

Ano 06, n. 02, jul./dez. 2015.

ISSN 2318-6879

REVISTA

DIREITO e SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS

UMA PUBLICAÇÃO FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSOS DE DIREITO E SERVIÇO SOCIAL, ANO 6, Nº 02.

**Direitos Humanos,
Estado e
Políticas Públicas.**


Fema
Faculdades Integradas
Machado de Assis

CORPO EDITORIAL

COMISSÃO EDITORIAL

Prof.^a Dr.^a Márcia Adriana Dias Kraemer
FEMA
Prof.^a Dr.^a Marli Marlene Moraes da Costa
FEMA/UNISC
Prof.^a Dr.^a Sinara Camera
FEMA
Prof.^a Ma. Bianca Tams Diehl
FEMA
Prof.^a Ma. Bianca de Melo Hartfil
FEMA

CONSELHO CONSULTIVO

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

COORDENAÇÃO

Prof.^a Ms. Bianca Tams Diehl
Coordenadora do Curso de Direito

Prof.^a Dr.^a Márcia Adriana Dias Kraemer
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa,
Pós-Graduação e Extensão - NPPGE

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Guilherme Bonnes
Cheila Maris Guihl

EDITORAÇÃO

Prof.^a Dr.^a Márcia Adriana Dias Kraemer

APOIO TÉCNICO

Luciano Augusto de Oliveira Paz

CAPA

Rafaeli Capeletti

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões
Contemporâneas/Faculdades Integradas
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 6, Nº 2, Jul./Dez. 2015.

ISSN 2318-6879
Publicação Semestral

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

Endereço para o envio de trabalhos

revistadireitoesociedade@fema.com.br

Publicação Semestral. 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

EDITORIAL	04
A LOGÍSTICA REVERSA DE ELETROELETRÔNICOS: UM DESAFIO PARA OS PEQUENOS MUNICÍPIOS.....	07
<i>Caroline Knorst</i> <i>Jaqueline Turra</i> <i>Raquel Luciene Sawitzki Callegaro</i> <i>Rosmeri Radke Cancian</i>	
A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS INADIMPLENTES REPRESENTADOS POR TÍTULOS DE CRÉDITO	24
<i>Antonio Gerson de Cristo Servat</i> <i>Rosmeri Radke Cancian</i>	
DISCURSOS RELIGIOSOS: PROMOTORES DA VIOLENCIA DE GÊNERO OU DA INCLUSÃO	46
<i>Gabriel Maçalai</i> <i>Bianca Strücker</i> <i>Joice Graciele Nielsson</i>	
NORMATIVIDADE, FUNÇÕES DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS E O SENTIMENTO CONSTITUCIONAL	69
<i>Adriano Nedel dos Santos</i>	
O DIREITO DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO INFANTIL: DO DESCASO À EMERGÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	100
<i>Marcelo Prestes Ribeiro</i> <i>Márcia Adriana Dias Kraemer</i>	
O TRATAMENTO DA HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA FRENTE AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL	116
<i>Stefan Hanatzki Siglinski</i>	
OS DIREITOS HUMANOS NOS SÉCULOS XX E XXI E A GLOBALIZAÇÃO DO CAPITAL	144
<i>Renata Maciel</i> <i>Juliana Bedin Grando</i>	
RECONHECIMENTO E INCLUSÃO SOCIAL: HOMOSSEXUALIDADE E DEFICIÊNCIA NA BUSCA DA NORMALIDADE.....	159
<i>Bianca Tams Diehl</i> <i>Maíra Fronza</i>	

FILOSOFIA DA CIÊNCIA: INTRODUÇÃO AO JOGO E A SUAS REGRAS 176

Camila Pauli Damke

Daiana Dreissig

Márcia Adriana Dias Kraemer

EDITORIAL

A Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito e de Serviço Social, das Faculdades Integradas Machado de Assis, focaliza a temática *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas* para apresentar pesquisas decorrentes da produção intelectual de docentes e de discentes do Ensino Superior. As nove contribuições escritas, organizadas e dinamizadas nesta Revista de forma interdiscursiva, originam-se da preocupação de seus autores em popularizar conhecimentos e saberes relacionados ao ambiente educacional, jurídico, político e cultural, próprios da dialética inerente à sociedade.

O primeiro artigo trata acerca d'A *Logística Reversa de Eletroeletrônicos: um Desafio para os Pequenos Municípios*, com autoria de Caroline Knorst, Jaqueline Turra, Raquel Luciene Sawitzki Callegaro e Rosmeri Radke Cancian. O texto investiga a logística reversa de eletroeletrônicos em um pequeno município do interior do Rio Grande do Sul. Analisa, em específico, a importância de instituir políticas públicas que propaguem a cultura e a conscientização acerca da destinação correta de resíduos, por meio da logística reversa.

Em seguida, apresenta-se *A Recuperação de Créditos Inadimplentes Representados por Títulos de Crédito*, de Antonio Gerson de Cristo Servat e Rosmeri Radke Cancian. O estudo aborda os meios que permitem a mais rápida e eficiente recuperação de crédito não solvido representado por título de crédito. O objetivo é pesquisar as possíveis e mais adequadas soluções, em via judicial, para sua recuperação.

Como terceira contribuição, apresenta-se o artigo *Discursos Religiosos: promotores da violência de gênero ou da inclusão*. É produzido por Gabriel Maçalai, Bianca Strücker e Joice Graciele Nielsson, com o intuito de abordar a vinculação entre a violência de gênero, a produção e a disseminação de discursos religiosos. Os articulistas defendem que a violência de gênero é um fenômeno persistente, profundamente vinculado à estruturação de desigualdades

que se expressam nas mais diversas áreas da vida humana e que reflete as relações de poder e de dominação do homem sobre a mulher ou sobre o polo feminilizado.

Em seguida, expõe-se Normatividade, Funções dos Preâmbulos Constitucionais e o Sentimento Constitucional, de Adriano Nedel dos Santos. O artigo reflete sobre a importância dos preâmbulos das Constituições e sobre as funções que os mesmos desempenham na aplicação do texto constitucional. O autor indaga no tocante à sua normatividade, bem como ao papel que exercem na hermenêutica constitucional, considerado controverso por juristas. Assim, o articulista apresenta perspectivas de sua natureza, estatuto e função, além da postura clássica e positivista.

O Direito da Criança à Educação Infantil: do descaso à emergência da judicialização de políticas públicas, de Marcelo Prestes Ribeiro e de Márcia Adriana Dias Kraemer, propõe-se a analisar em que medida as políticas públicas têm-se mostrado suficientes para atender à demanda da população por acessibilidade a vagas no Município de Santa Rosa no âmbito da primeira infância. Os autores entendem, por meio dos dados analisados, que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no âmbito municipal delimitado, não está sendo cumprida com o rigor necessário de forma a garantir os direitos das crianças excluídas do convívio escolar no nível educacional infantil, fomentando a judicialização das demandas.

Stefan Hanatzki Siglinski escreve *O Tratamento da Hemoglobinúria Paroxística Noturna frente ao Direito Fundamental à Saúde e à Reserva do Possível* em que apresenta a doença, rara e praticamente sem cura, bem como seus tratamentos, explicitando os aspectos ligados a políticas públicas que amparem os portadores da moléstia. A reflexão está ligada à discussão sobre o adequado papel da União no custeio de medicamentos tidos como próprios para o problema.

O artigo de título *Os Direitos Humanos nos Séculos XX e XXI e a Globalização do Capital*, de Renata Maciel e de Juliana Bedin Grando, trata do estudo da globalização do capital, tendo por foco o percurso da economia

mundial nos séculos XX e XXI e dos direitos humanos. As autoras analisam como ocorrem as ascensões e as decadências do padrão-ouro e do *Sistema Bretton Woods*, nos períodos compreendidos entre-guerras e após a finalização da 2ª Guerra Mundial, bem como a consolidação dos direitos humanos em meio a esse cenário.

Bianca Tams Diehl e Maíra Fronza escrevem sobre o *Reconhecimento e Inclusão Social: homossexualidade e deficiência na busca da normalidade*. As articulistas problematizam as raízes do preconceito e da discriminação dos grupos que, por vários anos, vivem em plena situação de invisibilidade social em razão de heranças culturais que traçam uma linha de controle social única de identidade. O trabalho expõe fatores que levam à discriminação e ao preconceito dos diferentes nos meios sociais, a fim de tecer novos conceitos dos indivíduos homossexuais e deficientes, instigando a promoção inclusiva na sociedade.

Para finalizar, Camila Pauli Damke, Daiana Dreissig e Márcia Adriana Dias Kraemer apresentam a resenha sobre o livro de Rubem Alves, *Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e suas regras*. O objetivo das resenhistas é refletir sobre os pressupostos expressos na obra sobre o senso comum e o pensamento científico. O livro é uma obra com perspectivas atuais, que desconstrói mitos criados pelo conhecimento popular e teórico, inferindo relações lógicas para o desencadeamento dos atos de pensar e de questionar.

Logo, a Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito e de Serviço Social, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, a partir das contribuições apresentadas, mantém o padrão almejado de investigações científicas que envolvem as ciências sociais aplicadas de forma inter e transdisciplinar, ao integrar ensino, pesquisa e extensão.

Prof.^a Dr.^a 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 LOGÍSTICA REVERSA DE ELETROELETRÔNICOS: UM DESAFIO PARA OS PEQUENOS MUNICÍPIOS.

Caroline Knorst¹Jaqueline Turra²Raquel Luciene Sawitzki Callegaro³Rosmeri Radke Cancian⁴

RESUMO

O objetivo deste artigo é investigar como se dá à política da logística reversa de eletroeletrônicos em um pequeno município do interior do Brasil. A técnica utilizada envolve a análise e estatística dos dados coletados e a pesquisa bibliográfica. Busca-se analisar a importância de instituir políticas públicas que propaguem a cultura e conscientização da destinação correta de resíduos, através da logística reversa. Em decorrência do elevado número de consumidores de eletroeletrônicos, da facilidade de aquisição e da falta de cultura do correto descarte, torna-se fundamental estudar como a política nacional de destinação dos resíduos sólidos pode ser implantada com efetividade na realidade local. Os danos causados pela inobservância da destinação não se evidenciam apenas em relação ao meio ambiente, mas atingem os cidadãos, pois podem acarretar diversos problemas de saúde. A logística reversa ainda é pouco utilizada no município de Horizontina, objeto do estudo, no que tange a produtos eletroeletrônicos. Porém, vem despertando um crescente interesse no âmbito acadêmico, empresarial e público, pela preocupação com as futuras gerações e a preservação do ambiente.

Palavras-chave: resíduos sólidos – logística reversa – eletroeletrônicos.

1 Acadêmica do Curso de Direito – 4º semestre. Fundação Educacional Machado de Assis - FEMA. carolknorst@gmail.com

2 Graduada em Gestão da Tecnologia da Informação pela Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA. Pós-Graduada em MBA em Gerenciamento de Projetos pela Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA. jaque.turra@gmail.com

3 Acadêmica do Curso de Direito – 5º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, Especialista em Gestão Financeira, Controladoria e Auditoria pela SETREM e Pós-Graduada em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. raquel@horizontina.com

4 Mestra em Docência Universitária, Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. rosmeri_cancian@hotmail.com

RESUMEN

El propósito de este artículo es investigar cómo la política de logística inversa de la electrónica en una pequeña ciudad en el interior de Brasil. La técnica consiste en el análisis y estadísticas de los datos recogidos y la investigación bibliográfica. El objetivo es analizar la importancia de establecer políticas públicas que propagar la cultura y la conciencia de la correcta eliminación de residuos, a través de la logística inversa. Debido al alto número de consumidores de electrónica, la facilidad de adquisición y la falta de cultura de la correcta disposición, es importante estudiar cómo la política nacional de eliminación de residuos sólidos se puede implementar con eficacia en la realidad local. Los daños causados por el incumplimiento de ningún destino evidente solamente en relación con el medio ambiente, pero llegar a los ciudadanos, ya que pueden causar varios problemas de salud. La logística inversa es aún poco utilizado en Horizontina, objeto de estudio, lo que respecta a los productos electrónica. Sin embargo, provocando un creciente interés en lo próximo académico, corporativo y público, por la preocupación por las generaciones futuras y la preservación del medio ambiente.

Palabras Claves: residuos sólidos – logística inversa – electrónica.

INTRODUÇÃO

A crescente evolução do consumismo na contemporaneidade está trazendo para as sociedades não apenas uma transformação dos valores morais, sociais e econômicos, mas também, uma preocupação com o meio ambiente para as futuras gerações.

Em decorrência do fenômeno chamado “globalização”, muitas pessoas se esquecem das relações humanas e do cuidado com o meio ambiente. Em nossa Constituição Federal de 1988, o legislador assegurou o direito de todos ao meio ambiente equilibrado, essencial à qualidade de vida, bem como obrigou ao Poder Público a sua defesa e promoção.

Quando se fala em relação de consumo, os pequenos municípios, embora muitas vezes distantes dos grandes centros, também estão inseridos nesta cultura.

O acesso à compra é facilitado, devido ao avanço tecnológico, que o tem elevado consideravelmente.

Com o surgimento de novos produtos, que despertam o desejo do ser humano, e geram um falso sentimento de necessidade, se verifica um acentuado crescimento do consumismo imediato, que ocorre na proporção do despertar individual e na facilidade da aquisição deste objeto do desejo, porém, não se observa, paralelamente, uma conscientização quanto ao destino que deve ser dado quando um objeto se torna descartável.

O tema proposto como objeto de mostra-se de extrema importância para a comunidade acadêmica e para a sociedade, pois a questão ambiental transcende os limites geográficos, além disso, busca conscientizar sobre a responsabilidade que se inicia antes mesmo da aquisição de qualquer bem. A Lei Federal 12.305 de 2010, estabelece como obrigação do poder público promover ações concretas de destinação dos resíduos sólidos, dentre estes dos eletroeletrônicos, através da logística reversa.

O problema de pesquisa consiste em analisar os desafios e consequências que a falta de conhecimento e responsabilidade quanto à logística reversa de produtos eletrônicos pode causar na realidade local dos pequenos municípios.

Nesse contexto, é possível definir claramente o papel de cada agente da cadeia de consumo, sendo o consumidor responsável pelo retorno ao distribuidor e este ao fabricante do eletrônico após o término de sua vida útil ou descarte por insatisfação com o mesmo. Destaca-se a importância de um processo de logística reversa em pequenos municípios, já que estes muitas vezes não se encontram inseridos nessa cultura.

A disseminação dessa informação se torna fundamental para que se tenha êxito na aplicação da legislação vigente no âmbito da Política Nacional de Resíduos Sólidos no recorte da logística reversa, objeto deste estudo.

1 A SOCIEDADE TECNOLÓGICA E A PREOCUPAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE

O fenômeno tecnológico que permeia as ações dos seres humanos demonstra que existe, diariamente, uma busca constante por novas tecnologias. Na contemporaneidade, vive-se um momento de economia global e de comunicação instantânea, através de meios de comunicação que interagem cada vez mais com os indivíduos, tornando-os mais interconectados, e a vida em sociedade mais virtual e menos real. Desta forma, permite-se que as relações de consumo, principalmente de equipamentos eletrônicos e de novas tecnologias, cheguem até as residências dos consumidores através de um clique.

Em decorrência desta evolução meteórica e do surgimento dos “valores virtuais” ligados ao consumismo cibernético, surge, em especial para os municípios, uma preocupação com relação aos danos ao meio ambiente, relacionados com a destinação dos eletroeletrônicos inservíveis, problema que pode ser solucionado através da logística reversa. Com a crescente evolução da tecnologia da informação e dos elementos que a compõe, o Estado, através de seu Poder regulamentar e coercitivo, determinou como tarefa dos entes públicos zelarem pela correta destinação de resíduos.

É importante salientar que a obrigação legal em recolher os resíduos eletroeletrônicos é do fornecedor e do fabricante, eles devem destinar corretamente os seus componentes após o descarte pelo consumidor. Para que se possa cobrar das empresas essa destinação, é importante que o cidadão que adquire um eletroeletrônico tenha consciência de que seu descarte em local e de maneira inadequada prejudica um bem coletivo, o meio ambiente no qual vivemos. O tratamento dado pela Constituição Federal para a questão ambiental, como um ramo do Direito Público, é de um direito fundamental, conforme Antunes:

A fruição de um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado foi erigida em direito fundamental pela ordem jurídica constitucional vigente. Este fato, sem dúvida, pode se revelar um notável campo para a construção de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos e de desenvolvimento econômico que se faça com respeito ao Meio Ambiente.

(ANTUNES, 2010, p. 63).

Tem-se o Direito Ambiental como um direito fundamental, inerente à pessoa humana e *erga omnes*. Desde o seu nascimento todo ser humano tem o direito de desfrutar de um meio ambiente equilibrado, importante para que tenha qualidade de vida. Por ser um direito inato, a responsabilidade de preservação de um ecossistema é um interesse comum, inclusive intergeracional.

Portanto, a preocupação do gestor em propor políticas públicas que minimizem os impactos que a degradação ambiental já sofreu pela ação humana desenfreada em busca de uma riqueza econômica é o tema central desse projeto de pesquisa. O recorte a ser realizado para efetivar o trabalho se dará no âmbito da logística reversa de eletroeletrônicos em pequenos municípios, que a cada dia vem aumentando em decorrência da facilidade de aquisição e do consumo elevado de tecnologias e equipamentos.

Contudo, de nada adiantaria propor ações coletivas para a correta destinação se não ocorrer um estudo e uma proposta de mudança na cultura contemporânea do consumismo “eletrônico”. Para que seja possível a investigação das ações e uma proposta efetiva, é preciso trabalhar numa perspectiva interdisciplinar. Pode-se questionar como as novas gerações, fruto da sociedade multiculturalista, são influenciadas e transformadas pelas informações disponibilizadas nos meios de comunicação que ditam os novos padrões e de que maneira podem reverter e auxiliar na preservação do meio ambiente.

Para garantir que direitos fundamentais não sejam usurpados, é preciso que o Estado atue, através de ações públicas e privadas, adequadas a esta “nova” sociedade pós-moderna, pois no que tange aos direitos fundamentais, o direito ambiental é conceituado como direito de terceira geração, quais sejam, os direitos sociais decorrentes da titularidade coletiva, direito difuso, que contempla a todos os seres humanos. Nesse sentido, ensina Sarlet:

Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 48).

