrer da história, provavelmente persista o fato de que os acontecimentos de uma narrativa geralmente são mais atraentes do que a própria realidade. Dessa maneira, o que nos leva à leitura de um texto artístico é aquilo de interessante que ele nos tem para dizer. As personagens imaginárias preenchem vazios da realidade. Assim, tanto a leitura quanto a criação de um texto narrativo é uma forma de sonhar acordado.

Ao produzirmos o mascaramento da *verdade*, criamos uma falsidade necessária ao disfarce do real, causando prazer pelo jogo de palavras que se descentram para o imprevisível. Para Barthes, a literatura é uma trapaça salutar, uma esquiva, um jogo magnífico que permite ouvir a língua fora do poder, no esplendor de uma revolução permanente da linguagem (BARTHES, 1999). Nas palavras de Drummond, *Se procurares bem / acabarás encontrando / não a explicação duvidosa da vida / mas a poesia (inexplicável) / da vida* (ANDRADE, 2002).

Percebemos que o espaço de criação do texto literário, também objeto da análise em questão, é a liberdade que dá autoridade ao autor para aderir ou transgredir padrões linguísticos, temáticos e estilísticos da tradição literária. É interessante salientarmos a maneira como as *estratégias do dizer* se constituem na seleção de palavras, na construção dos temas e no modo de organização narrativa

utilizadas pelo escritor para exteriorizar os fatores cotidianos e exprimir os pensamentos da humanidade a quem for ler.

Para Barthes, a *escritura* ou o modo de escrever é o que desencadeia a fruição da linguagem (BARTHES, 1999). O texto é *atópico* pelo menos em sua produção, visto que se encontra, segundo o autor, inserido em um sistema desconexo que espera para ser organizado pelo escritor e, posteriormente, pelas inferências do leitor.

Logo, não existe uma linguagem específica, mas a linguagem do próprio texto arranjada por quem escreve. Conforme Sartre, um dos principais motivos da criação artística é a necessidade que o escritor tem de sentir-se peça essencial em relação ao mundo (SARTRE, 1993). Ele pode introduzir ordem onde não há e atribuir unidade à diversidade, formulando os seus próprios critérios para a produção.

Desse modo, o que está sendo criado pelo autor parece estar sempre pendente, nunca encerrado ou em definitivo: o *objeto literário* “[...] só existe em movimento. Para fazê-lo surgir é necessário um ato concreto que se chama leitura, e ele só dura enquanto essa leitura durar.” (SARTRE, 1993, p. 35).

Podemos afirmar que escrever implica ler. Ao construir o texto, o autor somente guia o leitor e deixa brechas para que este possa ir além do que está visível. O ato de escrever significa levar o leitor a desvendar o que o escritor empreendeu. O sentido da obra é a sua totalidade.

Dessa forma, “[...] o ato criador é apenas um momento incompleto e abstrato da produção de uma obra; se o escritor existisse sozinho, poderia escrever quanto quisesse, e a obra enquanto objeto jamais viria à luz.” (SARTRE, 1993, p. 37). Com efeito, para esse pensador, o escritor apela à liberdade do leitor para que este compartilhe da produção de sua obra. À semelhança de ler, escrever é revelar e desvendar o mundo, uma vez que o escritor procura dar aos leitores o prazer estético ou, conforme Sartre, a *alegria estética*.

Para Barthes, o texto literário corresponde a um tecido em que o leitor se perde “[...] como uma aranha que se dissolve ela mesma nas secreções construtivas de sua teia.” (BARTHES, 1999, p 83), ou seja, o texto se produz em um

entrelaçamento contínuo e o leitor constrói a sua percepção de mundo por meio dessa interação dialógica com o escrito.

Logo, é possível entender que a sensação de plenitude causada por uma obra de arte deve-se ao fato de o diálogo entre texto e leitor permanecer por muito tempo, uma vez que se transpõe uma linguagem multifacetada na busca pela apreensão do ser humano e do mundo em profundidade.

### **3 DA LEITURA À ESCRITA NO CURSO DE DIREITO**

Para que o discente esteja apto a tornar-se um leitor e um escritor competentes, a intervenção do professor torna-se fundamental, pois é ele quem deve planejar e desenvolver atividades correspondentes a essas habilidades, fazendo com que aquilo que parece espontâneo e natural passe do inconsciente ao consciente.