Com a crescente evolução das tecnologias e da procura por novos produtos que atendam às necessidades dos consumidores eletrônicos, surge a preocupação relacionada à destinação desses produtos após seu uso. A responsabilidade socioambiental apresenta-se como uma possível atitude de resolver a problemática apresentada no mundo contemporâneo. Diversas empresas, públicas e privadas, vêm desenvolvendo atividades e políticas ambientais voltadas para a conscientização e preservação do meio ambiente.

Como afirma Sarlet, “[...] cuida-se no mais das vezes, da reinvidicação de novas liberdades, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século.” (SARLET, 2015, p. 50). Contudo, ações isoladas geram um impacto que poderá demorar anos para representar uma mudança mais significativa.

Dessa forma, a legislação federal instituiu a obrigatoriedade de política reversa de produtos, dentre eles os eletroeletrônicos. Os municípios devem estruturar Planos Municipais de Resíduos Sólidos, eles são os responsáveis pelo planejamento, execução e fiscalização da destinação dos referidos resíduos. O incentivo à implantação de modelos que privilegiam o manejo e a gestão integrada dos resíduos, focada na logística reversa de eletroeletrônicos, é o alicerce norteador deste trabalho.

A inclusão social através de políticas públicas que possibilitem uma melhor qualidade de vida, com mais dignidade às pessoas, é um dos objetivos do gestor público enquanto responsável pela garantia dos direitos constitucionais. Saraiva assegura que:

O contexto em que se desenvolvem as atividades estatais é crescentemente

dinâmico. A interação entre indivíduos, empresas e outras organizações nacionais e internacionais, bem como entre Estados tem-se intensificado como consequência da globalização das finanças e do comércio, facilitada pela evolução das comunicações e da informática. Essa situação foi-se acelerando a partir do final da Segunda Guerra Mundial e exigindo, como consequência, a permanente adequação das estruturas organizacionais a um contexto condicionado por variáveis novas ou modificadas. (SARAIVA, 2006, p. 24).

O tema das políticas públicas voltadas à sustentabilidade e a preocupação com a destinação correta dos resíduos sólidos vêm sendo discutido, cada vez mais, no âmbito da Administração Pública. Como se pode observar, a realidade permeia o direito e a ação. Tem-se o direito assegurado ao meio ambiente sadio e equilibrado, mas para que possa usufruir deste direito o indivíduo deve agir.

O Estado, como responsável pela garantia constitucional, somente poderá cumprir sua função, igualmente, se agir e, para isso, é necessário a ação humana. Por essa razão, busca-se compreender a concepção de política pública. É importante destacar que cada município possui as suas características e sua individualidade, portanto, não se pode pensar uma política pública sem analisar as peculiaridades que cada um apresenta. As aquisições de produtos eletroeletrônicos de maneira virtual podem ensejar questionamentos e necessidades diversas quanto à logística reversa dessas aquisições. No conceito de Saraiva:

Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que ela é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos. (SARAIVA, 2006, p. 29).

Em razão disso, surgem alguns questionamentos: como utilizar de planejamentos municipais e de políticas públicas para promover a sustentabilidade relacionada ao resíduo sólido eletroeletrônico de pequenos municípios como, por exemplo, Horizontina, localizada na região noroeste do Rio Grande do Sul? Quais as relações de consumo que mais se apresentam na aquisição de produtos

eletrônicos? Como se dá a política reversa e quais as ações que as empresas que vendem ao consumidor final possuem para fomentar essa política? Quais ações o poder público pode tomar para promover atividades de formação escolar voltadas à responsabilidade socioambiental e à sustentabilidade? Assim,

Se a Política Nacional do Meio Ambiente protege a vida em todas as suas formas, e não é só o homem que possui vida, então todos que a possuem são tutelados e protegidos pelo direito ambiental, sendo certo que um bem, *ainda que não seja vivo*, pode ser ambiental, na medida em que possa ser essencial à sadia qualidade de vida de outrem, em face do que determina o art. 225 da Constituição Federal (bem material ou mesmo imaterial). (FIORILLO, 2009, p. 16).

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

O artigo 225 citado pelo autor, além de assegurar o direito, impõe a responsabilidade conjunta do Poder Público e da coletividade:

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).

As políticas públicas, aliadas ao planejamento estratégico governamental, com seus objetivos delimitados e metas definidas, torna-se uma importante ferramenta na efetivação de ações no âmbito dos municípios. Por tratar-se de um tema interdisciplinar, o Direito Ambiental perpassa a esfera jurídica e adentra na esfera das relações humanas e destas com o meio ambiente.

2 A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO POLÍTICA PÚBLICA

A educação ambiental é importante aliada das políticas públicas, pois deve-se considerar que as futuras gerações que estão nos bancos escolares serão os cidadãos atuantes para tentar minimizar os impactos negativos ao meio ambiente. Conscientizar o aluno, jovem cidadão, de que suas ações farão diferença para o seu futuro, transformando a cultura do “ter” em “ser”, é também um grande objetivo a ser alcançado. Conforme afirma Rodrigues e Walker,

A continuidade da boa gestão do meio ambiente traduz o que se chama de desenvolvimento sustentável, que pode ser alcançado através do princípio da participação ambiental, na definição, na aplicabilidade e na avaliação das políticas de meio ambiente, juntamente com a educação ambiental, conforme o art. 1º da Lei 9.795, de 27-4-1999. (RODRIGUES; WALKER, 2011, p. 111).

Tem-se como premissa que a educação para o consumo é uma grande barreira e a conscientização da sociedade como um todo também não desempenha hodiernamente a política da logística reversa. Vivemos em uma sociedade capitalista que apresenta como valor principal do ser humano o “ter”.

A participação popular demonstra-se fundamental nas escolhas dos objetivos e planejamentos de gestão pública municipal. De nada adiantam projetos fantásticos, embasados por diversas pesquisas internacionais, com resultados positivos e “milagrosos” se a realidade do pequeno município não apresenta viabilidade para a sua execução, ou seja, é inexecutável.

Trazer a comunidade para o processo decisório é de extrema relevância para que, conscientemente, possa se minimizar os impactos dos eletroeletrônicos no meio ambiente e fomentar uma política pública de logística reversa que alcance os objetivos com plenitude:

Embora as políticas públicas possam incidir sobre a esfera privada (família, mercado, religião), elas não são privadas. Mesmo que entidades privadas participem de sua formulação ou compartilhem sua implementação, a possibilidade de o fazerem está amparada em decisões públicas, ou seja, decisões tomadas por agentes governamentais, com base no poder imperativo do Estado. (RUAS, 2009, p. 20).

A dignidade da pessoa humana, o direito ao meio ambiente equilibrado e sadio, o direito à vida, à educação de qualidade, à saúde, representam importantes tarefas aos governantes para o atingimento do objetivo do ente público com a finalidade de proporcionar a qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Porém, para que este objetivo se concretize é necessário que o cidadão participe das formulações e da implantação de ações que possibilitem a defesa e as garantias fundamentais efetivamente.

Todos são responsáveis pela preservação e manutenção do meio ambiente e do ecossistema. Cuidar do meio ambiente é uma responsabilidade compartilhada de maneira equânime entre o Poder Público, através do Estado que detém o poder regulamentar e o cidadão, que detém o direito de usufruir do ambiente e deverá garantir que as futuras gerações também possam dele desfrutar.

3 A LOGÍSTICA REVERSA NA REALIDADE LOCAL

Para o presente trabalho utiliza-se a abordagem metodológica baseada na pesquisa bibliográfica e exploratória realizada no município de Horizontina, localizado na região Noroeste do Rio Grande do Sul, que tem, segundo dados do IBGE, 19.232 habitantes no ano de 2015 (BRASIL, 2015). No município escolhido percebe-se a problemática da questão da logística reversa de eletroeletrônicos e a pouca disseminação da cultura de descarte adequado, visto que em uma análise preliminar constatou-se que os cidadãos não têm conhecimento e conscientização sobre a destinação de produtos eletrônicos descartáveis.

A análise é realizada a partir de dados levantados por uma empresa especializada no ramo de coleta e destinação final dos resíduos sólidos eletroeletrônicos, a qual está inserida no município de Horizontina/RS. A técnica utilizada envolve análise e estatística dos dados coletados, além da pesquisa bibliográfica, objetivando instituir políticas públicas que propaguem a cultura e conscientização da destinação correta de resíduos, através da logística reversa.

O estudo dos princípios norteadores do Direito Ambiental, das políticas públicas e da logística reversa de eletroeletrônicos foi balizado pela utilização das legislações federal, estadual e municipal, e, principalmente, dos doutrinadores que tratam do tema, autores como José Afonso da Silva, Paulo de Bessa Antunes, Ingo Wolfgang Sarlet, além de informações veiculadas pela página oficial da ONU-Organização das Nações Unidas e da revista Exame.com.

Os resultados são apresentados a partir de pesquisas realizadas nos sites, com dados estatísticos atualizados, bem como a sugestão de medidas para análise do gestor público, pois há uma deficiência do setor público de ser agente propagador dessa cultura de conscientização da logística reversa.

4 OS RESULTADOS OBSERVADOS E O IMPACTO LOCAL

Para analisar os resultados dos dados coletados na pesquisa, foi necessário realizar um recorte temático sobre os eletroeletrônicos, caracterizados segundo a NBR 16.156 como

[...] equipamentos, partes e peças cujo funcionamento adequado depende de correntes elétricas ou campos eletromagnéticos, bem como equipamentos para geração, transmissão, transformação e mediação dessas correntes ou campos, podendo ser de uso doméstico, industrial, comercial e de serviços. (BRASIL, 2013).

A ABDI – Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - apresenta a divisão dos equipamentos eletroeletrônicos em quatro linhas, conforme representado na Ilustração 1:

Linha	Especificação
Branca	refrigeradores e congeladores, fogões, lavadoras de roupa e louça, secadoras, condicionadores de ar;
Marrom	monitores e televisores de tubo, plasma, LCD e LED, aparelhos de DVD e VHS, equipamentos de áudio, filmadoras;

Azul	batedeiras, liquidificadores, ferros elétricos, furadeiras, secadores de cabelo, espremedores de frutas, aspiradores de pó, cafeteiras;
Verde	Computadores, desktop e laptops, acessórios de informática, tablets e telefones celulares.

Ilustração 01: Categoria de produtos.

Fonte: adaptado de ABDI (2012).

De acordo com o proprietário de uma das poucas empresas estabelecidas no Rio Grande do Sul, que atua no ramo de lixo eletrônico e resíduo industrial, localizada no município de Horizontina, a logística reversa de eletroeletrônicos, do ponto de vista empresarial, é um investimento de longo prazo.

A falta de fomento e incentivos fiscais do governo e o alto investimento em marketing, praticamente inviabilizam o negócio, obrigando os empresários a agregarem outra atividade comercial para sobreviver no mercado. A empresa em questão recebe, no município de Horizontina, o “lixo eletrônico” oriundo de 386 municípios dos estados do RS e SC, totalizando cerca de 10 toneladas por dia. Com essa informação foi possível chegar ao alarmante dado de produção de 6.750kg de lixo por habitante/ano.

Em decorrência da falta de conscientização de que lixo eletrônico não é lixo comum, menos de 20% deste total tem a destinação correta. O lixo eletrônico mais recebido pela empresa é da linha verde, marrom e branca. O primeiro grande impacto ambiental do chamado lixo eletrônico não é apenas seu descarte, mas sim a extração de insumos para sua produção. Ao destinar os resíduos de equipamentos eletroeletrônicos em aterros não licenciados ou em locais inapropriados, se coloca em risco a natureza e a saúde humana, já que esses resíduos liberam substâncias químicas de potencial tóxico.

O lixo não é apenas um problema ambiental e de saúde pública, mas também um investimento econômico. Conforme Achim Steiner, diretor executivo do PNUMA,

A falta de ação está custando aos países de cinco a dez vezes mais do que os próprios investimentos em gerenciamento de lixo. Um compromisso

maior por parte das nações para aplicarem sistematicamente os 3 R's – Reduzir, Reusar, Reciclar – pode transformar o problema do lixo em um recurso para as nossas economias. (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE, 2015).

O próprio governo incentiva o consumo de produtos eletroeletrônicos, com iniciativas de redução de impostos e fomento à indústria, porém, pouco estimula a política reversa desses equipamentos. Conforme se pode perceber com a pesquisa, a logística reversa funciona somente na lei, sendo pouco efetiva na prática.

A boa notícia é que se tem observado na mídia publicações de várias empresas que passam a investir na reciclagem do lixo eletrônico, ainda que seja para cumprir a legislação, a exemplo da empresa de telefonia Oi, que anunciou, em 2012, o investimento de R\$ 10 milhões para reciclar o lixo eletrônico através da construção de um parque industrial com cinco unidades distribuídas pelo país.

O intuito das empresas é adequar-se a Lei Federal da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, Lei nº 12.305, de 02 de agosto de 2010 (CORREA, 2012). A referida Lei dispõe:

Art. 20. Estão sujeitos à elaboração de plano de gerenciamento de resíduos sólidos:

I - os geradores de resíduos sólidos previstos nas alíneas “e”, “f”, “g” e “k” do inciso I do art. 13;

II - os estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços que:

a) gerem resíduos perigosos;

b) gerem resíduos que, mesmo caracterizados como não perigosos, por sua natureza, composição ou volume, não sejam equiparados aos resíduos domiciliares pelo poder público municipal. (BRASIL, 2010).

Seja para cumprir determinação legal ou por um dos tantos motivos demonstrados ao longo dessa pesquisa, faz-se necessária a correta destinação dos resíduos sólidos eletroeletrônicos por parte da população, das empresas importadoras, dos fornecedores e dos fabricantes. A cadeia da logística reversa deve ser difundida e cobrada de todos os seus participantes, pois, além de contaminar menos o meio ambiente, ainda é possível obter resultados econômicos para a indústria, que pode reutilizar os produtos originados do descarte adequado.

No município de Horizontina, as ações que mais se evidenciaram desde a promulgação da legislação federal dão conta de campanhas para o descarte em pontos específicos, pré-estabelecidos, de lâmpadas e pilhas, porém, ainda falta difundir e incentivar o descarte dos demais produtos eletroeletrônicos. É possível perceber, portanto, que ainda falta o principal: a consciência e a ação humana.

CONCLUSÃO

A defesa do meio ambiente, embora seja tutelada pelo Estado, é obrigação de todos. O ser humano, competitivo por natureza, na busca de acumular recursos financeiros, é o grande responsável pela destruição da natureza. Compete a ele a minimização dos impactos já causados e a busca constante pela recuperação do degradado. Os produtos eletroeletrônicos, que se destinam a satisfazer os desejos e necessidades, fazem parte da cultura contemporânea.

O problema é que quando eles se tornam descartáveis, raramente lhes é dado o destino adequado. Todas as partes envolvidas no processo de fabricação e aquisição de um produto devem ser responsáveis pela sua destinação através da logística reversa. Pode-se perceber no decorrer do estudo que é ainda pouco difundida a cultura da logística reversa, principalmente em municípios pequenos e interioranos, como é o caso de Horizontina.

Saber quais os produtos que devem receber um destino diferente da lixeira comum é uma importante ferramenta na cultura da informação da difusão desse conhecimento na busca da conscientização dos cidadãos. Pode-se afirmar que a maioria, quando não a totalidade das pessoas residentes na cidade em estudo, possuem produtos eletroeletrônicos. A questão é que, encerrando as possibilidades de reparo, não o destinam corretamente quando o descartam. Com o fim da vida útil do produto, surge para o poder público uma preocupação constante com o número de resíduos dessa natureza depositados nas vias públicas que, em decorrência do aumento do consumo, tornam-se um problema coletivo.

Os diversos materiais que compõem os resíduos eletroeletrônicos são prejudiciais não apenas ao ambiente natural, também ao econômico, cultural e social, mas principalmente à saúde dos seres humanos, pois podem causar diversos problemas pela toxicidade de alguns componentes. Muitas dessas substâncias químicas e tóxicas são desconhecidas da população, o que dificulta ainda mais a conscientização quanto ao destino correto dos eletroeletrônicos. Não raras vezes nos deparamos com “pilhas”, geladeiras, fogões, monitores de TV, lavadoras de roupas, descartados a céu aberto, formando verdadeiras montanhas de lixo que deveriam ser repassadas aos vendedores e fabricantes, através da logística reversa.

O desconhecimento dessa obrigação, a falta de publicidade e de cobrança dos órgãos de fiscalização e a deficiência de ação por parte do poder público municipal, favorecem o crescimento do descarte irregular. Em decorrência dessa preocupação, no presente trabalho demonstra-se a importância do debate e da disseminação dessas informações, para que as futuras gerações possam ter garantido um ambiente mais propício ao desenvolvimento da espécie humana, conscientes do seu papel no destino do planeta e que sua produção e consumo também são sua responsabilidade quando decidir descartar produtos eletroeletrônicos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial. **Logística Reversa de Equipamentos Eletroeletrônicos**. Análise de Viabilidade Técnica e Econômica. Brasília: [s.n], 2012. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1362058667.pdf>. Acesso em: 18 set. 2015.
- BRASIL. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **Resíduos de Equipamentos Eletroeletrônicos**. Requisitos para atividade de manufatura reversa. Brasil: 2013. Disponível em: <<http://www.eletros.org.br/a2sitebox/arquivos/documentos/1991.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2015.
- ANTUNES, P. B. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.305**, de 2 de Agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em 18 set. 2015.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HORIZONTINA. **Decreto Municipal 3808/2012**. Plano Municipal de Gestão Integrada dos Resíduos Sólidos. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/camara/rs/horizontina>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Informações estatísticas**. Horizontina. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de População e Indicadores Sociais. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=430960&search=rio-grande-do-sul>>. Acesso em: 18 set. 2015.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **O problema do lixo**: Cidades do mundo produzem mais de 10 bilhões de toneladas de resíduos todos os anos, estima estudo da ONU. Disponível em: <<http://web.unep.org/o-problema-do-lixo-cidades-do-mundo-produzem-mais-de-10-bilh%C3%B5es-de-toneladas-de-res%C3%ADduos-todos-os>>. Acesso em: 18 set. 2015.

CORREA, Marcelo. Oi Investe R\$ 10 Mi para Reciclar Lixo Eletroeletrônico. **Revista Exame**, [s.l], dez. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/um-de-set-ndo/noticias/oi-investe-r-10-mi-para-reciclar-lixo-eletroeletronico>>. Acesso em: 18 set. 2015.

RODRIGUES, Domingos Benedetti; WALKER, Hermeto. Meio Ambiente como Direito Fundamental das Presentes e Futuras Gerações. **Revista Direito e Sociedade**: reflexões contemporâneas, Santa Rosa, v. 1, n. 2, p. 111-131, 2011. Disponível em: <http://www.fema.com.br/wp-content/uploads/2014/04/pdf_revistadireito_edicao1_2012.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

RUAS, M. G. **Políticas Públicas**. Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração/ UFSC [BRASÍLIA]: CAPES: UAB, 2009. Disponível em:

<http://www.moodle.fmb.unesp.br/file.php?file=%2F175%2Farquivos%2FMaterial_de_estudo%2FPolíticas_Publicas.pdf>. Acesso em: 10 maio 2015.

SARAIVA, E; FERRAREZZI, E. Políticas Públicas. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo. Wolfgang; **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso. da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

**A RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS INADIMPLENTES REPRESENTADOS POR
TÍTULOS DE CRÉDITO**

Antonio Gerson de Cristo Servat¹
Rosmeri Radke Cancian²

RESUMO

Este artigo aborda os meios que permitem a mais rápida e eficiente recuperação de crédito não solvido representado por título de crédito. O objetivo é pesquisar as possíveis e mais adequadas soluções, em via judicial, para sua recuperação. Trata-se mais especificamente das ações cambiais e causais para a cobrança dos títulos, dos prazos prescricionais, da ação de execução, da ação de enriquecimento sem causa e das ações causais. O estudo realizado baseia-se em uma metodologia adequada ao problema formulado: se representar uma obrigação por meio de um título de crédito, realmente oferece vantagens para o credor. A coleta dos dados realiza-se por meio de pesquisa bibliográfica, a partir de livros, doutrinas, artigos científicos e demais literaturas pertinentes à temática, assim como jurisprudência e textos normativos. Conclui-se ao final que os títulos de crédito, representativos de obrigações pecuniárias, dão maior agilidade ao processo de recuperação dos valores neles expressos.

Palavras-chave: título de crédito – inadimplência – recuperação de crédito.

RESUMEN

Este artículo discute los medios que permiten la recuperación más rápida, más eficiente de crédito no resueltos representada por título. El objetivo es encontrar las soluciones más adecuadas y, en el Tribunal, para su recuperación. Es más específicamente acciones de intercambio y para la recuperación de vínculos causales, plazos de prescricionais, funcionamiento, acción de enriquecimiento injusto y acciones causales. El estudio se basa en una metodología adecuada al problema formulado: Si usted representa una obligación por medio de un título de crédito, en realidad ofrece ventajas para el prestamista. La recolección de datos se realiza por medio de investigación bibliográfica, de libros, doctrinas, artículos

¹ Acadêmico do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis.

² Mestra em Docência Universitária, Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. rosmeri_cancian@hotmail.com

científicos y otras publicaciones relevantes sobre el tema, así como jurisprudencia y textos reglamentarios. Concluyó al final que los valores, las obligaciones pecuniarias representante dan mayor agilidad al proceso de recuperación de los valores expresados en ellos.

Palabras Claves: título de crédito – por defecto – recuperación de créditos.

INTRODUÇÃO

O endividamento e a inadimplência estão entre os maiores problemas enfrentados no universo empresarial. Um elevado índice de inadimplência tende a comprometer o sistema financeiro nacional. Por isso, uma legislação adequada, que leve a um processo célere, pode contribuir para que a recuperação desses valores ocorra de forma satisfatória, e com isso levar os credores a obter reais vantagens sobre os devedores, de modo a não gerar mais custos e emolumentos aos titulares desses créditos, especialmente se tais obrigações estiverem representadas por títulos de crédito.

Essa celeuma jurídica tem permeado inúmeros debates acerca da necessidade de se prosseguir, nos limites das possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, para aclarar essas discussões no que diz respeito ao prazo prescricional e o tipo de ação mais adequada para garantir o direito do credor, pois ao conduzir a ação judicial, saber diferenciar a ação causal da ação não casual, pode levar ao êxito do processo de cobrança, como também em caso de insucesso, o credor pode ter seu direito totalmente extinto, ensejando, de certa forma, uma falsa sensação de “impunidade” do devedor perante o credor.

As relações empresariais representam um marco da evolução da sociedade. Quanto mais evoluída uma sociedade, mais intensas e complexas são essas relações, tanto com outros povos, como entre os integrantes do seu grupo. Os títulos de crédito são instrumentos muito importantes para a produção e a circulação de bens e serviços. A sua aceitabilidade no meio empresarial é tão grande que se torna difícil imaginar as transações comerciais na atualidade sem a sua existência.

Considerando tamanha importância o tema deste trabalho trata da inadimplência de obrigações pecuniárias representadas por títulos de crédito. Como delimitação temática a pesquisa propõe um estudo sobre as ações possíveis para solucionar casos de inadimplência de obrigações pecuniárias quando estas se encontram representadas por títulos de crédito. A partir de uma base teórica se busca identificar os meios mais adequados para o ajuizamento que visa à satisfação de crédito inadimplido, bem como as vantagens do credor que possui tal documento.

Os riscos que envolvem o crédito e as transações empresariais são inerentes à própria atividade. Para que esses riscos e principalmente a inadimplência não comprometam essa atividade, e por consequência a economia nacional, o legislador ordinário cria ferramentas que permitam a busca de soluções jurídicas quando se configura tal situação.

Conclui-se, ao final da pesquisa, que os títulos de crédito, representativos de obrigações pecuniárias, que se configuram em títulos executivos extrajudiciais, permitem maior agilidade ao processo de recuperação dos valores neles expressos, e mesmo prescritos, se configuram em importante meio de prova para discutir a relação subjacente que lhe deu origem.

1 AS AÇÕES CAMBIAIS E CAUSAIS PARA A COBRANÇA DE TÍTULO DE CRÉDITO

As ações cambiais, bem como as ações casuais, que se aplicam quando da prescrição do título de crédito, são o objeto de análise nesse artigo. Busca-se identificar as vantagens de se representar uma obrigação pecuniária por um título de crédito, que se configura como título executivo extrajudicial, previsto como tal no artigo 585, inciso I, do Código de Processo Civil, e assim sendo, permite a competente ação executiva até a ocorrência da prescrição.

A dificuldade de cobrar devedores inadimplentes, afeta sobremaneira o mundo empresarial. Devedores, que não pagam suas dívidas na data aprazada,

geram prejuízo aos seus credores, que provavelmente utilizariam desses recursos para pagar a quem devem, e por isso acabam por também ficar inadimplentes.

Em outras palavras, a inadimplência sucessivamente vai gerando mais inadimplência, em uma corrente muito perniciosa para a cadeia de produção e circulação de bens. Quando o tema não é tratado com a devida cautela pelos responsáveis pela economia do país, pode afetar o mercado como um todo. Nesse sentido, é de extrema importância que a legislação esteja adequada e garanta a devida segurança aos envolvidos nas relações comerciais.

A ação cambial se diferencia de outras ações em virtude de “[...] limitar as matérias de defesa do devedor, quando o credor é terceiro de boa-fé. Nenhuma outra diferença existe, quer em termos de pressupostos, condições da ação, procedimento ou demais aspectos de direito processual civil.” (COELHO, 2008, p. 430). Para o autor,

A ação é cambial se o demandante, se terceiro de boa-fé, tem o direito de invocar a inoponibilidade das exceções pessoais, para postular a desconsideração, pelo juiz, de matérias de defesa estranhas à sua relação com a parte demandada. (COELHO, 2008, p. 430).

Nesse contexto, Silva apresenta importante contribuição sobre a ação cambial:

É a ação própria para a cobrança executiva dos títulos de crédito: letra de câmbio, nota promissória ou duplicata. É uma ação executiva, por isso também se conhece vulgarmente pelos nomes de executivo cambial ou executivo cambiário. O artigo 585, I, do Código de Processo, a inclui entes as ações executivas.

A ação cambial pode ser promovida pelo proprietário do título, não somente contra seu principal devedor (aceitante da letra, emitente da promissória ou aceitante da duplicata), mas contra seus corresponsáveis (endossantes e avalistas).

A ação cambial somente pode ser formulada com a apresentação do título regularmente exigível, em que se funda a imposição do pagamento da obrigação, desde que vencida e não prescrita.

Dessa maneira, a ação cambial implica, sob pena de nulidade:

- a) A exibição do título, diante do qual se funda o pedido inicial, não o substituindo o simples instrumento do protesto;

b) Em se ter o título vencido sem que os seus responsáveis ou corresponsáveis hajam promovido legalmente seu pagamento;

A ação cambial não somente cabe ao credor cambiário, como aos seus herdeiros, cessionários e sub-rogados. E responde pela ação cambial todo aquele que esteja vinculado ao título, seja por saque, endosso ou aval, bem assim seus herdeiros e sucessores, o cônjuge devedor meeiro, o sócio e o espólio devedor. (SILVA, 2008, p. 07).

A ação cambial nada mais é que uma ação executiva típica. Seu objetivo é a cobrança do título cambiário, como, por exemplo, o cheque, a nota promissória, a letra de câmbio, a duplicata, entre outros. O portador do título tem o direito de interpor a ação cambiária contra o devedor principal e todos os coobrigados, e não precisa observar a ordem em que estes se obrigaram.

Nesse sentido ela pode ser direta ou indireta, levando em conta a quem ela é direcionada. A direta é interposta contra o devedor principal e seus avalistas. Já a ação indireta, também chamada de ação regressiva, é movida em face dos obrigados anteriores, por exemplo, pelo endossante que paga ao endossatário (PIRES, 2010). Nesse sentido Fábio Coelho ensina:

O credor pode executar o título de crédito contra todos os devedores, identificando como executados, em sua petição inicial, o devedor principal, os codevedores e avalistas da letra. A ordem de anterioridade-posterioridade dos devedores cambiais só interessa, para fins de cobrança amigável ou para o exercício de direito de regresso. Normalmente, após obter sucesso na cobrança do crédito contra um dos executados, o credor deve desistir dos demais, ou pedir a suspensão da execução contra eles, de forma a se evitar o enriquecimento indevido. (COELHO, 2012, p. 552).

Existe também a possibilidade de cobrança de títulos já prescritos que não podem ser executados. Para tanto conta-se com as ações causais, em que se faz necessário provar, em primeiro plano, a relação jurídica que gerou o título ou a dívida, conforme ensina Fábio Uihôa Coelho:

Essas ações são chamadas de “causais”, porque discutem a causa da obrigação e não o seu documento. [...] A ação causal (seja de conhecimento ou monitória) prescreve, por sua vez, de acordo com o disposto na legislação aplicável ao vínculo extra cambiário que une as partes da

demanda. [...] Se inexistir regra específica, prescreverão, em 5 anos, contados da data em que poderiam ter sido propostas (CC. Art. 205, § 5º I). O termo inicial de prescrição da ação causal, portanto, não é o exaurimento do prazo prescricional da ação cambial, mas a data – que pode mesmo ser até anterior à do saque do título de crédito – em que a medida poderia ter sido ajuizada. (COELHO, 2014, p. 503).

Dessa forma temos que as ações causais são utilizadas após prescritos os prazos para as ações cambiais. Passar-se-á, na sequência, a tratar dos prazos prescricionais dos títulos.

2 OS PRAZOS PRESCRICIONAIS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO

O título de crédito faz nascer um direito para o credor em face do devedor, e a possibilidade de executar a obrigação pecuniária não satisfeita em via judicial. A prescrição representa a perda do direito de execução do título em virtude da inércia do credor em determinado prazo. Cada modalidade de título tem seu prazo específico de prescrição, determinado pela lei que o regulamenta. Na falta dessa, recorre-se a regra geral do Código Civil, que em seu artigo 206 estipula em 03 anos o prazo da prescrição.

Os títulos mais utilizados e seus respectivos prazos de prescrição são:

- a) O cheque, que prescreve em seis meses contados término do prazo de apresentação, que é de trinta dias mesma praça, e de sessenta dias se for de praça diversa, conforme previsto no artigo 59 da Lei nº 7.357/85 (BRASIL, 1985);
- b) A duplicata que prescreve em três anos a contar da data de vencimento, tanto para o devedor principal quanto para os avalistas, conforme reza a Lei nº 5.474/68, em seus artigos 15 e 18 (BRASIL, 1968);
- c) A nota promissória e a letra de câmbio, cujo prazo de prescrição também é de três 03 anos, contados do vencimento para o devedor principal ou aceitante e eventuais avalistas deste, conforme artigo 70 da Lei Uniforme

de Genebra; as ações do portador contra os endossantes e contra o sacador prescrevem em um ano, a contar da data do protesto feito em tempo útil ou da data do vencimento; e, por fim, as ações regressivas, dos endossantes uns contra os outros e contra o sacador, prescrevem em seis meses, contados do dia em que o endossante pagou a letra ou em que ele próprio foi acionado (BRASIL, 1966).

Os títulos de crédito previstos em leis especiais continuam sendo regidos por essas leis, nos termos do artigo 903 do Código Civil. As disposições trazidas pelo novo Código são aplicáveis apenas aos títulos atípicos, constantemente criados pela dinâmica do comércio.

O mesmo se verifica com relação ao prazo prescricional, conforme estabelece o artigo 206, § 3º, VIII, do Código Civil: “Artigo 206: Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] VIII - a pretensão para haver o pagamento de título de crédito, a contar do vencimento, ressalvadas as disposições de lei especial.” (BRASIL, 2002).

Assim, o prazo trienal para o exercício da pretensão para haver o pagamento do título de crédito, previsto no inciso VII acima citado, somente será aplicável aos títulos atípicos e aos títulos típicos, se a respectiva lei que o tiver criados for omissa (ROSSI, 2004). Para a perfectibilização do direito a execução do título se faz necessário à posse do título de crédito, objeto da ação executiva, em virtude do princípio da cartularidade inerente ao direito cambial.

Quando prescrito o título, ele vai servir apenas como meio de prova para a ação de cobrança. Um título prescrito não pode ser protestado. Se o fizer, incorre o credor em prática abusiva, e nessa hipótese responde pelo dano que causou ao devedor protestado. Tal protesto não tem validade como marco interruptivo temporal.

O protesto de título de crédito é uma ferramenta que permite a obtenção de mais prazo para a execução de um título que está prestes a prescrever, fazendo com que o lapso prescricional se apague por inteiro. Ou seja, o protesto interrompe o prazo prescricional, mas essa interrupção só pode ocorrer uma vez para cada título.

Isso impede a perpetuação prescricional pelo tempo, e faz com que o título tenha uma data limite para que se faça a cobrança (FARIAS, 2012).

O protesto não é condição necessária para a propositura de ação de cobrança, porém se não feito, perde-se o direito de cobrança contra endossantes e seus respectivos avalistas. Em outras palavras, o protesto é facultativo para a cobrança do devedor principal e seus avalistas e necessário para a cobrança de coobrigados e respectivos avais.

Em síntese, após o vencimento do título e antes da prescrição, existe para o credor a possibilidade de exercer seu direito perante o devedor mediante ação cambial: a ação de execução.

3 A AÇÃO DE EXECUÇÃO

Quando o devedor não honra sua obrigação no vencimento, o portador do título de crédito pode promover a sua cobrança por via extrajudicial ou judicial. Caso a cobrança extrajudicial não surta efeito, o credor poderá interpor ação de execução, com base em título extrajudicial. O título tem força executiva independente de sua causa. Desse modo o credor pode recorrer à justiça, quando achar necessário, para não ver prescrito seu direito perante seu devedor (ROSA JUNIOR, 2002).

A ação deve-se fazer acompanhar pelo título, ou cártula, original, para que se verifique se estão presentes nela os requisitos legais, essenciais para a cobrança, pois no direito cambiário a materialidade da dívida é comprovada pela materialidade e posse do título. Portanto, o credor somente poderá exigir o que está na cártula e nada mais.

De outra banda, o devedor só pagará aquilo que lá está anotado. Toda a execução deve ter força no título extrajudicial, assim, *nulla executio sine titulo*, ou seja, não se admite execução cambial sem que o título seja apresentado em original, pois se o mesmo estiver em poder do credor, pode ensejar a circulação (ROSA JUNIOR, 2002).

O credor do título não é obrigado a promover a ação de execução, podendo optar pelo processo de conhecimento, quando este tiver incerteza sobre a exigibilidade do título. A ação de execução deve ser ajuizada no lugar onde o pagamento do título deveria ser feito, pois é lá que a obrigação deveria ter sido satisfeita.

O lugar do pagamento, quando suprimido na cártula, como pode acontecer, por exemplo, na letra de câmbio, será designado o local que vem ao lado do nome do sacado, mas se for sacada para ser paga em domicílio de terceiro, ou tiver local diferente do domicílio do sacado, a ação deve ser depositada no lugar do pagamento.

Quando se falar em cheque e este não informar o local para pagamento, a ação deve ser proposta no primeiro local ao lado do nome indicado na sua emissão. Considerando que a norma constante no Código Civil se faz em favor do credor, nada obsta que a mesma seja feita no domicílio do executado, pois se faz menos onerosa ao devedor, e aos coobrigados (ROSA JUNIOR, 2002).

Todos os coobrigados da cadeia cambiária são solidários, mas essa solidariedade não pode ser confundida com a solidariedade do direito comum. O portador pode acionar os devedores cambiários de forma individual ou coletiva, sem observar seu lugar na ordem das obrigações. Esse mesmo direito cabe ao coobrigado que paga o título, e pode, em regresso, acionar todos os coobrigados que lhe antecedem na cadeia cambiária.