Assim, reconhecendo-nos como professores e mediadores no processo de ensino e de aprendizagem (PETIT, 1999; PINO, 1997; SMOLKA E GÓES, 1993; VYGOTSKY, 1988), procuramos em nosso cotidiano profissional estabelecer relações entre o sujeito-aluno e os objetos de conhecimento, buscando alcançar eficiência e eficácia na elaboração cognitiva que se funda na relação com o outro.

Embora muitas pedras sejam encontradas ao longo do caminho, também muitas práticas tornam-se importantes, sendo possível percebermos que o conhecer humano é uma atividade que exige uma relação envolvendo tanto o sujeito que conhece quanto o fenômeno a conhecer e o elemento mediador que torna possível o conhecimento.

Podemos enfatizar que o processo de ensino e de aprendizagem em língua materna pressupõe

- a) o consenso de que as práticas previstas devem vislumbrar o uso e a reflexão acerca da língua;
- b) a consciência de que a leitura, a análise linguística e a escrita são etapas constitutivas desse processo;

- c) o entendimento de que a escrita se inicia com a leitura em uma ação continuada na interação discursiva;
- d) a compreensão de que o escrever pressupõe construção e deve ser visto como *trabalho*;
- e) o uso de estratégias provocadoras por parte do professor que estimulem tanto o desenvolvimento cognitivo quanto o afetivo do aluno;
- f) a percepção de que precisamos trabalhar com a diversidade de gêneros e o texto literário constitui um terreno fértil para estimular a natureza emocional do ser humano por meio da leitura, incidindo tanto sobre *o que se tem a dizer* quanto sobre *as estratégias do dizer* na escritura.

A partir dessas premissas, apresentamos a análise do texto *Venha ver o pôr do sol*, de Lygia Fagundes Telles (2007), por se mostrar interessante aos nossos objetivos, uma vez que ilustra a possibilidade de uma reflexão, sob a ótica da análise linguística, em que as marcas lexicais auxiliam tanto na compreensão da função da palavra no sistema linguístico quanto na consciência dos efeitos de sentido produzidos pelo seu uso.

A escolha acontece pelo fato de se tratar de uma narrativa breve, muito propícia para o trabalho em sala de aula; de o assunto do texto não ser alheio aos alunos – relacionamentos sociais, pessoais e emocionais, presentes no cotidiano - fazendo parte de seu contexto; de envolver o mistério e o suspense, o que os atrai; e apresentar uma visão crítica dos aspectos psicológicos que envolvem esse tipo de situação, propiciando o envolvimento dos mesmos na atividade. Além disso, possibilita-lhes o reconhecimento da contribuição dessa autora à literatura brasileira.

Com um estilo literário marcadamente pessoal, sem submissões a modismos literários, Lygia Fagundes Telles faz recorrências em seus textos a diálogos precisos, os quais captam as nuances sutis de pensamentos e de sensações, trazendo à luz os conflitos subjacentes à alma de cada um. Em seus contos, predomina quase sempre o fator psicológico sobre o factual, envolvendo o leitor pela atmosfera criada, pelo que é intuído, pelo que é dito subliminarmente.

Utilizando uma técnica narrativa primorosa, a autora faz a montagem de pequenos incidentes, aparentemente banais, e a eles superpõem fatos e detalhes para compor um clima de tensão e de expectativa de um drama iminente, por vezes trágico. É esse aspecto que nos parece uma das maiores atrações que o leitor sente pelos textos da escritora.

Recuperando Barthes (1999), o leitor vê-se dissolvido *nas secreções construtivas* da teia do texto, o qual produz um entrelaçamento contínuo e é o leitor que, por meio de suas inferências, constrói o sentido à história, interagindo dialogicamente com o escrito. A força da palavra, o manejo hábil e seguro da linguagem, a atmosfera intimista e misteriosa que a autora consegue transpor em seus textos, em que a alma humana é desnuda em suas vicissitudes, fazem da leitura de sua obra uma experiência marcante.

É essa reação dos alunos que podemos perceber com a atividade de leitura do conto *Venha ver o pôr do sol* em sala de aula. A trama relata a história de duas personagens, Ricardo e Raquel. O rapaz, movido pela paixão não correspondida, marca um encontro com a ex-namorada em um cemitério abandonado e sutilmente a manipula para que a moça entre no local.

O enredo que, no princípio, parece apenas uma tentativa de reaproximação inocente por parte do rapaz, revela uma ardilosa trama vingativa e provavelmente mortal. Após a leitura completa do texto, os alunos percebem que o título *Venha ver o pôr do sol* sintetiza as intenções de Ricardo o qual, ao invés de estar fazendo um convite a um encontro prazeroso, na realidade, elabora uma estratégia para mascarar as suas verdadeiras intenções.

*Pôr do sol*, então, tem um efeito estético no texto, por garantir a polissemia discursiva, uma vez que se pode entendê-lo tanto no sentido literal, o cair da tarde, a *beleza do crepúsculo*, ou figurativamente, o período que antecede o fim de algo, o momento em que se percebe este fim. Nesse aspecto, resgata-se Barthes (1999) que se refere ao *jogo de palavras* o qual constrói o *mascaramento da verdade*. Neste caso, tanto no plano do real, quanto no plano narrativo.

A partir de estratégias de leitura, levamos os alunos-leitores a perceberem quais são as táticas discursivas presentes no texto para construir o perfil das personagens e da atmosfera da narrativa, aspectos preponderantes da trama. Por meio da constatação das *estratégias do dizer* presentes no texto, eles constataam a seleção de palavras, a construção do tema, o modo de organização narrativa usada pela autora.

No conto, o sistema de predicções das personagens acontece quase que exclusivamente de maneira indireta, envolvendo a interpretação do leitor, pois é a partir da ação e das falas de Ricardo e de Raquel que podemos deduzir a sua caracterização. Raquel, aparentemente traiçoeira e dissimulada, revela-se ingênua e até romântica ao deixar-se dissuadir a visitar um cemitério abandonado para ver um *pôr do sol* e entrar em um antigo jazigo da “família” de Ricardo. Este, aparentemente inofensivo, revela-se malicioso, manipulador, mentiroso e sádico.

A atmosfera da narrativa, em face da confluência do espaço físico (cemitério abandonado, natureza malévola) com o abstrato (ambiente caracterizado pela solidão, pela frieza, pelo medo...), torna-se mais densa e pesada, evidenciando melhor as nuances das personagens. O conflito dá-se quase ao final da narrativa, quando Raquel percebe a manobra oculta de Ricardo.

O desfecho, por sua vez, apresenta um final em aberto (FARACO, 1992), em que o leitor assume um papel significativo, uma vez que sugere várias possibilidades de encerramento, que não se apresentam definidas textualmente.

Portanto, a fruição da linguagem mencionada por Barthes (1999), acontece justamente pelo modo de escrever, pois a escrita desconexa encontra seu porto de passagem na mão hábil do escritor e nas inferências do leitor, em um processo que leva à verossimilhança interna e externa ao texto.

Neste caso, embora o enredo não tenha um compromisso com a *verdade*, há uma organização lógica dos fatos que o leitor necessita perceber. Em *Venha ver o pôr do sol* existe essa coerência, pois todos os elementos da narrativa coexistem de forma a dar sentido à trama, levando o entendimento dos alunos-leitores de que o

tema do texto está relacionado ao que é marcante nas tramas lygianas, o amor e a morte.

As situações urdidas por Lygia Fagundes Telles são pontilhadas por enigmas, ao mesmo tempo em que são retratos do cotidiano e exploram as manifestações do inconsciente, em uma perspectiva intimista. A morte, sempre ali, a rondar as personagens, mesmo quando estas amam. Amor e morte são reflexos de um mesmo espelho. Amar não traz a possibilidade do encontro, da união esperada pelos amantes. Quando esta ocorre, é só fonte de frustração e de irrealização.

A busca do encontro amoroso, pleno - fusão de corpo e espírito - também não encontra esteio no universo criado por Lygia. Suas personagens soçobram incompletas, mutiladas, sozinhas. O amor buscado revela-se fonte de prisão e de sofrimento. Não é à toa que a natureza, que comumente se confunde com a psicologia de suas tramas, é definida como um jardim selvagem: inóspito, de impossível deciframento, mas, ao mesmo tempo, atraente.