Os devedores das cambiais dividem-se em diretos e indiretos, e por essa razão a ação cambiária executória também pode ser indireta ou direta (ROSA JUNIOR, 2002):

- a) Devedores diretos: o aceitante da letra de câmbio, o emitente da nota promissória, o sacador do cheque, o aceitante da duplicata, e eventuais avalistas dos mesmos;

- b) Devedores indiretos: o sacador da letra de câmbio e os endossantes e seus avalistas, os endossantes dos demais títulos e seus avalistas, salvo se existir cláusula excludente de responsabilidade.

A ação pode ser proposta pelo portador legítimo do título de crédito ou por coobrigado que, tendo quitado a cártula, assume perante os outros coobrigados que lhe antecedem na cadeia cambiária, o direito de regresso do valor pago. Já a legitimidade passiva da ação cambial, depende da posição da assinatura no título ora executado, exceto se tácito na duplicata. A LUG prevê as seguintes responsabilidades nas cambiais:

- a) Aceitante da letra de câmbio e emitente de nota promissória, como devedores diretos e principais;
- b) Sacador da letra de câmbio na qualidade de devedor indireto;
- c) Endossante;
- d) Avalista, devedor direto ou indireto dependendo da posição ocupada pelo avalizado.

O endossante e o avalista, na letra de câmbio, podem limitar seu valor de responsabilidade, inserindo cláusula “sem garantia”, no caso do endossante, ou o aval parcial, que deve informar o montante garantido (ROSA JUNIOR, 2002). Para a execução da letra de câmbio a ação direta prescreve em três anos, contados do vencimento. A ação indireta prescreve em um ano, e a ação de regresso prescreve em seis meses.

A data inicial da contagem do prazo prescricional depende da existência ou não de cláusula liberatória do protesto; se houver essa cláusula, conta-se esse prazo do vencimento do título, se não houver, conta-se a partir da data do protesto em tempo útil. Entre endossantes prescreve em seis meses a contar do dia que foi pago o título ou em que o coobrigado foi acionado judicialmente (ROQUE, 2003).

A execução de nota promissória segue a mesma regra e prazo prescricional da letra de câmbio, uma vez que os dois títulos são regulados pela mesma legislação, ou seja, a Lei Uniforme de Genebra. A nota promissória, no entanto,

quando vinculada a contrato perde seu poder executório, pois está baseado no negócio jurídico que a gerou (ROSA JUNIOR, 2002). Sobre a execução da duplicata, Sebastião José Roque ensina:

Não sendo paga no vencimento, sem relevante razão de direito, poderá, o portador da duplicata, socorrer-se da ação cambiária, executando-a conforme regulamenta o Código de Processo Civil. A execução deverá estar instruída com a duplicata aceita, não havendo necessidade de protesto contra o aceitante e seu avalista. Será preciso, porém, o instrumento de protesto se a execução for contra endossante e o avalista dele ou, se a duplicata não estiver aceita, caso em que será também preciso o comprovante da entrega da mercadoria.

Caso o sacado não tenha aceito a duplicata por motivos plausíveis, conforme prevê o art. 8º, o sacador poderá contudo exercer a cobrança pela ação ordinária. Mesmo em se tratando de ação ordinária, a cobrança pode ser realizada contra os coobrigados no total deles ou contra algum, sem observância da ordem em que figurem no título, como acontece com os demais títulos de crédito. Todos os coobrigados respondem solidariamente pelo aceite e pelo pagamento, já que as obrigações cambiárias são autônomas e solidárias. O foro competente para a cobrança judicial da duplicata ou da triplicata é o da praça de pagamento constante do título, conforme consta no aceite. Contra os demais coobrigados, deverá ser o do domicílio deles, pois a cobrança deve contar com a apresentação do título. (ROQUE, 2003, p. 45)

Para executar uma obrigação representada por uma duplicata o prazo prescricional também é de três anos, e se aplica tanto ao devedor principal quanto aos avalistas. No entanto, quando a duplicata não for emitida fisicamente, ou não tiver sido devolvida pelo devedor com o respectivo aceite, para instruir a execução é preciso observar as regras determinadas pelo artigo 15 da Lei nº 5.474/68:

Art. 15 - A cobrança judicial de duplicata ou triplicata será efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se tratar:

I - de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II - de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que, cumulativamente:

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e

c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.

§ 1º - Contra o sacador, os endossantes e respectivos avalistas caberá o processo de execução referido neste artigo, quaisquer que sejam a forma e as condições do protesto.

§ 2º - Processar-se-á também da mesma maneira a execução de duplicata ou triplicata não aceita e não devolvida, desde que haja sido protestada mediante indicações do credor ou do apresentante do título, nos termos do art. 14, preenchidas as condições do inciso II deste artigo. (BRASIL, 1968).

Ou seja, na ausência da assinatura do devedor é preciso vinculá-lo através do protesto, e comprovar que houve a efetiva entrega da mercadoria que originou o crédito. Para o cheque, o prazo para interpor a ação de execução é mais abreviado, e se conta a partir do término do prazo de apresentação.

Esse prazo é de 30 dias se o cheque for da mesma praça e de 60 dias se for de praça distinta. Quando se verifica o término desse prazo é que começa a correr o prazo de prescrição, que é de seis meses. Pode-se afirmar, desse modo, que o prazo para propor ação de execução de cheque é de 30 dias, mais seis meses, se for da mesma praça e de 60 dias mais 6 meses, se for de praça diversa.

Quando se tratar de execução com base em cheque, conforme previsto na legislação especial, o credor pode se utilizar de outra ação cambial, de natureza não executiva, a ação de enriquecimento indevido. Ou seja, prescrita a ação de execução, nos dois anos seguintes o portador do cheque sem fundos poderá promover a ação de enriquecimento indevido contra o emitente, os endossantes e avalistas, conforme prescreve o artigo 61 da Lei do Cheque:

Artigo 61: A ação de enriquecimento contra o emitente ou outros obrigados, que se locupletaram injustamente com o não pagamento do cheque, prescreve em 2 (dois) anos, contados do dia em que se consumar a prescrição prevista no art. 59 e seu parágrafo desta Lei. (BRASIL, 1985).

Sobre a execução com base em cheques Fábio Ulhôa Coelho explica:

O portador do cheque, por meio de processo de conhecimento, pede a condenação judicial de qualquer devedor cambiário no pagamento do valor do título, sob o fundamento de que se operou o enriquecimento indevido. De

fato, se o cheque está sem fundos, o demandado locupletou-se sem causa lícita, em prejuízo do demandante, e é essa, em princípio, a matéria de discussão na ação. [...] Como a ação de enriquecimento indevido é cambial, se o demandante é o endossatário do cheque e o demandado é o emitente, não poderá esse último, na contestação, suscitar matérias pertinentes ao negócio originário do título, matérias que, perante terceiros de boa-fé, não são oponíveis, no regime de direito cambiário. Frise-se, entretanto, que se a demanda é promovida pelo tomador contra o emitente, será lícito ao réu contestar o pleito discutindo a relação jurídica originária do título. (COELHO, 2012, p. 575).

Verificada a prescrição das ações cambiais, pode o portador do cheque promover uma ação causal, desde que exista uma relação extra cambial, que será o objeto da lide. Essa ação não é cambial, e serve para fins de discutir as obrigações decorrentes da relação originária. Exatamente por isso sua admissão é condicionada à existência de relação extra cambial entre os litigantes, que é o objeto da lide.

Em virtude da possibilidade de propor ação monitória, cujo prazo prescricional é mais amplo, a utilização dessa ação cambial por enriquecimento indevido tem pouca aplicabilidade prática. A ação de execução, em suma, é o meio que o credor tem para recuperar seu crédito perante o devedor, após o vencimento do título e a ineficácia da cobrança extrajudicial, fazendo com que não prevaleça o sentimento de impunidade do devedor, fazendo com que este tenha uma penalidade em caso de inadimplência, não passando para o credor do título o prejuízo.

Também não é condição para a ação de execução que o credor cobre extrajudicialmente, se ele quiser tão logo a obrigação esteja vencida, pode propor a execução. É claro que é muito mais lógico que o credor busque inicialmente o meio extrajudicial, menos burocrático e dispendioso, no entanto, frustrado este, a via judicial é a alternativa que lhe resta.

Em face dos exíguos prazos para a cobrança dos títulos de crédito, o Brasil adotou com reservas o artigo 15 da LUG, disponibilizando ao credor o direito de, em caso de prescrição ou perda de direitos contra aquele que tenha, de forma ilegítima, obtido lucro com a inadimplência, propor a ação de enriquecimento sem causa.

4 A AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

A ação de enriquecimento sem causa ou ação de locupletamento injusto, surge no direito alemão para solucionar os conflitos do rigoroso formalismo cambiário e de serem curtos os prazos para decadência e prescrição (ROSA JUNIOR, 2002).

O prazo mais amplo que a ação de enriquecimento sem causa passa para os credores exigirem o cumprimento da obrigação garante uma maior exigibilidade do crédito perante o devedor, pois o prazo para ingresso da ação é de três anos e começa a correr após o decurso do prazo prescricional para quitação do débito originário do título do crédito.

Sobre a ação de enriquecimento sem causa, tem-se o ensinamento de Bernardo Pimentel Souza:

À vista do art. 48 do Decreto n. 2.044/1908, c/c os artigos 206, § 3º, IV, 884 e 886 do Código Civil de 2002, prescrita a execução cambial, ainda há a possibilidade de o credor ajuizar demanda cognitiva denominada “ação de locupletamento indevido”, “ação de enriquecimento sem causa” ou “ação in rem verso”, dentro do prazo prescricional de três anos.

À luz do art. 886 do Código Civil de 2002, o triênio previsto no inciso IV do § 3º do art. 206 do mesmo diploma só começa a correr após o decurso in albis dos prazos para a execução do art. 70, § 1º, da Lei Uniforme, e do art. 585, I, do Código de Processo Civil.

Com efeito, após o transcurso in albis dos prazos prescricionais das pretensões executivas provenientes da letra de câmbio, é admissível a propositura da demanda de locupletamento ou enriquecimento indevido, no prazo prescricional de três anos, em virtude da combinação do art. 48 do Decreto n. 2.044/1908, com os artigos 206, § 3º, IV, 864 e 866, do Código Civil de 2002.

O prazo prescricional da pretensão de locupletamento é contado após a perda da força executiva da letra de câmbio, porquanto a demanda de enriquecimento sem causa não é admissível enquanto for cabível a execução cambial, ex vi do art. 886 do Código Civil.

Ao contrário do que ocorre com a execução cambial, com três diferentes prazos prescricionais em razão do executado, a prescrição da pretensão exercida mediante demanda de locupletamento indevido é sempre de três anos, independentemente do demandado.

No que tange à legitimidade passiva, a demanda de enriquecimento sem causa só pode ser movida contra o beneficiário do locupletamento indevido. Por não estar fundada na responsabilidade cambial, mas, sim, no direito

civil, a demanda não pode ser movida contra os coobrigados cambiais que não se enriqueceram a custa do empobrecimento do credor do título. Ao contrário, portanto, da execução cambial, a qual pode ser movida contra qualquer um dos devedores e coobrigados cambiais, a demanda de enriquecimento sem causa só pode ser acionada contra quem efetivamente foi beneficiado pelo empobrecimento alheio. Em suma, a demanda de locupletamento indevido não tem natureza executiva nem cambial, mas, sim, cognitiva e civil, porquanto busca o reconhecimento do enriquecimento sem causa, à luz dos artigos 884 e seguintes do Código Civil e do art. 48 do Decreto n. 2.044/1908. (PIMENTEL, 2011, p. 105).

Ao passo que a execução tem sua força no próprio título, na ação de enriquecimento indevido, segundo o autor, é preciso provar apenas que o título não foi pago:

No tocante à causa de pedir, a demanda de enriquecimento indevido prescinde da veiculação da causa que deu origem ao título de crédito prescrito que não foi honrado. Com efeito, a petição inicial não precisa veicular a causa subjacente, mas apenas comprovar que o título de crédito prescrito não foi pago.

Quanto ao procedimento, a demanda de locupletamento ilícito pode ser acionada pelo tradicional procedimento comum, mas também pode ser avariada pelo procedimento monitório do art. 1.102-A do Código de Processo Civil. Em virtude da faculdade conferida pelo art. 1.102-A do Código de Processo Civil, o titular da letra de câmbio prescrita tem a opção entre os procedimentos comum e monitório, para o recebimento da quantia objeto do enriquecimento indevido, tão logo decorrido in albis o prazo prescricional disponível para a execução cambial.

Ao contrário do que ocorre no procedimento comum, cujo valor da causa pode interferir na adoção do rito ordinário ou sumário, o mesmo não ocorre no procedimento monitório, o qual pode ser adotado em causas com valores inferiores e superiores a sessenta salários mínimos.

Por fim, o réu indevidamente beneficiado pelo enriquecimento indevido deve ser condenado a pagar o valor objeto do enriquecimento ilícito, com juros, *ex vi* do art. 48 do Decreto n. 2.044/1908. (PIMENTEL, 2011, p. 105).

Entende-se que a ação de enriquecimento sem causa, tem sua origem em uma relação cambiária, pois no cerne de sua questão está um título de crédito, porém, este não tem mais sua força executória, mas mesmo assim não deixa de ser título de crédito. Busca-se com essa ação ressarcir os prejuízos percebidos pelo credor. Entretanto tem-se um conflito com a jurisprudência que elenca pontos para que esta seja considerada uma ação não cambial:

Outro fator a considerar é que deixa de existir a solidariedade entre os coobrigados, ou seja, só cabe ação contra quem obteve lucro com o prejuízo do credor, não atingindo eventual avalista ou outros coobrigados. Trata-se, portanto, de uma ordinária/sumária comum e não cambial mesmo tendo por objetivo recuperar o patrimônio do credor com base em um título de crédito. Para a interposição deste tipo de ação exige-se que alguns pressupostos sejam observados pelo proponente:

- a) Exigência de título válido com todos os requisitos para sua existência;
- b) A mora do título;
- c) Incidência de decadência ou prescrição sobre o direito executório deste título;
- d) Enriquecimento ilegal do devedor;
- e) Empobrecimento do credor.

O credor tem um prazo de três anos para propor a ação de enriquecimento sem causa, contado do momento em que ocorreu a prescrição ou decadência, sendo parte legítima para propor tal demanda o portador do título no momento em que ocorre a prescrição ou decadência (beneficiário, endossatário, ou ainda um coobrigado em regresso). O adquirente do título também tem legitimidade (cessionário, sucessor, herdeiro, legatário), em síntese aquele que seja o portador legítimo do título no momento em que se opera a prescrição.

Os legítimos passivos da ação de enriquecimento sem causa são os devedores que não honraram o pagamento do título (emitente da nota promissória, aceitante/sacador da letra de câmbio). Os endossantes e os avalistas não podem ser parte passiva desta ação, pois não obtiveram lucro com o prejuízo obtido pelo credor. (ROSA JUNIOR, 2002).

A ação de enriquecimento sem causa preconiza ao credor uma nova oportunidade para reaver seu direito contra o devedor que não honra seu débito, e assim auferir lucros em detrimento ao credor, que experimenta prejuízo pelo valor do crédito não pago. Além da execução cambial e da ação de enriquecimento sem

causa, ainda há lugar para a ação de cobrança fundada na relação causal, como autoriza o artigo 62 da Lei n. 7.357/85.

5 AS AÇÕES CAUSAIS

Com a prescrição do título, o credor perde o direito de executar o devedor com base no título executivo, passando agora a ter que provar a relação que originou a dívida, já que a cártula não tem mais efeito executório. Por essa razão se faz necessário que o autor, em sua peça inicial, explique toda a relação que faz nexos com a cobrança que pretende realizar.

As ações causais, monitória ou de conhecimento, não se confundem com as demais, em face de nestas se fazer necessário explicar o negócio jurídico que originou o título, de cujo valor se pretende fazer a cobrança. Na ação executiva a simples apresentação do título já é suficiente para a propositura da ação.

Por ser de natureza civil e não cambial apenas os envolvidos na relação jurídica podem ser partes na ação, assim, ela não pode ser proposta contra os coobrigados e avalistas. Nesse sentido escreve Fabio Ulhôa Coelho:

Prescrita a execução, ninguém poderá ser acionado em virtude da letra de câmbio. No entanto, se a obrigação que se encontrava representada pelo título de crédito tinha origem extra cambial, seu devedor poderá ser demandado por ação de conhecimento (Dec. n. 2.044/08, art. 48) ou por monitória, nas quais a letra serve, apenas, como elemento probatório. Essas ações são chamadas de “causais”, porque discutem a causa da obrigação e não o seu documento. O devedor cuja obrigação tenha se originado exclusivamente no título de crédito — como é, em geral, o caso do avalista —, após a prescrição da execução cambial, não poderá ser responsabilizado em nenhuma hipótese perante o seu credor, já que não há causa subjacente a fundamentar qualquer pretensão ao recebimento do crédito. Por outro lado, como a ação causal não é cambial, são admitidas quaisquer matérias de defesa por parte do demandado. (COELHO, 2012, p. 553-554).

A ação causal, tanto de conhecimento como monitória, prescreve “de acordo com o disposto na legislação aplicável ao vínculo extra cambiário que une as partes

da demanda: por exemplo, o contrato de compra e venda que deu origem ao título, o mútuo que foi cumprido por meio do endosso etc.” Nos casos em que inexistir uma regra específica, vale a regra geral do artigo 206, §5º, I do código civil, ou seja, prescreverão em cinco anos. O prazo de prescrição começa a contar da data em que poderiam ter sido propostas as referidas ações (COELHO, 2012, p. 554). No mesmo sentido se posiciona a jurisprudência:

APELAÇÃO CÍVEL DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES. APELAÇÃO. Prescrição. O prazo para o manejo de Ação Monitória, fundada em cartulas emitidas no mês de maio de 2005, é aquele previsto pelo artigo 206, §5º, inciso I, do Código Civil. Precedentes desta Corte. Pretensão autoral que não se encontra prescrita. Mérito. Em Ação Monitória manejada com amparo em cheque prescrito, desnecessária se faz a comprovação da causa debendi, devendo a parte ré, em Embargos Monitórios, demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora, na forma do art. 333, I, do Código de Processo Civil. Precedentes jurisprudenciais. O emitente do cheque, em face do princípio da autonomia e abstração atinentes ao título de crédito, assume o compromisso de pagar a dívida (art. 15 da Lei nº 7.357/85). Caso em que, comprovada a regularidade na emissão da cartula objeto da lide, limitando-se à alegação recursal (mérito) da parte ré na perda da natureza cambial dos títulos, há de ser mantida a sentença proferida pelo Juízo a quo. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2015).