Elaboramos, assim, atividades de leitura que corroboram para a compreensão da narrativa, relacionados à seleção adequada dos elementos significativos, ao movimento de interesse progressivo da trama, à marcação do conflito, à construção de uma linguagem sugestiva, à confluência entre os ambientes físico, psicológico e social; à psicologia das personagens; ao desfecho criativo, entre outros.

A partir do trabalho com as estratégias de leitura do conto, propomos, ainda de acordo com a temática intimista presente na trama lygiana *Venha ver o pôr do sol*, a produção de gêneros diversos, justamente para aumentar o potencial de escrita dos alunos. Os discentes escolhem, dentre as possibilidades de produção, o gênero que mais consideram atrativo para a escrita. Destacam-se, além de contos, outras modalidades de gênero: crônicas, ensaios, artigos de opinião e resenhas acadêmicas.

Todos os gêneros produzidos são também estudados em seu contexto comunicacional, orientando os discentes a entender a situação de produção, o horizonte social e a apreciação valorativa que marcam os discursos. A intencionalidade comunicativa presente no texto é decorrente desses fatores e da

temática, gerando escolhas relacionadas à construção composicional da produção, bem como do estilo de escrita:

O gênero do discurso não é uma forma da língua mas uma forma típica do enunciado; como tal forma, o gênero inclui certa expressão típica a ele inerente. No gênero, a palavra ganha certa expressão típica. Os gêneros correspondem a situações típicas da comunicação discursiva, a temas típicos, por conseguinte, a alguns contatos típicos dos *significados* das palavras com a realidade concreta em circunstâncias típicas. Daí a possibilidade das expressões típicas que parecem sobrepor-se às palavras. Essa expressividade típica do gênero não pertence, evidentemente, à palavra enquanto unidade da língua, não faz parte do seu significado mas reflete apenas a relação da palavra e do seu significado com o gênero, isto é, enunciados típicos. (BAKHTIN, 2003, p. 293).

O passo seguinte à produção dos textos é a leitura destes pelos pares, entre os colegas, para posterior entrega à professora, a fim de que teça observações consideradas pertinentes. Após, são devolvidas pela mestra para refacção e encaminhadas à publicação na Coluna Espaço Acadêmico das Faculdades Integradas Machado de Assis, a qual é veiculada pelo Jornal Noroeste de Santa Rosa-RS, e pelo Jornal Semanal de Três de Maio, ambos pertencentes à região Noroeste do Estado.

O objetivo da Coluna Espaço Acadêmico é privilegiar as produções discentes e docentes da Instituição, tanto em âmbito de graduação quanto de pós-graduação, bem como a diversidade temática e de gêneros que enriquece as publicações. Nelas, materializam-se experiências de ensino, de pesquisa e de extensão, ligando-se disciplinar e interdisciplinarmente, para que se efetive o cunho científico preconizado pela Academia.

Dos discentes que participam da pesquisa no 1º Semestre de 2011, em um total de 55 alunos, 32% têm seu texto publicado na Coluna até o 2º Semestre de 2012, e 15% têm seus textos submetidos para futura inserção em 2013. Esse comportamento enseja um processo que se inicia na acadêmica, tendo o aprendente o papel incipiente de leitor, e estende-se à comunidade, apresentando-se, no processo de autoria, a autonomia de escrita.

## CONCLUSÃO

Ao longo de nossa prática educativa ligada ao ensino, interagindo com alunos dos diferentes níveis, desde o básico ao superior, trabalhos que envolvem o lúdico em sala de aula têm parecido os mais profícuos. Isso porque estimulam a natureza sensível do ser humano e despertam a afetividade, contribuindo para toda a ação ligada ao saber.

Carjaval & Ramos defendem a ideia de que “[...] aprender e ensinar a ler e escrever são fatos relevantes, funcionais e significativos quando aquilo que lemos e escrevemos tem uma finalidade, um sentido, e responde às necessidades funcionais e aos interesses e às expectativas dos alunos.” (CARJAVAL; RAMO, 2001, p. 24). Essas observações estão relacionadas à natureza sensível do homem, pois representam situações que produzem nele um elenco de reações matizadas as quais definem seu modo de “ser-no-mundo” (PINO, 1997).

Diante disso, precisamos desenvolver a percepção de que trabalhar com a diversidade de gêneros é fundamental no ensino e na aprendizagem de língua materna, sendo o texto literário um lugar fecundo para o estímulo da natureza emocional do sujeito, incidindo tanto sobre *o que ele tem a dizer* quanto sobre *as estratégias do dizer*.

É bom salientar que não se espera, na etapa em que se encontram esses alunos, que tenham habilidades que os aproximem dos exímios escritores literários, mas, sim, que possam ter consciência dos processos e das operações cabíveis ao seu nível de maturidade cognitiva e emocional, a fim de desenvolver estratégias de ação e meios adequados à realização dos seus objetivos.

Logo, é preciso que reconheçam a produção textual como uma atividade verbal, consciente e interacional (VILELA; KOCH, 2001), sendo sua organização estabelecida por uma relação de cooperação com a leitura, visto que é esta que possibilita o entendimento do outro e do próprio texto.

## REFERÊNCIAS

- ANDRADE, C. D. **Poesia Completa**. Rio de Janeiro: Nova Aguilar, 2002.
- BAKHTIN, M. (VOLOCHÍNOV). **Marxismo e Filosofia da linguagem**. 12. ed. São Paulo: Hucitec, 2006.
- BAKHTIN, M. **Estética da Criação Verbal**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- BARTHES, R. **O prazer do texto**. Tradução de J. Guinsburg. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- BOJUNGA, L. **Paisagem**. 4. ed. 2. imp. Rio de Janeiro: Agir, 1998.
- BRAIT, B. As Vozes Bakhtinianas e o Diálogo Inconcluso. In: BARROS, D.L.P.; FIORIN, J.L. (Orgs.). **Dialogismo, Polifonia, Intertextualidade em torno de Bakhtin**. São Paulo: Edusp, 2003, p. 11-28.
- CARVAJAL, F.P.; RAMOS, J.G. Ensinar ou aprender a ler e a escrever?, In: CARVAJAL, F.P.; RAMOS, J.G. (Orgs.). Tradução de Cláudia Shilling. **Ensinar ou aprender a ler e a escrever**. Porto Alegre: Artmed Editora, 2001.
- FARACO, C. **Trabalhando com a narrativa**. São Paulo: Ática: 1992.
- FIORIN, J. L. Resignificando o ensino de LP. In: SEMANA DE LETRAS DA FAFIJAN, 4., 2000, Jandaia do Sul. **Anais da Semana de Letras da FAFIJAN**. Jandaia do Sul, 2000, p. 17-29.
- GASPARIN, J. L. **Uma Didática para a Pedagogia Histórico-Crítica**. 4. ed. ver. e ampl. Campinas: Autores Associados, 2007. (Coleção Educação Contemporânea).
- GERALDI, J. W. **Portos de Passagem**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.
- \_\_\_\_\_. **Linguagem e ensino: exercícios de militância e divulgação**. Campinas/SP: Mercado de Letras, 1996.
- KATO, M. **No mundo da escrita: uma perspectiva psicolinguística**. São Paulo: Ática, 1986.
- KLEIMAN, A. (Org.). **A Formação do Professor: perspectiva da Linguística Aplicada**. 1. reimpr. Campinas: Mercado das Letras, 2008.
- ISER, W. **O ato da leitura: uma teoria do efeito estético**. Tradução de Johannes Kreschmer. São Paulo: 34, 1999. 2. v. (Teoria).

LIMA, M. C. **Monografia:** a engenharia da produção acadêmica. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PETIT, M. **Nuevos acercamientos a los jóvenes y la lectura.** Traducción Rafael Segovia y Diana Luz Sánchez. México: Fondo de Cultura Económica, 1999.

PINO, A. O biológico e o cultural nos processos cognitivos. In: Linguagem, cultura e cognição: reflexão para o ensino de ciências. **Anais do Encontro sobre Teoria e Pesquisa em Ensino de Ciências.** Campinas: Faculdade de Educação. Universidade Estadual de Campinas, 1997, p. 5-24.

SARTRE, J. P. **O que é a literatura?** Tradução Carlos Felipe Moisés. 2. ed. São Paulo: Ática, 1993.

SERCUNDES, M. M. I. Ensinando a escrever. In: GERALDI, J.W.; CITELLI, B. (Orgs.). **Aprender e ensinar com textos dos alunos.** São Paulo: Cortez, 1997, p. 75-97. 1. v.