Amílcar de Castro afirma que “O credor que perdeu o direito à execução cambial pode com o título recorrer ao procedimento ordinário de conhecimento do negócio fundamental.” (CASTRO, 1976, p. 55). Nesse caso a cambial funciona como documento probatório da causa de que havia sido abstraída. Alguns doutrinadores defendem a aplicação da regra geral inserta no artigo 205 do Código Civil:

Na execução do título, autorizada exclusivamente por sua realidade formal (letra de câmbio, nota promissória, duplicata ou cheque), nada se questiona sobre o negócio subjacente, que, aliás, pode ser levantado, mas apenas em grau de embargos (ou nas vias ordinárias), com o objetivo de desconstituição do título. Uma pessoa, por exemplo, vende a outra um imóvel. Há prazo para o pagamento, e o comprador emite nota promissória correspondente à dívida. Vencido, o credor, em execução, apenas relata o título que tem em mãos (nota promissória, com tais e tais características) e reclama o pagamento. Nada de falar sobre a venda, que foi o negócio que provocou a emissão do título. Poderá ocorrer que, após o vencimento da

nota promissória, três anos se passem. Mesmo assim, o credor promove a execução. O devedor alega prescrição, e o juiz deve declará-la, não valendo nenhuma alegação de negócio subjacente, já que este não é objeto da execução e sim a nota promissória.

Acontece que um negócio jurídico foi realizado entre as partes: a venda de um imóvel. O vendedor, porém, não recebeu o preço e, neste caso, poderá cobrá-lo em ação de conhecimento. O fato jurídico, a causa que vai justificar seu pedido, já não é a nota promissória vencida, mas a venda do imóvel e o não recebimento do preço, pretensão que só ficará afetada pela prescrição comum, agora, de dez anos. (SANTOS, 2006, p. 23-24).

Assim com a ação causal o credor tem um período maior para reaver seu crédito, encerrando com ela quaisquer que sejam as tentativas do devedor em se eximir da obrigação de pagar. O credor tendo um prazo maior para reaver o que lhe é seu por direito e assim não ter a sorte de experimentar prejuízo em virtude da relação jurídica que teve com o devedor.

Resta comprovado, a partir do que foi até aqui exposto, que um credor que faça representar seu crédito através de um título possui enormes vantagens em detrimento daquele que não tomou a mesma cautela, já que terá acesso a uma ação mais rápida, na qual não cabe discutir a relação subjacente que deu origem ao título.

Quando o credor, possuidor do título de crédito, por alguma razão, perde o prazo da propositura da ação executiva, ainda tem a seu alcance as ações causais, e ainda que tenha que discutir a relação subjacente, ainda mantém vantagem frente ao credor desprovido desse documento, já que o mesmo serve como prova na ação monitória ou de conhecimento.

Quando um credor que não possui seu crédito representado por título executivo extrajudicial pretender propor ação executória, está, na verdade, buscando um provimento inadequado:

Exemplo bastante eloquente desse elemento formador do interesse de agir é o que se tem na execução de créditos. Tendo o credor um título executivo, como um cheque ou uma nota promissória, deverá propor demanda de execução, a fim de ver seu crédito satisfeito. Não existindo esse título, porém, a via executiva se mostra inadequada, devendo o credor propor demanda de conhecimento. A propositura de demanda de execução por quem não tenha título executivo (ou a propositura de demanda de

conhecimento por quem tenha tal título) revela que a atuação do Estado-juiz terá sido provocada em busca de um provimento inadequado para a tutela da situação fática narrada pelo demandante, o que demonstra cabalmente a total inutilidade do referido provimento, razão pela qual faltará, na hipótese, interesse de agir" (CÂMARA, 2008, p. 119).

Nesse sentido, e por todo o exposto, pode se concluir que os títulos de crédito, como instrumentos representativos de obrigações pecuniárias, agilizam o processo de cobrança dos valores neles expressos, e, em última análise, eles propiciam maior segurança para os negócios jurídicos, o que explica sua larga aplicabilidade no meio empresarial.

CONCLUSÃO

Para propor judicialmente a execução do título, o credor deve estar na posse do mesmo, fato esse que abrange também o coobrigado ou outro interessado que tenha quitado o título perante o credor principal, e que deseja entrar com ação de regresso contra o devedor principal ou contra os coobrigados que lhe antecedem na cadeia cambiária.

A partir de todo o embasamento teórico e especialmente do estudo das modalidades de ações disponíveis para buscar a recuperação de crédito representado por título líquido e exigível, se obteve a solução adequada para o problema levantado na pesquisa, qual seja, questionar se as ações cambiais, enquanto instrumentos que possibilitam solucionar casos de inadimplência de obrigações representadas por títulos de crédito, realmente oferecem vantagem para o credor frente a outros credores que não possuem seu crédito representado por esse documento.

Resta comprovado, dessa forma, que o credor que faz representar seu direito por um título de crédito, que é título executivo extrajudicial, tem a sua disposição a ação de execução, até a prescrição da cártula. Essa ação é muito mais rápida e as

matérias de defesa são restritas, não sendo pertinente discutir nela a relação subjacente que deu origem ao referido título.

A força executiva, portanto, reside no próprio título de crédito. Quando, por alguma razão, o credor não executa o título em tempo hábil, em se operando a prescrição, ainda lhe restam as ações de enriquecimento indevido e causais, monitória ou de cobrança, nas quais, embora se possa discutir a origem do crédito, a cártula serve como prova do direito do credor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 57.663**, de 24 de janeiro de 1966. Promulga as Convenções para adoção de uma lei uniforme em matéria de letras de câmbio e notas promissórias. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pre/leisedecretos/Port/dec57663.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. **Lei n.º 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. **Lei n.º 5.474**, de 18 de julho de 1968. Dispõe sobre as Duplicatas, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5474.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.

_____. **Lei n.º 7.357**, de 2 de setembro de 1985. Dispõe sobre o cheque e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7357.htm>. Acesso em: 15 out. 2014.
CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1. v.

CASTRO, Amílcar de Castro. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976. 3. v.

_____. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 1. v.

_____. Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Julia Rangel Oliveira. **Protesto Interruptivo de Prescrição**. Disponível em: <www.rsilvaeadvogados.com.br/site/?imprensa/mostrar/id/96>. Acesso em: 03 jun. 2015.

PIMENTEL, Bernardo. **Manual de Processo Empresarial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Adriana C. **Ação Cambial**. Disponível em: <www.direitonet.com.br/dicionario/exibir/1058/Acao-cambial>. Acesso em: 8 jun. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível Nº 70064441280, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 18/06/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=testamento&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris>. Acesso em: 8 jun. 2015.

ROQUE, Sebastião José. **Tratado de Direito Empresarial**. São Paulo: Primeira Impressão, 2003.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de Crédito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROSSI, Renata Maria T. **A Prescrição e os Títulos de Crédito em Face do Novo Código Civil**. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MIA+prescricao+e+os+titulos+de+credito+em+face+do+novo+codigo+civil>. Acesso em: 03 jun. 2015.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. 2. v.

SILVA, Ana Carolina de Souza; et al. **A Desmaterialização dos Títulos de Crédito**. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CFsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fsinescontabil.com.br%2FTCredito.doc&ei=OP7TT6v8JqTk0QG1sYmhAw&usg=AFQjCNFkCQV-CRyDkFIC-dTwTq7NJ8OhIQ&sig2=CpuLTdP3T_OuRialctKiWw>. Acesso em 16 out. 2014
SILVA, De Plácido E. **Vocabulário Jurídico Conciso**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

**DISCURSOS RELIGIOSOS:
PROMOTORES DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO OU DA INCLUSÃO.**

Gabriel Maçalai¹
Bianca Strücker²
Joice Graciele Nielsson³

RESUMO

O presente texto aborda a vinculação entre a violência de gênero e a produção e disseminação de discursos religiosos. Neste sentido, na primeira parte, aborda a violência de gênero um fenômeno atual e persistente, que está profundamente vinculado à estruturação de desigualdades que se expressam nas mais diversas áreas da vida humana, sendo, portanto, culturais, históricos, normativos, institucionais e religiosos, e que expressam relações de poder e dominação do homem sobre a mulher, ou sobre o polo feminino ou feminilizado de uma relação. No segundo momento, aborda o espaço central ocupado pelo discurso religioso, especialmente o cristão na produção e reprodução destas desigualdades e, conseqüentemente, na produção das violências que dela decorrem, principalmente, o discurso fundamentalista. Por fim, no mesmo sentido, apresenta possibilidades e que o discurso religioso, mediante novas formas de interpretação do texto bíblico, como aquela proposto pela teologia inclusiva, possa ocupar lugar igualmente central na produção de novas formas de sociabilidades permeadas pela igualdade e que conduzam, assim, ao fim da violência de gênero.

Palavras-chave: discurso religioso - violência de gênero - inclusão.

¹ Bacharel em Teologia pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (CESUMAR - 2015), Licenciado em Filosofia pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI - 2015) e bacharelado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Campus Ijuí/RS (UNIJUI - 2016). Pós-graduando *lato sensu* (especialização) em Direito Eleitoral, Direito Tributário e Ciência da Religião pela Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI) e em Espaços Alternativos do Ensino e da Aprendizagem pelo Instituto Federal Farroupilha - Campus Santo Augusto (IFF). E-mail: gabrielmacalai@live.com

² Graduanda do curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), pós graduanda Lato Sensu em Direito de Família e em Direito Processual Civil na Faculdade Venda Nova do Imigrante (FAVENI), e-mail: biancastrucker@hotmail.com

³ Professora do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI), Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos UNISINOS/FURB, e-mail: joice.gn@gmail.com

RESUMEN

Este artículo es sobre el vínculo entre la violencia de género y la producción y difusión de los discursos religiosos. En este sentido, la primera parte se ocupa de la violencia de género un fenómeno actual y persistente que está profundamente ligado a la estructuración de las desigualdades que se expresan en diferentes áreas de la vida humana, y por lo tanto cultural, histórico, normativo, institucional y religiosa y expresar las relaciones de poder y dominación de los hombres sobre las mujeres, o en el polo feminizada de la mujer o una relación. En la segunda etapa, se aborda el espacio central ocupado por el discurso religioso, sobre todo cristiano en la producción y reproducción de estas desigualdades y por lo tanto la producción de la violencia derivada de ella, sobre todo el discurso fundamentalista. Por último, en el mismo sentido, presenta posibilidades y el discurso religioso, a través de nuevas formas de interpretación del texto bíblico, como el propuesto por la teología inclusiva, puede también tener un lugar central en la producción de nuevas formas de sociabilidad permeado la igualdad y el plomo, así que al final de la violencia de género.

Palabras Claves: discurso religioso - violencia de gênero - inclusión.

INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga a relação existente entre violência de gênero e o discurso religioso, especificamente aquele advindo do cristianismo, a partir da constatação de que este tema inegavelmente se constitui em um fenômeno atual, complexo e universal, que atinge todas as formas e espaços de sociabilidade humana.

A referência à expressão violência de gênero, faz menção específica às ações violentas produzidas em contextos e espaços relacionais e, portanto, interpessoais, que têm cenários sociais e históricos não uniformes. Nestas, a centralidade das ações violentas incide sobre a mulher, ou sobre o polo feminino ou feminilizado de uma relação, quer sejam estas violências físicas, sexuais, psicológicas, patrimoniais ou morais, tanto no âmbito privado-familiar como nos espaços de trabalho e públicos.

Neste sentido, considera-se que, a violência de gênero está profundamente vinculada à estruturação de desigualdades, que se expressam nas mais diversas áreas da vida humana, sendo, portanto, culturais, históricas, normativas, religiosas, institucionais, e que expressam relações de poder e dominação do homem sobre a mulher, ou sobre o polo feminino ou feminilizado de uma relação.

Nesse sentido, tem-se que o discurso religioso ocupa lugar central na produção e reprodução destas desigualdades e, conseqüentemente, na produção das violências que dela decorrem, mas, do mesmo modo, poderá ocupar lugar igualmente central na produção de novas formas de sociabilidades permeadas pela igualdade e que conduzam, assim, ao fim da violência de gênero, através da produção de novas formas de interpretação bíblica e, portanto, de novas formas de discurso religioso.

Dessa forma, utilizando-se do método de abordagem hipotético-dedutivo, através de uma pesquisa exploratória e bibliográfica com subsídios legais e doutrinários, a primeira parte deste artigo se dedica ao estudo da violência contra a mulher, demonstrando, através de dados o alto grau de incidência que esta possui na sociedade brasileira. A partir disso, expõe este fenômeno enquanto expressão de relações desiguais de gênero que expressam relações de poder e dominação do machismo e do patriarcado sobre o corpo e a vida das mulheres.

Na segunda parte, aborda a profunda vinculação existente entre o discurso religioso, principalmente aquele oriundo do cristianismo, e a perpetuação das relações de desigualdades geradoras da violência de gênero, dentre os quais analisa principalmente o discurso fundamentalista e sua contribuição neste processo.

Em um segundo momento, propõe que, a construção de novos discursos, a saber, aquele proposto pela teologia inclusiva possa contribuir para superação deste fenômeno, apontando como exemplo, a construção de uma interpretação inclusiva do texto trazido em I Coríntios 14:34, 35, como forma de igualar as relações entre homem e mulher no meio religioso, de modo a embasar um discurso humanitário

diante das relações de gênero, que possa conduzir a superação da violência (BÍBLIA, 2009).

1 DISCURSOS RELIGIOSOS: PROMOTORES DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO OU DA INCLUSÃO

O tema da violência de gênero, inegavelmente se constitui em um fenômeno atual, complexo e universal. A referência à expressão *violência de gênero*, faz menção específica às ações violentas produzidas em contextos e espaços relacionais e, portanto, interpessoais, que têm cenários sociais e históricos não uniformes. Nestas, a centralidade das ações violentas incide sobre a mulher, ou sobre o polo feminino ou feminilizado de uma relação, quer sejam estas violências físicas, sexuais, psicológicas, patrimoniais ou morais, tanto no âmbito privado-familiar como nos espaços de trabalho e públicos.

Este fenômeno demonstra-se cada vez mais presente na sociedade brasileira. Conforme demonstrou o estudo *Violência contra a mulher: Feminicídios no Brasil*, produzido pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA em 2014, no Brasil, no período de 2001 a 2011 ocorreram mais de 50 mil feminicídios, o que equivale em média, a 5.664 mortes de mulheres por causas violentas a cada ano, 472 a cada mês, 15,52 a cada dia, ou uma a cada hora e meia aproximadamente (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2014). Destas, segundo a pesquisa, a imensa maioria foram decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher, uma vez que aproximadamente um terço deles tiveram o domicílio como local de ocorrência.

Uma compilação de dados de diversas pesquisas sobre violência de gênero no Brasil, realizada pelo Instituto Patrícia Galvão revela que 3 em cada 5 jovens já sofreram violência em seus relacionamentos íntimos, o que explica o fato de que, em média, 6 em cada dez brasileiros conhecerem alguém que foi vítima de violência doméstica e, mais do que isso, o fato de que, uma em cada cinco mulheres

admitirem já ter sofrido “[...] algum tipo de violência de parte de algum homem, conhecido ou desconhecido.” (INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO, 2015) .

Os dados do Instituto Sangari, em seu Mapa da Violência de 2012, apontam que 68,8% dos casos de violência ocorrem nas residências das vítimas e que as agressões praticadas por parceiros e ex-parceiros chegam a 42,5% dos casos. Em 51,6% dos casos, há reincidência, o que quer dizer que as mulheres violentadas já tinham sido vítimas do mesmo agressor anteriormente (INSTITUTO SANGARI, 2012).

Em 2014, do total de 52.957 denúncias de violência contra a mulher, realizadas à Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180, 27.369 corresponderam a denúncias de violência física (51,68%), 16.846 de violência psicológica (31,81%), 5.126 de violência moral (9,68%), 1.028 de violência patrimonial (1,94%), 1.517 de violência sexual (2,86%), 931 de cárcere privado (1,76%) e 140 envolvendo tráfico (0,26%).

A situação piora quando nos damos conta do processo de naturalização que a violência de gênero vem sofrendo, principalmente entre os jovens. Em dezembro de 2014, Instituto Avon e Data Popular divulgaram uma pesquisa realizada com 2.046 jovens de 16 a 24 anos de todas as regiões do país, sendo 1.029 mulheres e 1.017 homens. Do total, 96% consideraram viver em uma sociedade machista (INSTITUTO AVON E DATA POPULAR, 2015).

Mas, como demonstraram os resultados, grande parte ainda concorda com pressupostos associados à desigualdade de gênero: 68% desaprovam mulheres que têm relações sexuais no primeiro encontro, 80% afirmam que uma mulher não deve ficar bêbada em festas e 25% admitem pensar que mulher que usa roupa curta ou decote está ‘se oferecendo’ para os homens. Especificamente com relação à violência, 78% das mulheres relatam já terem sofrido algum tipo de assédio; 37% já tiveram relação sexual sem preservativo por insistência do parceiro e 9% já foram obrigadas a fazer sexo quando não estavam com vontade.

Sintetizando todos os dados apresentados, pode-se afirmar que, há uma grande probabilidade de que desde o início da leitura deste texto até o momento, dez mulheres tenham sido espancadas no Brasil, uma vez que, como mostrou a pesquisa ‘Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado’, da Fundação Perseu Abramo de 2010, a cada dois minutos, cinco mulheres são agredidas violentamente em nosso país (FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO, 2010).

A par disso, dada a magnitude e a persistência do fenômeno da violência, ademais da adoção de legislações específicas como a Lei Maria da Penha, ou a Lei do Feminicídio, a abordagem aqui proposta busca evidenciar que tais manifestações violentas, expressas historicamente sobre os corpos femininos são expressões das relações assimétricas de poder que permeiam a vida rotineira das pessoas (BRASIL, 2006).