SILVA, E. T. **Leitura e realidade brasileira.** 2. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1985.

SMOLKA, A. L.; GÓES, M. C. R. (Orgs). **A linguagem e o outro no espaço escolar.** Campinas: São Paulo: Papyrus, 1993.

TELLES, L. F. **Venha ver o pôr-do-sol & outros contos.** São Paulo: Ática, 2007.

VILELA, M.; KOCH, I.V. **Gramática da Língua Portuguesa.** Coimbra: Almedina, 2001.

VYGOTSKY, L. S. **A formação social da mente.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988.

### 1984: UMA NARRATIVA DISTÓPICA.

ORWELL, George. **1984**. 29. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2007.

O poder de um governo opressor e a marginalização social

Andressa Azeredo de Oliveira<sup>1</sup>  
Jaqueline Jacobi<sup>2</sup>  
Márcia Adriana Dias Kraemer<sup>3</sup>

O autor desta obra, Eric Arthur Blair, nasce em Motihari na Índia, em 25 de junho 1903. É escritor, jornalista, ensaísta e romancista britânico. Em 1922, aos 18 anos, serve na Polícia Imperial Indiana, na Birmânia. Essa experiência é muito marcante para o escritor, resultando em um livro intitulado *Dias na Birmânia*, publicado em 1934. Ao retornar à Inglaterra, decide não mais colaborar com a política da qual passa a discordar e adota o pseudônimo de George Orwell.<sup>4</sup> Sobre o período em que esteve na Inglaterra, Blair escreve o romance “A Filha do Reverendo”, de 1935 e, depois, *O Caminho para Wigan Pier*, de 1937.

No Reino Unido, Blair simpatiza com a ideologia do Partido Operário de Unificação Marxista - POUM, milícia de tendência trotskista contra Francisco Franco, Mussolini e Hitler. Participa, com efeito, da Guerra Civil Espanhola, unindo-se ao grupo antifascista em Barcelona. De volta à Inglaterra, o autor publica *Uma Homenagem à Catalunha* em 1938. O último livro do autor, *1984*, é escrito em 1948, meses antes de seu falecimento,<sup>5</sup> e apresentado ao público em 8 de junho de 1949.

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. andressa.azeredo@hotmail.com

<sup>2</sup>Acadêmica do Curso de Direito. Faculdades Integradas Machado de Assis. jaquelinejacobi@hotmail.com

<sup>3</sup>Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão e docente do Curso de Direito, de Ciências Contábeis e de Gestão de Recursos Humanos das Faculdades Integradas Machado de Assis. marciakraemer@fema.com.br

<sup>4</sup>Adotamos o pseudônimo para nos referirmos ao escritor no decorrer do desenvolvimento da resenha.

<sup>5</sup>Blair falece em 21 de janeiro de 1950, em Londres, Reino Unido, aos 46 anos de idade, em consequência de uma tuberculose.

A influência do contexto de produção de 1984 apresenta-se no enredo que reproduz uma sociedade inserida no totalitarismo, em que tudo se faz de modo coletivo, porém a solidão é companhia constante dos indivíduos. A obra descreve um futuro em que o mundo é dividido em três grandes superestados: Eurásia, Lestásia e Oceania. Não existe mais liberdade nem privacidade e o autoritarismo do Estado é a voz primeira: o simples ato de pensar da população é considerado um terrível crime. Por isso, as pessoas são monitoradas integralmente por uma *Teletela* - dispositivo como um televisor bidimensional -, nas próprias casas ou em qualquer lugar que estejam, que permite tanto ver quanto ser visto. Quando nenhum programa é veiculado, a imagem do líder máximo, denominado de *Big Brother* ou *Grande Irmão*, fica aparente no aparelho.

A narrativa distópica conta a história de Winston Smith, um homem que vive na Oceania e é silenciosamente revoltado com as condições políticas de seu país. Trabalha reajustando notícias e fatos no *Ministério da Verdade*, falsificando documentos públicos e a literatura para omitir ações que possam macular a imagem do governo. No decorrer da história, seu ódio pelo Partido aflora, de forma que fica cada vez mais difícil esconder suas verdadeiras opiniões a respeito de toda a situação em que vive.