Constituem-se, assim, no que Bandeira denomina de um fenômeno social persistente, multiforme e articulado por uma série de fatores, tanto psicológicos, morais ou físicos, cujas manifestações devem ser compreendidas como modos de se estabelecer uma relação de submissão ou de poder, implicando sempre em situações de medo, isolamento, dependência e intimidação para a mulher (BANDEIRA, 2014). Apenas com a mudança de tais relações assimétrica de poder, é que este fenômeno será estancado.

Nesse sentido, é através da abordagem de gênero, enquanto categoria capaz de demarcar uma perspectiva dessencializadora e biologicizante das identidades baseadas nas diferenças de âmbito sexual, permitindo assim a desconstrução da ideia corrente de que o aparato sexual fosse algo inerente à natureza das mulheres e dos homens é que se pode iniciar a desconstrução da ideia de que a violência contra a mulher estaria ligada aos significados atribuídos, de modo essencializado, à masculinidade, à feminilidade e à relação entre homens e mulheres em nossa cultura (ALMEIDA, 2014).

Afinal, é pela perspectiva de gênero que se compreende o fato de a violência contra as mulheres emergir da questão da alteridade, enquanto fundamento distinto

de outras violências, conforme bem salienta Lourdes Maria Bandeira (2014). Isto quer dizer que esse tipo de violência não se refere a atitudes e pensamentos de aniquilação do *outro*, que venha a ser uma pessoa considerada igual ou que é vista nas mesmas condições de existência e valor que o seu perpetrador. Ao contrário, tal violência ocorre motivada pelas expressões de desigualdades baseadas na condição de sexo⁴, a qual começa no universo familiar, onde as relações de gênero se constituem no protótipo de relações hierárquicas.

Gênero, segundo Joan Scott, é a organização social da relação entre os sexos. É a partir desta constatação que se pode afirmar que questões de gênero estão presentes em todas as relações sociais entre homens e mulheres em todas as sociedades e épocas, ou seja, são atemporais e universais (SCOTT, 1990). É, de acordo com a autora, tanto um elemento constitutivo das relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos, quanto uma maneira primária de significar relações de poder, cuja construção apresenta três características principais: uma dimensão relacional, a construção social das diferenças percebidas entre os sexos, que dentre outras coisas pressupõe de conceitos normativamente expressos por teorias religiosas, jurídicas, educativas e científicas que põem em evidência as interpretações de sentido dos símbolos, esforçam-se para limitar e conter suas possibilidades e tomam a oposição binária para afirmar o sentido categórico do feminino e masculino, como se fosse fixo e não conflituoso (SCOTT, 1990).

E deste modo, gênero é também o campo primordial através do qual o poder se articula, uma vez que, “[...] estabelecidos como um conjunto de referências, os conceitos de gênero estruturam a percepção e a organização simbólica de toda a vida social [...] ” e “[...] na medida em que estas referências estabelecem distribuições de poder o gênero torna-se envolvido na concepção e na construção do poder em si mesmo [...]” (SCOTT, 1990, p. 16). Poder este que, como um poder *in*

⁴ Estas, aliadas a outras dimensões sociais cujas construções opressivas marcam a vida em sociedade, como raça, classe social e sexualidade.

fluxo (nem fixo nem localizado numa pessoa ou instituição), se organiza segundo o “campo de forças” já estabelecido (FOUCAULT, 1981).

Portanto, como sistema simbólico, a diferença de gênero é, segundo Harding, a origem mais antiga, universal e poderosa de muitas conceitualizações moralmente valoradas de tudo o que nos rodeia, e sua introdução como categoria de análise feminista permitiu perceber que as teorias que embasavam e fundamentavam a forma de organização de nossa sociedade moderna, sob o manto do patriarcalismo⁵, produziram e reproduziram estereótipos de gênero, contribuindo para a construção e manutenção da opressão das mulheres e das desigualdades de gênero (HARDING, 1996). E não há sociedade ou época histórica em que não existam ou existiram tais assimetrias de poder, e nos quais estas não sejam fundamentais na definição das possibilidades de vida de cada um, como bem apontam a própria Scott, Susan Okin e Pierre Bourdieu⁶ (SCOTT, 1990; OKIN, 1989; BORDIEU, 2011).

Com Bourdieu, podemos afirmar que a “dominação masculina” é universal, gerando sempre a construção de desigualdades no acesso de homens e mulheres a direitos e liberdades civis, políticos, socioeconômicos e culturais, e portanto, no acesso à cidadania contemporânea e às garantias nela instituídas (BOURDIEU, 2011). Neste sentido, cabe destacar, ainda com Bourdie, o papel que as instituições sociais (Estado, Família, Escola e Igreja) possuem na construção e perpetuação desta dominação, uma vez que são as responsáveis pela construção social dos

⁵ Para efeitos deste trabalho, considera-se patriarcalismo no sentido adotado por Flores, como o conjunto de opressões e dominações existentes nas relações sociais capitalistas (FLORES, 2005). Diz respeito, assim, a um conjunto de relações que articulam um conjunto indiferenciado de opressões: sexo, raça, gênero, etnia e classe social, e o modo como as dimensões sociais particulares combinam uma dimensão pública de poder, dominação e status, com uma dimensão de servilismo pessoal.

⁶ Neste sentido, cabe destacar a observação feita por Safiotti, de que as desigualdades de gênero estão intimamente vinculadas ao fenômeno das classes sócias (SAFIOTTI, 2002). Para ela, “[...] as classes sociais são, desde a sua gênese, um fenômeno gendrado. Por sua vez, uma série de transformações no gênero é introduzida pela emergência das classes [...]. Não se trata de somar racismo + gênero + classe social, mas de perceber a realidade composta e nova que surge desta fusão [...] não se trata de variáveis quantitativas, mensuráveis, mas sim de determinações, de qualidades que tornam a realidade destas mulheres muito mais complexa.” (SAFIOTTI, 2002, p. 15).

sujeitos, embora de diferentes formas, e com diferentes características, porém com o mesmo objetivo: integrar e socializar ao meio social em que as pessoas vivem (BOURDIEU, 2011).

Portanto, a construção desta desigualdade de gênero está indissociavelmente vinculada ao fenômeno da violência contra a mulher, afinal, esta violência, que “[...] se origina no modo como se armam as relações entre homens e mulheres no âmbito doméstico e familiar: maridos, ex-companheiros, pais e padrastos e namorados.” (HEILBORN & SORJ, 1999, p. 213). E é nestas teias de interpelações e no espaço da ‘família’ que são construídos os estereótipos e papéis ‘naturalmente’ destinados às mulheres, ou seja, uma espécie de ‘destino biológico’ das fêmeas: emotivas, sensíveis e destinadas à reprodução e ao cuidado dos outros, as mulheres devem ficar confinadas à reprodução e ao cuidado dos outros, ao espaço da família, concebida como instituição natural. E a partir disso configuram-se o que Bandeira chama de armadilhas e táticas do poder patriarcal, na medida em que carrega de sentidos a existência das mulheres: ser esposa, mãe, filha, cuidadora, entre os compromissos de ser fiel, companheira, amiga, boa mãe, dentre outros (BANDEIRA, 2014).

Estas mesmas armadilhas ou sentidos atribuídos à vida das mulheres se configuram em causas que dificultam o rompimento de uma relação violenta, enquanto manifestação de sentimentos apreendidos socioculturalmente: a esperança de o agressor mudar de comportamento, o medo de represálias e novas agressões, o medo de perder a guarda dos filhos, a censura da família e da comunidade, a dependência afetiva e econômica, dentre outros problemas (BANDEIRA, 2014).

Isto porque, vinculam a própria existência da mulher ao espaço privado, familiar, e somente ali adquire sentido, evidenciando assim outro fundamento sob o

qual a opressão feminina se erigiu: a dicotomia público/privada⁷, que para a condição feminina, teve a consequência de, ao mesmo tempo, confinar a mulher ao espaço doméstico, a tornar economicamente dependente do homem e mais pobre, dificultar ou restringir sua participação política e atribuir tudo isso a razões biológicas ou imutáveis de ordem metafísica, consolidando definitivamente as desigualdades e opressões de gênero. É o que Pateman chama de Contrato Sexual, que teria se desenvolvido paralelamente ao contrato social originador do estado, e definido a destinação de espaços, papéis e comportamentos a homens e mulheres (PATEMAN, 1993). Aos homens o espaço público, às mulheres, a casa, o lar e a família.

E é justamente na construção desta lógica familista de destinação de papéis que se vislumbram os motivos aparentemente desencadeadores da violência e que são sempre frequentes nas conciliações dos conflitos domésticos e intrafamiliares, cabendo à mulher: reatar a relação afetivo-conjugal, rejeitar o pedido de separação, abdicar-se da independência econômica, aceitar a violência como expressão de ciúmes, entre outros. E é sob a dicotomia público/privada que se construíram máximas sociais como: “em briga de marido e mulher, não se mete a colher”, o que faz com que a luta pelo fim da violência pressuponha inicialmente torná-la pública, no sentido de reconhecê-la como problema que envolve a sociedade em geral, superando o poder familiar que ainda a silencia, retirando este fenômeno da esfera da vida privada, legitimando-o como problema político e de saúde pública, envolvendo os direitos humanos das mulheres.

Neste sentido, têm-se o pressuposto de que a violência contra mulheres é um tipo de violência aprendida no decorrer dos processos primários de socialização e deslocada para a esfera da sociedade em momentos secundários da socialização e na sociabilidade da vida adulta. Esta, portanto, não se caracteriza como patologia ou

⁷ A desconstrução desta dicotomia tem sido um dos alvos da luta feminista, cuja sentença mais clara e clássica foi cunhada por K. Millet em seu clássico Política Sexual: “o pessoal é político” (MILLET, 1974).

como desvio individual, mas sim como “permissão social”, concedida e acordada com os homens na sociedade, tendo as próprias instituições da sociedade política como espaços privilegiados de perpetuação, na qual os princípios da dominação masculina são elaborados e impostos (BANDEIRA, 2014).

Em suma, a dominação masculina sobre as mulheres impõe-lhes uma submissão paradoxal, simbólica, que se dá através da violência exercida pelas vias da comunicação e do conhecimento, sobre todo o tecido social, corpos e mentes, discursos e práticas sociais e institucionais que (des)historiciza diferenças e naturaliza desigualdades entre homens e mulheres, destina papéis e joga sobre a mulher a responsabilidade com a manutenção de seu “lar” que, quando quebrada, recebe como resposta a violência ou a morte, , fazendo com que o registro do patriarcado seja demarcado na carne e na mente de cada uma (BOUDIEU, 2011; BANDEIRA, 2014, p. 458).

Portanto, de acordo com Segato, as relações interpessoais de convivência nos *loci* privados e familiares são o lugar propício para a instalação e potencialização da violência de gênero, sendo estas uma tentativa de transformação das diferenças entre os sexos, que são naturais, em uma relação de desigualdade, com o objetivo de dominação, exploração ou opressão que expressa, sempre, uma ação que concebe o ser humano como objeto do outro (SEGATO, 2003). Estes são a célula elementar constitutiva dos atos violentos, e o cimento que mantém o sistema hierárquico de poder, e que estrutura as desigualdades.

1.1 A VIOLÊNCIA DE GÊNERO E O DISCURSO RELIGIOSO

Quando afirma-se a violência de gênero enquanto expressão de relações desiguais de poder instituídas em nossa sociedade, produzidas e reproduzidas por diversas formas de expressões da sociabilidade humana, inegável admitir a relevância que o discurso religioso possui neste processo, uma vez que surge como

criador e mantenedor de posturas na sociedade, influenciando condutas, tanto individuais quanto coletivas.

Na verdade, a religião é considerada um meio de transmissão da cultura social que a envolve. Fustel de Coulanges (2002, p. 21), ao referir-se ao culto aos mortos, diz que “[...] desde os tempos mais remotos, estas crenças deram lugar a normas de conduta [...]” (COULANGES, 2002, p. 21), ou seja, costumeiramente as normas religiosas são lançadas a sociedade até perpetuarem-se como normas morais e sociais. Especificamente com relação às questões de gênero, não se pode negligenciar o papel das grandes narrativas religiosas no processo de construções de controle e dominação das mulheres pelos homens, o que se verifica nos interditos e nas construções religiosas da ideia de mulher das mais diversas religiões (OKIN, 1999). Susan Okin e Joan Scott analisam esta questão a partir das religiões monoteístas, judaísmo, cristianismo e islamismo, enquanto Martha Nussbaum irá discutir esta mesma questão através da análise do islamismo e do hinduísmo indianos (OKIN, 1999; SCOTT, 1990; NUSSBAUM, 1999; 2000).

A importância da religião para a constituição das pessoas e do gênero é tal que a Igreja é elencada entre as principais “instituições” sociais produtoras e perpetuadoras da “dominação masculina” por Bourdieu, junto com a família, a escola e o Estado (BOURDIEU, 2011). E as conexões da cultura em geral e da religião em particular com a construção da desigualdade de gênero e da família são aspectos essenciais do modo como se constituem as relações assimétricas de poder que, no âmbito deste artigo, são causas constitutivas da violência de gênero. Restando assim claro que “[...] a religião é uma das responsáveis pela produção e reprodução dessa hierarquia dos sexos, sacralizando papéis socioculturalmente construídos.” (SOUZA, 2009, p.53).

Neste sentido, ao considerar que os discursos religiosos exercem papel relevante na produção das desigualdades, imprescindível a análise da forma como tais discursos são produzidos o que se fará, neste estudo, a partir da abordagem do discurso religioso promovido pelo cristianismo. Cristianismo que, como se sabe, não

é único, especialmente depois da dita era do denominacionalismo protestante, em que os grupos religiosos tradicionais se romperam, dando origem as mais diversas doutrinas e dogmas, bem como formas de interpretação bíblica (GUEDES, 2015). O que permite que se estabeleça, dentro da ótica cristã, várias interpretações acerca do mesmo texto sagrado.

Estas diferentes interpretações surgem a partir dos diversos grupos religiosos. Rubem Alves aponta para tipos religiosos, construídos historicamente, e que representam os grupos religiosos predominantes ainda hoje, mas, conforme afirma, esses tipos transcendem as diversas denominações, não sendo apenas uma forma de classificação (ALVES, 1982). Aponta ele para o Protestantismo da Reta Doutrina, Protestantismo do Sacramento e o Protestantismo do Espírito. Assim,

O Protestantismo da Reta Doutrina [...]. Que é que o caracteriza? Resposta: o fato de privilegiar a concordância com uma série de formulações doutrinárias, tida como expressões da verdade, e que devem ser afirmadas sem nenhuma sombra de dúvida, como condição para participação na comunidade eclesial. O Protestantismo do Sacramento, para o qual a confissão da reta doutrina é de importância secundária, quando comparada com a participação emocional e mística na liturgia e nos sacramentos. O Protestantismo do Espírito, para o qual a marca distintiva da participação na comunidade eclesial não é nem a reta doutrina e nem a participação nos sacramentos, mas uma experiência subjetiva de êxtase intenso. (ALVES, 1982, p. 35-36).

Em que pese Rubem Alves utilizar-se do termo protestantismo, entende-se que nestes tipos possam ser enquadrados diversas outras formas de cristianismo. Assim, podemos perceber que para o Protestantismo de Reta Doutrina as exigências para o convívio no grupo eclesiástico são rigorosas, adequando-se a uma postura mais literal da Bíblia. Já o Protestantismo do Sacramento quiçá guie-se por uma interpretação mais ampla do texto sacro, valorando de forma melhor a participação dos elementos culticos. Já o Protestantismo do Espírito é aquele que mais se preocupa com as questões plenamente espirituais, trocando por vezes a doutrina e a convivência comunitária por “experiências com Deus”.

A partir deste contexto, podemos mencionar a produção de diversos tipos de discursos cristãos. Diversos, uma vez que não constituem um rol taxativo, antes, a cada novo minuto novas formas de interpretação surgem e irrompem no meio religioso. Dentre tantas possíveis, passaremos a tratar, do discurso fundamentalista e do discurso inclusivo, não como regras de fé que completem nossa espiritualidade pessoal, mas como discursos fortes que permitem a comoção dos fieis e que, deste modo, possuem uma vinculação próxima à manutenção e perpetuação da opressão e da violência de gênero, ou com a possibilidade de sua superação.

1.1.1 O discurso fundamentalista e a manutenção da opressão de gênero

O fundamentalismo religioso “[...] se caracteriza pelo fechamento de cada religião na própria autossuficiência dogmática, afirmando que vale apenas a sua verdade.” (OLIVEIRA, 2015), ou seja, são grupos excludentes de todos aqueles que não se amoldem aos padrões sociais, morais, intelectuais e de conduta prática da fé que possuem. Ademais, o fundamentalismo é marcado por condutas de desrespeito ao diferente. Assim, entendem-se como casos de fundamentalismo o pastor que queimou o Corão, bem como a épica cena em que o pastor chuta a imagem católica em um programa de televisão.

Mais que isso, o discurso produzido pelos fundamentalistas hoje é o que sustenta e articula o jogo de dominação e violência de gênero. É, nesse sentido que Silva aponta que

A nossa tradição religiosa, pautada pela Bíblia, legou à mulher a culpa pela queda e expulsão do “homem” do paraíso, motivo pelo qual é considerada portadora do mal. A história bíblica conta que Eva seduziu seu marido Adão para que comesse do fruto proibido, e após a ingestão ambos foram castigados por Deus por desobedecerem. O castigo dado a Adão foi o de trabalhar duramente pelo pão, e o castigo da mulher foi o de ser dominada pelo homem, além de sentir dores de parto. Para a tradição judaico-cristã, Eva é um arquétipo das mulheres, e devido ao seu poder de sedução, é considerada inferior, e por este motivo deve ser dominada pelo homem. (SILVA, 2013, p.136).

Tais concepções são hoje ainda seguidas pelos grupos mais tradicionais da Igreja Cristã. No entanto, da mesma forma que a mulher foi conquistando o mercado de trabalho, direitos civis, políticos e sociais, passou a ganhar espaço dentro do meio cristão⁸, o que vem ocasionando, conseqüentemente, a produção de novas formas de interpretação do discurso religioso, tendentes a reconhecer a participação de grupos tradicionalmente excluídos, das quais se pode destacar a denominada teologia inclusiva.