Durante a trama, Smith também se sente atraído por Julia (cujo sobrenome não é mencionado na história), funcionária do *Departamento de Ficção*. Em um primeiro momento, acredita que ela seja uma defensora ortodoxa do partido, mas depois descobre que a moça compartilha de seus anseios contra o sistema. A amizade estende-se a um caso amoroso mantido em um ambiente no qual o sexo, senão para a procriação, é considerado crime.

Smith e Julia cultivam pensamentos contrários às ações do partido e tornam-se amantes, negando as ordens do Grande Irmão. Acreditam que uma rebelião pode mudar as regras do governo, promovendo a transformação. Para dar vazão à ideia, procuram O'Brien, hierarca do Partido, acreditando ter nele um aliado. Entretanto, enganam-se. São vigiados, tratados como criminosos e presos pelo sistema opressor.

O livro retrata, pois, uma história com enfoque político, cujo mecanismo totalitário empregado pelo Estado priva a população de viver naturalmente. O governo vigia os indivíduos, mantendo um sistema político em que as pessoas são coagidas por vários instrumentos, dentre eles a opressão da Polícia do Pensamento e a criação de um idioma totalitário, a Novilíngua, que torna as pessoas assujeitadas e acríticas. A ideia dessa língua em construção é restringir ao máximo possível o número de palavras, de modo que não haja mais vocábulos pertinentes à produção de discursos contra o Partido.

O termo *Duplipensar* é uma ilustração dessa ideologia. Considerado uma das peculiaridades da Novilíngua, corresponde a um conceito paradoxal, um oxímoro, porque prevê que o indivíduo possa crer em duas ideias diametralmente opostas, aceitando-as passivamente. Comprovação disso são as denominações dos *Ministérios* do Partido. O Ministério da Verdade, por exemplo, no qual Winston é funcionário, ao manipular a imagens dos fatos e omitir atos ilícitos ou antiéticos, cria mentiras, com caráter de novas *verdades*, plausíveis de serem sustentadas no modelo de sociedade criada pelo Estado.

Da mesma forma, a falta de uma legislação com direitos e garantias aos indivíduos, acarreta a invasão da privacidade e a opressão à liberdade social. O Grande Irmão ou *Big Brother*, expressão usada pelo narrador, vigia todas as pessoas, até mesmo quando dormem, sendo obrigadas a servir à ideologia totalitarista. Aqueles que se rebelam são acusados de cometer Crimideia, ou seja, promover ideias ilegais contra o Partido. Quem pratica esse crime, é *apagado* pelo Estado, perde todos seus registros e passa a *inexistir*.

Ao analisar o enredo de 1984, percebe-se a intencionalidade do narrador de criticar regimes totalitários e autoritaristas que almejam a opressão, por meio de sistemas de vigilância e de coerção. São caracterizados na obra, dentre outros, pela Teletela, que detém o monopólio das notícias e vigia a população, bem como pela *Polícia do Pensamento*, ambos instrumentos do Partido para reprimir ideologias contrastantes e criminalizar as ações que estão em desacordo com o preconizado pelo Estado.

O romance, considerado a obra prima de Orwell, retrata a obscura e disseminada fiscalização controladora de um governo a invadir os direitos individuais dos cidadãos. Por ter sido bem recebida pelo público, muitos de seus neologismos, como Duplipensar e Novilíngua, além da expressão massificada mundialmente Big Brother, popularizam-se. Esta, em específico, é reproduzida corriqueiramente por se tornar título de programas televisivos de caráter *reality show*, nacional e internacionalmente, fenômeno de mídia reconhecido pela espetacularização da vida.

Nos *realities*, a realidade também é mostrada de forma simulada. Embora os organizadores defendam que não há roteiros a serem seguidos e os participantes tenham de resolver problemas ou apenas conviver com outros participantes, como no caso do programa *Big Brother Brasil*, da Rede Globo, é perceptível a manipulação da produção em relação aos eventos apresentados, em que, na mesma esteira do romance de Orwell, todos são vigiados dia e noite pelas câmeras.

O que diverge, nesse caso, é o fato de não só a produção do programa ter acesso às filmagens, como o público em geral assistir ao que se passa com os confinados dentro do ambiente delimitado. Outro aspecto diferenciador do romance de Orwell é que as pessoas se submetem a um reality show de forma consensual, sabendo que serão vigiadas e querendo essa ação para se tornarem celebridades emergentes. No livro, em contraste, as teletelas são câmeras que funcionam como olhos do governo, sem a autorização da população, pois é o Estado quem tem o poder de fiscalizar.

Analisando esses aspectos, percebe-se a aproximação de várias construções ficcionais à obra de Orwell. Um deles é anterior, publicado em 1932, cujo título original é *Brave New World*, ou *Admirável Mundo Novo*, na sua tradução. Escrito por Aldous Huxley (1894-1963), descreve um futuro utópico em que, biologicamente, as pessoas são geradas em incubadoras com predisposição comportamental passiva, sendo determinadas, via leis e prescrições sociais, a viver em harmonia em uma sociedade organizada e discriminada em castas. Outro, contemporâneo de 1949, *Fahrenheit 451*, de Ray Bradbury (1920-2012), publicado em 1953, é escrito nos

anos iniciais da Guerra Fria e critica a crescente e disfuncional sociedade americana.

Uma ilustração mais recente é o romance *The Hunger Games*, escrito pela estadunidense *Suzanne Collins* (1962-). Trata-se do primeiro volume de uma trilogia, publicado pela primeira vez em 2008 no Estados Unidos. Ele narra, em primeira pessoa, a história de *Katniss Everdeen*, de dezesseis anos, que vive em um país, também de caráter distópico, *Panem*. Ambientado em um mundo pós guerra, quem domina e manipula opressivamente a nação é a metrópole tecnologicamente avançada denominada *Capital*.

Ela promove anualmente os *Jogos Vorazes* (tradução para o português), em memória de uma revolta acontecida aproximadamente 70 anos antes da ambiência da narrativa. Nos Jogos, as pessoas dessa sociedade são lembradas do poder da Capital de forma atroz. A cada ano, um garoto e uma garota, entre doze e dezoito anos, de cada um dos doze distritos do país, são selecionados, por meio de um sorteio, denominado de *Colheita*, para participar de uma batalha televisionada em uma arena da qual apenas um deles deve sair vitorioso e vivo.

Na mesma vertente de Orwel, fica evidente nessa obra o tom de denúncia, mostrando que é de suma importância não só ter uma legislação, mas um governo que siga as leis em prol do bem comum de uma sociedade. A opressão, o totalitarismo e o autoritarismo não devem vigorar, as normas precisam vicejar a favor das pessoas, com os devidos direitos e garantias a elas designados.

Por fim, podemos entender que Orwel expõe em 1984 uma *Teoria da Guerra*, cujo objetivo não está voltado a vencer o inimigo ou lutar por uma causa, mas manter o poder das castas, marginalizando a população ao impedir o acesso à educação, à cultura e aos bens materiais. A opressão estatal garante a inércia dos indivíduos, pois impede o apoderamento intelectual e de riquezas, tornando-os sem voz e, portanto, sem vez para viver em equidade.

## REFERÊNCIAS

COLLINS, Suzanne Collins. **The Hunger Games**. New York: Scholastic, 2008.

BRADBURY, Ray. **Fahrenheit 451**. New York: Ballantine Books, 1953.

HUXLEY, Aldous. **Brave New World**. First Perennial Classics ed. New York: Harper Collins Publishers, 1998.

REDE GLOBO. **Big Brother Brasil**. Disponível em:

<[https://www.google.com.br/search?q=rede+globo+big+brother+brasil&hl=pt&gbv=2&revid=318924648&oq=REDE+GLOBO.+Big+Brother+Brasil.&gs\\_l=heirloom-serp.1.0.0i22i30l10.2109.2531.0.4968.1.1.0.0.0.0.312.312.3-1.1.0....0...1ac.1.34.heirloom-serp..0.1.312.QwGb6biA-OU](https://www.google.com.br/search?q=rede+globo+big+brother+brasil&hl=pt&gbv=2&revid=318924648&oq=REDE+GLOBO.+Big+Brother+Brasil.&gs_l=heirloom-serp.1.0.0i22i30l10.2109.2531.0.4968.1.1.0.0.0.0.312.312.3-1.1.0....0...1ac.1.34.heirloom-serp..0.1.312.QwGb6biA-OU)>. Acesso em: 10 mar. 2012.