1.1.2 O discurso religioso inclusivo e a superação da violência de gênero

O termo teologia inclusiva é comumente utilizado para as partições cristãs que aceitam em seus quadros membros homoafetivos. No entanto, tem como meta incluir a todos, seguindo o que diz Atos dos Apóstolos 15:34, *in verbis*, “[...] Deus não faz acepção de pessoas”. Assim, já há tempo considerável, Igrejas tradicionais como a Anglicana e a Evangélica de Confissão Luterana no Brasil, que poderiam bem serem postas entre as denominações que seguem o padrão do Protestantismo de Reta doutrina, têm ordenado mulheres ao ministério pastoral.

Alexandre Feitosa (2012, p. 25), um dos principais expositores da teologia inclusiva no Brasil, a conceitua a teologia inclusiva como,

Um ramo da teologia tradicional voltado para a inclusão, prioritariamente, das categorias socialmente estigmatizadas como os negros, as mulheres e os homossexuais. Seu pilar central encontra-se no amor de Deus pelo homem, amor que, embora eterno e incondicional, foi negado pelo discurso religioso ao longo de vários séculos. A Teologia Inclusiva contempla uma lacuna deixada pelas estruturas religiosas tradicionais do Cristianismo, pois, por meio da Bíblia, compreende que todos os que compõem a diversidade humana, seja ela qual for, têm livre acesso a Deus por meio do sacrifício de Jesus Cristo na cruz. (FEITOSA, 2012, p. 25).

⁸ Neste sentido, cabe destacar que atualmente, não só a mulher vem adquirindo espaço e relevância dentro do cristianismo, mas movimentos como o LGBTTTs - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e simpatizantes – têm sido paulatinamente incorporados às atividades eclesiais, bem como ao estudo teológico.

Contrariam assim, o fundamentalismo religioso que as renega a condições de meras expectadoras. Afirmam que,

A maneira como Deus organizou a cadeia de liderança entre anjos e homens não é baseada no valor pessoal intrínseco de nenhum dos contemplados com esta ou aquela vocação, nem no privilégio sacerdotal do advento da nova aliança, de se poder entrar na sua presença em livre intercessão, ou seja, Deus decidiu soberanamente e por pura graça quem seriam querubim e quem seria apenas anjo, quem seria o cabeça do lar e quem se submeteria ao cabeça deste lar, quem lideraria a igreja e quem se submeteria (I Co 11:3-9; 14:34-35). De modo, que o fator liderança-submissão e escolha de um dos sexos para vocações específicas, do ponto de vista Divino em nada depende do valor pessoal intrínseco e nada tem a ver diretamente com o sacerdócio do crente sob a nova aliança, mas dependente do escolher soberano de Deus. (LAÉRTON, 2015).

Como se depreende da leitura, o uso fundamentalista de textos bíblicos além de afastar a mulher da possibilidade de exercício da prática cristã ainda a sub-roga a condição de submissão ao marido, numa visão de família patriarcal tradicional. Um dos textos mais utilizados neste sentido, é o que está posto por Paulo na Primeira epístola aos Coríntios 14:34-35, no qual as mulheres são ordenadas a permanecer em silêncio nos cultos, enquanto os homens revezam-se na celebração religiosa. A interpretação fundamentalista, fortemente literal, entende aqui uma proibição expressa ao culto dirigido por mulheres. Não lhes seria lícito falar e ainda havia dúvidas sobre sua capacidade de entender o culto.

No entanto, a mera leitura literal não permite a compreensão do Texto Sagrado. Gonçalves e Viera, apontam que para uma boa interpretação de qualquer texto bíblico, necessário se faz a análise do fundo histórico (onde se passam os fatos e os acontecimentos que culminaram neles), o ambiente social (local em que os fatos se passam e as condições sociais ali existentes), o cenário histórico da condução da passagem, datas, aspectos geográficos, além da análise de questões referentes a forma de escrita, dentre outros (GONÇALVES; VIERA (2014).

Nestes termos, a partir de tais requisitos para a análise de um texto bíblico, é possível construir uma interpretação inclusiva do próprio texto trazido em I Coríntios 14:34, 35, como forma de igualar as relações entre homem e mulher no meio religioso, de modo a embasar um discurso humanitário diante das relações de gênero (BÍBLIA, 2009).

Para tanto, primeiramente precisamos apontar para o contexto social em que a passagem é escrita. Corinto era uma cidade antiga, que ficava em uma das mais importantes encruzilhadas do Mediterrâneo, ligando o continente grego ao Peloponeso, separando o leste do Mediterrâneo do mar Adriático e a Itália do Oeste Mediterrâneo. Era um local de grandes cultos as divindades, com Afrodite e Apolo (Sociedade Bíblica do Brasil, 2010). Neste local, a comunidade cristã possuía muitas deficiências, embora dotados de dons espirituais, o meio comumente os contaminava. Naquele local, “[...] ser ímpio, fornicário, bebedor, ladrão, enganador, imoral, assassino, pervertido sexualmente, viciado, idólatra, era normal.” (GILBERTO, 2009).

Uma das possibilidades que teriam levado Paulo a ditar tais regras às mulheres seria uma questão esclarecida com o estudo do hebraísmo. Ora, a cultura judaica, patriarcal em sua essência, não aceitava a manifestação cultiva feminina, já que, como acima apontamos, Eva era entendida como a culpada pela queda. Situação contrária se dava nas religiões pagãs onde as mulheres tinham a autorização ou possuíam exclusividade para o exercício do sacerdócio. Isso se demonstra no texto de Timm (2015),

A igreja de Corinto era composta de conversos de origem judaica e grega (Atos 18:4). Nos serviços religiosos das sinagogas da época, as mulheres judias assumiam uma atitude passiva, permanecendo separadas dos homens e comportando-se com decoro e discrição. Já o paganismo grego de Corinto estimulava uma participação litúrgica feminina proverbialmente irreverente e imoral. Alusões são encontradas a cerca de mil prostitutas cultuais que atuavam no templo dedicado à Afrodite (deusa do amor), na Acrópole daquela cidade. (TIMM, 2015).

Aqui é preciso destacar a figura das prostitutas cultuais de Afrodite. Eram elas as responsáveis pelos cultos a deusa pagã da fertilidade e “[...] que ofereciam religiosamente seus corpos à luxúria e aos demônios.” (GILBERTO, 2009). Seus cultos envolviam atos sexuais e orgias, sob a liderança feminina. Neste sentido, Andrade afirma que,

[...] as mulheres ocupavam lugar de proeminência na religião pagã de Corinto. A principal divindade era uma deusa. As mulheres oficiavam os cultos a Afrodite. Eram 1000 sacerdotisas que se prostituíam no templo. Além disso, as prostitutas proliferavam-se pela cidade. Comentaristas nos informam que, quando uma mulher usava o véu, isso significava que ela estava submissa a um homem, quer seja seu marido, seu pai ou um parente responsável. Quando se via uma mulher sem véu e com o cabelo tosquiado ou mesmo raspado, já se deduzia que a mesma estava totalmente disponível. Essa era a maneira como as prostitutas eram identificadas. Sendo assim, as mulheres cristãs precisavam agir com modéstia, precisavam usar o véu e manter seus cabelos compridos. Nos cultos não lhes seria dado lugar de destaque ou liderança. Não se poderia deixar que o estilo pagão de culto influenciasse a igreja. O uso do véu era importante naquele contexto cultural. Deixar de usá-lo naqueles dias seria motivo de mal testemunho ou escândalo. Então, era prudente que as mulheres cristãs usassem o véu. (ANDRADE, 2015).

Assim, Paulo temia a influência do paganismo no recém surgido cristianismo, o que poderia macular toda a doutrina e impossibilitar seu crescimento e desenvolvimento, eis que os membros da comunidade cristã local ainda possuíam vasta influência da cultura pagã e comentários ou perguntas durante o culto poderiam conduzir a desordem e confundir os mais indoutos que, ainda frequentavam na necessidade de aprender a nova doutrina a qual passaram a pertencer. O Manual Bíblico SBB tem um breve, porém interessante posicionamento sobre o tema, afirmando que Paulo,

Não quer que as mulheres interrompam o culto (34-35). (O versículo 35 dá a entender que algumas costumavam fazer perguntas e comentários.) Elas não deveriam abusar da liberdade recém-adquirida. “Paulo não está discutindo se e como mulheres qualificadas podem ministrar, mas como as mulheres devem aprender” (Leon Morris). Ele certamente não estava condenando a um silêncio absoluto na Igreja (1Co 11:5 deixa claro que as

mulheres oravam e profetizavam, e Paulo não fez nenhuma observação contrária a isso). (SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL, 2010, p. 702).

Ora, o que se depreende desta análise é que, nem mesmo na época em que o texto referido fora escrito, ele não poderia ter o sentido literal de exclusão do gênero feminino do culto, mas sim, está imerso em uma série de outros sentidos compreensíveis à luz do contexto social, que em nada pode representar ou justificar a posição de inferioridade da mulher na prática religiosa. O que leva a tal conclusão é sim um discurso fundamentalista, ou seja, uma forma específica de interpretação deste texto que age impedindo mulheres da *práxis* cultiva. Tal constatação não requer nenhuma nova abordagem em relação ao estudo da passagem, mas apenas a utilização da pesquisa e dos meios exegéticos convencionais.

Ademais de tais constatações, de certo modo simples, muitas comunidades, no entanto, ainda não permitem a liderança feminina, como é caso da Igreja Católica Romana (BLOG CANÇÃO NOVA, 2015). E têm-se claro que, a construção de tais posturas ou seja, a exclusão das mulheres dos postos de liderança dentro da igreja estão profundamente vinculadas com a construção social de desigualdades entre os gêneros, e no estabelecimento de relações de poder entre homens e mulheres que se refletem na vivência cotidiana familiar, espaço familiar que, inegavelmente vem sendo o *loci* privilegiado de perpetuação da violência contra a mulher e a tolerância social a este mal.

CONCLUSÃO

A violência de gênero constitui-se em um fenômeno cada dia mais presente na sociedade brasileira, e sua superação requer que sejam desconstruídos os discursos de desigualdade e opressão, tanto culturais, normativos, institucionais e religiosos que o sustentam. Estes constituem a dominação simbólica, cuja lógica perpassa espaços informais e formais de sociabilidade humana, nos quais a

naturalização da dominação e da discriminação a partir de diferenças biológicas é incentivada e reproduzida na produção e reprodução de discursos.

Neste sentido, a instituição religiosa e o discurso que dela advém constituem-se em espaço privilegiado deste processo, espaço que tanto pode contribuir para a construção e perpetuação da dominação simbólica que sustenta a violência, quanto para a possibilidade de sua superação. A construção de uma interpretação inclusiva dos textos religiosos, a exemplo do texto bíblico que sustenta o cristianismo, com vistas a igualar as relações de liderança entre homem e mulher no meio religioso pode ser um indicativo de como, novos olhares, novas formas de interpretar o texto religioso podem ser capazes de embasar um discurso humanizado diante das relações de gênero. Este discurso poderá incidir sobre o processo de constituição de relações que sejam permeadas pela igualdade, e que, deste modo, possam conduzir à superação da violência.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia Mara Campos de. Corpo feminino e violência de gênero: fenômeno persistente e atualizado em escala mundial. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 29, núm. 2, maio-agosto, 2014, pp. 329-340. Universidade de Brasília: Brasília.

ALVES, Rubem Azevedo. **Protestantismo e Repressão**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1982.

ANDRADE, Anísio Renato de. **Estudo da Primeira Epístola de Paulo aos Coríntios**. Disponível em: <<http://www.santovivo.net/gpage206.aspx>>. Acesso em: 29 maio 2015.

BANDEIRA, Lourdes Maria. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Revista Sociedade e Estado**, vol. 29, núm. 2, maio-agosto, 2014, pp. 449-469 Universidade de Brasília: Brasília.

BÍBLIA, Português. **Bíblia de Estudo Scofield**: Antigo e Novo Testamento. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. fiel. Brasília: Sociedade Bíblica Trinitariana do Brasil, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kuhner. 10 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

BRASIL. Central de Atendimento à Mulher – Ligue 180. **Indicadores Nacionais**. <<http://www.observatoriodegenero.gov.br/eixo/indicadores/indicadores-nacionais/central-de-atendimento-a-mulher-ligue-180>>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 28 maio 2015.

CANÇÃO NOVA. **A proibição à ordenação de mulheres é definitiva?**. Disponível em: <<http://blog.cancaonova.com/felipeaquino/2014/07/18/a-proibicao-a-ordenacao-de-mulheres-e-definitiva/>>. Acesso em: 29 maio 2015.

COULANGES, Fustel de. **A cidade Antiga**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FEITOSA, Alexandre. **O Prêmio do Amor**. 1. ed. Brasília: Oásis, 2012.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1981.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**. Disponível em: <www.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra.pdf>. Acesso em: 28 maio 2015.

GILBERTO, Antonio. **I Coríntios: os problemas da Igreja e suas soluções**. Lições Bíblicas. 2. Trim. 2009. Rio de Janeiro: Casa Publicadora das Assembleias de Deus no Brasil, 2009.

GONÇALVES, Marcelo Aleixo; VIERA, Edrei Daniela. **Métodos de Exegese e Hermeneutica Bíblica**. Maringá: Centro Universitário de Maringá, 2014.

GUEDES, Ivan Pereira. **Denominacionalismo**. Disponível em: <<http://historiologiaprotestante.blogspot.com.br/2014/01/verbete-denominacionalismo.html>>. Acesso em: 29 maio 2015.

HARDING, Sandra. **Ciencia y feminismo**. Madrid: Ediciones Morata, 1996.

HEILBORN, Maria Luiza; SORJ, Bila. Estudos de gênero no Brasil. In: Miceli, Sergio. (Org.). **O Que Ler na Ciência Social Brasileira (1970-1995)**. São Paulo; Brasília: Sumaré; Anpocs, 1999.

INSTITUTO AVON E DATA POPULAR. **Central Mulheres**. Disponível em:
<<http://centralmulheres.com.br/data/avon/Pesquisa-Avon-Datapopular-2013.pdf>>.
Acesso em: 27 maio 2015.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Um Estudo sobre Femicídio**. 2014. Disponível em:
<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Violência contra as Mulheres**. Disponível em:
<http://agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/dados-e-pesquisas-violencia/dados-e-fatos-sobre-violencia-contra-as-mulheres/>. Acesso em: 27 maio 2015.

INSTITUTO SANGARI. **Mapa da Violência**. Disponível em:
<http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2012/mapa2012_web.pdf>. Acesso em: 27 maio 2015.

LAÉRTON, José. **Mulher Pastora, Filha Legítima do Triângulo Amoroso entre Liberalismo Teológico, Feminismo e Filosofia Unissex**. Disponível em:
<<http://solascriptura-tt.org/EclesiologiaEBatistas/AMulherPastora-Laerton.htm>>.
Acesso em: 29 maio 2015.

MILLET, Kate. **Política Sexual**. Lisboa: Publicações Don Quixote, 1974.

NUSSBAUM, Martha C. **Sex and Social Justice**. Oxford, Oxford University Press, 1999.

_____. **Women and Human Development**. The capabilities approach. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

OKIN, Susan Moller. **Justice, Gender, and the Family**. Nova York: Basic Books, 1989.

OLIVEIRA, José Lisboa Moreira de. **Riscos Atuais do Fundamentalismo Religioso**. Disponível em: <<https://www.ucb.br/sites/000/14/Fundamentalismo.pdf>>.
Acesso em: 29 maio 2015.

PATEMAN, Carole. **O Contrato Sexual**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

SAFFIOTI, Heleieth. I. B. Contribuições feministas para o estudo da violência de gênero. *Labrys*, Estudos Feministas. **Revista Eletrônica**, n. 1-2, Jul./Dez. 2002.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. In: **Mulher e Realidade**: mulher e educação, Porto Alegre: Vozes, v. 16, n. 2, jul./dez. 1990.

SEGATO, Rita Laura. **Las Estructuras Elementales de La Violencia**. Buenos Aires: Prometeo. Universidad Nacional de Quilmes, 2003.

SILVA, Gustavo Vilella. **A Violência de Gênero no Brasil e o Gemido das Mulheres Evangélicas**. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/discernindo/article/viewFile/4773/4058>>. Acesso em: 29 maio 2015.

SOCIEDADE BÍBLICA DO BRASIL. **Manual Bíblico SBB**. 2. ed. Revisada. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2010.

SOUZA, Sandra Duarte de. LEMOS, Carolina Teles. **A Casa, as Mulheres e a Igreja**. São Paulo: Fonte Editorial, 2009.

TIMM, Alberto R. **Por Que Razão Paulo Ordenou que as Mulheres Ficassem Caladas na Igreja?** (1 Coríntios 14:34 e 35). Disponível em: <<http://centrowhite.org.br/perguntas/perguntas-e-respostas-biblicas/por-que-razao-paulo-ordenou-que-as-mulheres-ficassem-caladas-na-igreja/>>. Acesso em: 29 maio 2015.

NORMATIVIDADE, FUNÇÕES DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS E O SENTIMENTO CONSTITUCIONALAdriano Nedel dos Santos¹**RESUMO**

Este artigo é uma reflexão acerca da importância dos preâmbulos das Constituições e sobre as funções que os mesmos desempenham na aplicação do texto constitucional. A indagação acerca da sua normatividade, bem como do papel que os mesmos exercem na hermenêutica constitucional é controversa e divide os juristas. Há, inclusive, divergência quanto ao fato dos textos preambulares integrarem ou não as Constituições. Contudo, esta pesquisa trará algumas reflexões para que o intérprete enxergue além da postura clássica e positivista. Em outros termos, não se pode olvidar que o fenômeno da adoção dos preâmbulos constitucionais ocorre em um grande número de países e quando estes ali se encontram, adotam forma diversa da disposta no corpo principal dos textos constitucionais. Só isto exige uma forma de olhar diferenciada da que se confere ao resto da Constituição, bem como deve ser afastada a simplista exegese de afastá-los de integrarem a Constituição, quando ali se encontram previstos.

Palavras-chave: Preâmbulos Constitucionais – Constituições – Normatividade - Funções.

ABSTRACT

This article is a reflection about Constitution's preambles and about the functions they perform on the Constitution's application. The question about its normativity, as well the role they have on constitutional hermeneutics is controversial and divide the jurists. There are, including, divergence about the fact if the preamble's texts include or not the Constitutions. However, this research will bring some reflections in order that the interpreter sees beyond the classic and positivist posture. In other terms, it can't be forgot that the adoption of constitution preambles phenomenon occurs in a very large number of countries and when this happens they form is different from the main body of the constitutional texts. This fact alone requires a way to look different than the one it is given to the rest of the Constitution, as well it must be putted away the simple exegesis of drift them apart of integrating Constitution, when they are foreseen.

¹ Professor de Direito Constitucional e Direito Processual do Trabalho no Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo. Professor de Direito das Obrigações na Fundação Educacional Machado de Assis. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões.

Keywords: Constitutional preambles – Constitutions – Normativity - Functions.

INTRODUÇÃO

Atualmente, vivencia-se um déficit de zelo pela Constituição. As pessoas, geralmente, lembram do texto constitucional quando querem auferir algum proveito do mesmo e, quando este não lhes satisfaz de imediato com a “boa vontade do governo” em aplicar os ditames constitucionais, tendem a ser seduzidas pelo sentido dado à Constituição por Ferdinand Lassale, ou seja, o texto constitucional nada mais é do que uma “mera folha de papel”, podendo ser descartado.

Esse é o equívoco de encarar o teor de uma Constituição como um “Buffet de direitos subjetivos” que deve satisfazer quem o consome. Uma Constituição não existe para ser consumida, mas para ser vivenciada além do “próprio umbigo”. Se o corpo principal de uma Constituição não deixa isso cristalino, os preâmbulos exaltam essa essência de um texto constitucional.

As previsões sobre elementos culturais, da tradição de alguns povos, e, conseqüentemente, o respeito à diferença são muito comuns em preâmbulos constitucionais e tímidos, quando não inexistentes no restante do texto constitucional. Essa particularidade exige que seja feita uma releitura do valor jurídico dos preâmbulos constitucionais bem como uma análise das funções que os mesmos podem e devem desempenhar no mundo jurídico. O resgate de um sentimento constitucional salutar aos anseios da coletividade perpassa pela “dica (in) consciente” da presença dos “pórticos constitucionais”.

1 VALOR JURÍDICO DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

Duas questões permeiam o valor jurídico atribuído aos preâmbulos constitucionais. A primeira é saber se tais documentos pertencem à Constituição, e a segunda é o seu valor normativo propriamente dito. Miranda (2003), por sua vez, aponta três posições doutrinárias acerca do tema, sendo que a primeira considera os preâmbulos como irrelevantes juridicamente falando; a segunda os

considera com o mesmo valor normativo de qualquer disposição constitucional; a terceira auferir uma relevância jurídica indireta ou principiológica aos textos preambulares. Esta classificação, com algumas nuances que se percebem na doutrina, será adotada nesta dissertação para fins de organização metódica. Em primeiro lugar, contudo, algumas considerações acerca da pertença dos preâmbulos às Constituições se fazem necessárias.

1.1 PREÂMBULO CONSTITUCIONAL COMO PARTE INTEGRANTE DA CONSTITUIÇÃO

Quanto ao integrar o corpo da Constituição, a divisão doutrinária não é tão grande quanto ao seu valor normativo, mas existe. Tejada (1997) entende que o preâmbulo integra o texto jurídico no qual está situado e para tal desiderato alega que no processo de elaboração da Constituição obteve votação idêntica ao do corpo principal, sendo votado como um artigo constitucional.²

Giese “[...] afirma que o preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem sua significação política, como uma reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular.” (GIESE apud Ferreira, 1991, p. 79). Barbalho entende ser o preâmbulo parte integrante da Constituição alegando que não é uma peça inútil ou de mero ornato na sua construção (BARBALHO, 1924).

Pontes de Miranda comunga com este entendimento, acrescentando que o preâmbulo não precisa anunciar tudo, nem anunciando restringe, sendo uma parte integrante da Constituição e fundamental em sua interpretação (PONTES DE MIRANDA, 1947). Cavalcanti, apoiando-se em doutrina francesa e norte-americana, chega à semelhante conclusão (CAVALCANTI, 1951).

Weidner, ao analisar a Constituição dos Estados Unidos da América, não considera o preâmbulo como parte integrante da Constituição:

O preâmbulo não é, estritamente falando, parte da Constituição. Ao invés, ele explica a razão para a Constituição e seus propósitos. Ele segue o princípio estabelecido na Declaração de Independência: que o

² Da mesma forma Julien Laferrière e Georges Vedel (LAFERRIÈRE apud PACHECO, 1990; VEDEL apud CAVALCANTI, 1951).

governo obtenha seus justos Poderes do Consenso dos governados (WEIDNER, 2002, p. 16).

Em nosso ordenamento jurídico, a Lei Complementar nº 95, de 1998, adicionou mais um elemento na discussão ao incluir os preâmbulos infraconstitucionais como parte preliminar integrante das leis:

Art. 3º A lei será estruturada em três partes básicas:

I - parte preliminar, compreendendo a epígrafe, a ementa, o preâmbulo, o enunciado do objeto e a indicação do âmbito de aplicação das disposições normativas;

II - parte normativa, compreendendo o texto das normas de conteúdo substantivo relacionadas com a matéria regulada;

III - parte final, compreendendo as disposições pertinentes às medidas necessárias à implementação das normas de conteúdo substantivo, às disposições transitórias, se for o caso, a cláusula de vigência e a cláusula de revogação, quando couber. (BRASIL, 1998).

Note-se que a referida Lei Complementar faz alusão às leis, mas em uma interpretação sistemática, sendo tal lei oriunda do parágrafo único do artigo 59 da Constituição, pode ser fortalecida a teoria na qual entende serem os preâmbulos constitucionais partes integrantes da Constituição. Os opositores poderão dizer que esta é uma interpretação extensiva quando a Constituição silenciou a respeito, em uma espécie de silêncio eloquente, e mais, seria uma interpretação de “baixo pra cima”.

Contudo, no caso brasileiro, estando o preâmbulo repleto de princípios, de menção a direitos fundamentais e consignando o ideal democrático, trata-se da essência do constitucionalismo contemporâneo a normatização dos princípios, a proteção de direitos fundamentais contra o Estado e em relação a particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais, do alemão “*Drittwirkung*”) e o caráter “dirigente” e educativo do Estado Democrático de Direito. Com isso, nada impediria uma “petição de princípio” ou um pensamento circular entre a Lei Complementar n. 95 e o parágrafo único do art. 59 da Constituição para também serem abarcados os preâmbulos constitucionais.

Lembre-se neste momento a doutrina professada por Hesse que, ao fazer relação entre o Direito Constitucional e o Direito Privado, avista duas direções: 1) função de guia, pioneira, no mínimo fornecendo diretrizes e impulsos que

tenham a configuração do Direito Privado; 2) salvaguarda ou proteção do Direito Privado. Ou seja, nesta relação há sempre um retorno à Constituição, o que também pode acontecer para abarcar os preâmbulos constitucionais como integrantes da *Lex Maior* (HESSE, 2001). Borges assim se pronuncia sobre o assunto:

A organização detalhada pela Lei Complementar 95/98 vale para a produção infraconstitucional (incluindo as Emendas à Constituição). Isso não constitui obstáculo para uma comparação com a estrutura das normas produzidas pelo poder Constituinte originário. (BORGES, 2008, p. 33).

Essa discussão pode ser bastante relevante no caso da formação de novos Estados membros da Federação e Municípios a partir da edição da LC n. 95/98, nos termos dos parágrafos 3º e 4º do art. 18 da nossa Constituição (BRASIL, 1988). Outrossim, na promulgação de novos textos constitucionais, incluindo-se a edição de leis orgânicas.

O jurista alemão Häberle, em virtude de sua concepção cultural e processual pública de Constituição, assim dispõe no sentido de se incluírem os preâmbulos como pertencentes ao texto constitucional:

[...] ter uma teoria que reconheça a Constituição como parte da cultura. Isso começa com o trabalho de ordenar o preâmbulo dentro da Constituição e os textos jurídicos europeus analogamente como se ordenam as aberturas das óperas e os prólogos (como o do Fausto de Goethe) e os prelúdios (J. S. Bach). O que tem como consequência a compreensão de todas as liberdades como algo *não natural*, por exemplo, como *liberdade cultural*, como liberdade além do estado natural (este último é só uma ficção), e, ademais, a fundamentação do federalismo e do regionalismo concretamente a partir da riqueza cultural de um país. Outras aplicações da teoria constitucional, entendida como teoria da cultura, se encontram, por um lado, no tempo livre, nos dias feriados como “fonte de consenso emocional” de um Estado Constitucional (HÄBERLE, 2009, p. 87).

O constitucionalista português Jorge Miranda, por sua vez, deixa clara sua posição:

Para nós, o preâmbulo é parte integrante da Constituição, com todas as suas consequências. [...] O preâmbulo dimana do órgão constituinte, tal como as disposições ou preceitos; é aprovado nas mesmas condições e o acto de aprovação possui a mesma estrutura e o mesmo sentido jurídico. [...] Tudo quanto resulte do exercício do poder constituinte –

seja preâmbulo, sejam preceitos constitucionais – e conste da Constituição em sentido instrumental, tudo é Constituição em sentido formal (MIRANDA, 2003, p. 265).

Percebe-se, neste particular, que o autor lusitano utiliza o critério da distinção, em relação às leis ordinárias, na origem do documento preambular por meio do Poder Constituinte e da Constituição em sentido formal. Isto é relevante na medida em que, sendo originado em um critério de rigidez constitucional, é dotado das características necessárias para integrar o chamado bloco de controle de constitucionalidade, quais sejam, a própria rigidez, Poder Constituinte e supremacia da Constituição.

1.2 POSIÇÃO SOBRE A IRRELEVÂNCIA JURÍDICA DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

A irrelevância jurídica é a tese que mais se identificou com a escola clássica da exegese e do positivismo jurídico, remetendo os textos preambulares para o domínio da história, política ou moral, eis que, para o positivismo jurídico, a separação entre direito e outras áreas do conhecimento humano é fundante em seus postulados.

Para Kelsen, o preâmbulo, em geral, não estipula quaisquer normas definidas para a conduta humana carecendo, desta forma, de conteúdo jurídico relevante (KELSEN, 1992). O jurista austríaco entende que a peça vestibular da Constituição é dotada de caráter mais ideológico do que jurídico, servindo para dar maior eficácia à Constituição. Arrebata alegando que “Normalmente, se ele fosse suprimido, o teor real da Constituição não seria modificado nem um pouco”³ (KELSEN, 1992, p. 255).

Esmein, Carré de Malberg e Georges Ripert, por sua vez, impugnam o valor jurídico das declarações de direitos (os dois primeiros) e dos preâmbulos (Ripert) alegando serem disposições muito abstratas e com falta de precisão e

³ No mesmo sentido: Bielsa e Biscaretti di Ruffia (BIELSA, 1959; BISCARETTI DI RUFFIA, 1949).

coesão interna em seu conteúdo (ESMEIN; MALBERG; RIPERT apud LUÑO, 2003).

1.2.1 Crítica à teoria da irrelevância jurídica dos preâmbulos constitucionais

Conforme Tejada, a negativa do valor normativo aos textos preambulares constitucionais pode ser creditada a dois argumentos basilares: o primeiro parte da Teoria Geral do Direito e refere-se à forma na qual está redigido o preâmbulo constitucional, que, geralmente, aparece na forma descritiva, quando deveria aparecer na linguagem prescritiva; o segundo refere-se à existência nos ordenamentos jurídicos de normas sobre a elaboração de leis e, geralmente, os preâmbulos são tidos como não integrantes da parte normativa (TEJADA, 1997).

Quanto à forma descritiva dos preâmbulos, a crítica pode ser formulada no sentido de que a escola clássica de pensamento positivista parte da concepção onde texto da norma coincide com a própria norma. Neste particular, Bobbio distingue três funções fundamentais de linguagem: a descritiva, a expressiva e a prescritiva, afirmando que quase nunca encontramos estes tipos na realidade em seu estado puro (BOBBIO apud TEJADA, 1997).⁴ Nery e Nery Junior entendem que é conveniente afirmar o caráter normativo de toda a Constituição, inclusive do preâmbulo que a integra, pois, do contrário, seria o resultado retórico do acordo das diversas posições mantidas na Assembleia Constituinte (NERY; NERY JUNIOR, 2009).

O segundo argumento, para se retirar a normatividade preambular, no Direito brasileiro, pode ser destacado na análise da Lei Complementar n. 95/98, especialmente em seu art. 3º supracitado (BRASIL, 1998). Tal texto posiciona os preâmbulos como partes preliminares da norma.

Borges, ao comentar a referida Lei Complementar, afirma que o preâmbulo é um elemento tangencial e não vinculante de condutas, ao passo que Carvalho segue outra linha de pensamento no sentido de que a lei estabelece conteúdo prescritivo a cada um de seus incisos, pouco importando que o legislador tenha

⁴ No mesmo sentido: Verdú (VERDÚ apud TEJADA, 1997).

utilizado a palavra “normativa” na segunda parte, eis que tanto os incisos I e III formam um bloco intensamente deôntico (BORGES, 2008; CARVALHO, 2010).⁵

Verdú endossa esse entendimento alegando que “não basta afirmar que todas as normas contidas no nosso texto constitucional têm alcance normativo. É preciso acrescentar que *todas* concerne também a *um setor não articulado, como o preâmbulo*.” (VERDÚ, 2004, p. 124) [grifo do autor].

1.3 POSIÇÃO SOBRE NORMATIVIDADE DIRETA DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

Julien Laferrière confere o mesmo valor constitucional e força de vinculação sobre o legislador ordinário conferidos pelas demais disposições da Constituição (JULIEN LAFERRIÈRE apud PACHECO, 1990).⁶ Debbasch e Colin, referindo-se ao contexto francês, assim se manifestam:

O preâmbulo da Constituição foi por longo tempo considerado como sem força jurídica obrigatória. Na realidade, o preâmbulo estabelece os princípios fundadores do contrato social. E a esse título, à evidência, suas disposições são fontes do direito positivo. Já afirmada sob a IV República, mas algumas vezes contestada, essa normatividade do preâmbulo é hoje incontestável. Com as decisões “Tratado das Comunidades Europeias” (19 junho 1970, Rec., 15) e “liberdade de associação”, o Conselho Constitucional consagrou expressamente o valor positivo e constitucional do preâmbulo, que tem um valor jurídico obrigatório. Se impõe às autoridades administrativas em todas suas disposições (DEBBASCH; COLIN, 2004, p. 69).

Neste sentido, Poletti assim se manifesta: “Se uma lei violar o preâmbulo da Constituição, ainda que não esteja ferindo a literalidade do texto contido no corpo da Carta, será igualmente inconstitucional.” (POLETTI 1998, p. 181)⁷. Esta análise é feita partindo da possibilidade da defesa dos princípios implícitos subjacentes ao texto constitucional.

⁵ No mesmo sentido: Nery e Nery Junior (NERY; NERY JUNIOR, 2009).

⁶ No mesmo sentido: Ferreira (FERREIRA, 1991).

⁷ O autor, em prefácio à obra de Marçal, expressa uma mudança de entendimento alegando que os princípios, apesar de conter os princípios explícitos ou implícitos da Constituição, não são propriamente uma norma, mas constituem um importante parâmetro para a interpretação da Lei Maior (MARÇAL, 2001).

Como exemplo, pode ser tomado o princípio da proporcionalidade. Se é admitido o controle de constitucionalidade com base neste princípio, que é um princípio constitucional implícito e que decorre das mais elevadas exigências de justiça, ocorre um contrassenso ao se alijar do controle de constitucionalidade os princípios e valores consignados no preâmbulo da Constituição.

Ao comentar a Constituição norte-americana, Amar fornece argumentos para que se defenda a normatividade do preâmbulo dos Estados Unidos da América:

Com as simples palavras colocadas na localização mais proeminente, o Preâmbulo estabeleceu a fundação para tudo o que seguiu. “**We** o Povo dos Estados Unidos...**do ordain** e estabelecemos esta Constituição...” Estas palavras fizeram mais que prometer autogoverno. Elas também lhe deram corpo e o ativaram. Como as frases “I do” em uma troca de votos matrimoniais e “Eu aceito” em um contrato, as palavras do Preâmbulo na verdade executaram aquilo que descreveram. (AMAR, 2006, p. 5) [grifo nosso].⁸

Portelli, adotando uma postura intermediária, assim se manifesta sobre a importância dos preâmbulos: “O alargamento da noção de Constituição se opera pela integração no direito constitucional positivo das declarações de direitos (ou Preâmbulos) enumerando direitos fundamentais e suas garantias.” (PORTELLI, 1998, p. 20). O autor, como não poderia deixar de ser, no caso francês, faz a dependência da normatividade dos preâmbulos com a existência em seu bojo de direitos fundamentais.

Marino, analisando a evolução histórica do ordenamento constitucional colombiano, bem como o posicionamento da Corte Constitucional daquele país, conclui no sentido de que as disposições do preâmbulo têm força normativa e que, apesar de serem normas de textura aberta, “[...] seu verdadeiro sentido e alcance somente podem ser definidos à luz da interpretação sistemática da Carta

⁸ Nota da tradução: Intencionalmente foram deixadas as palavras em negrito no idioma original para dar melhor entendimento à expressão estadunidense “I do” que significa “Eu aceito” no contexto utilizado pelo autor para o “We do”, ou seja, “Nós aceitamos”. Ainda, a palavra “ordain” significa “ordenar”. Não foi traduzido pelo tradicional “promulgamos” utilizado em nosso idioma em virtude da utilização do verbo auxiliar “do” no inglês para que tivesse sentido a relação feita pelo autor.

e, em particular, das considerações morais e políticas predominantes em cada momento histórico.” (MARINO, 2001, p. 147).

Pacheco, utilizando-se da doutrina de Georges Burdeau,⁹ reconhece a normatividade dos preâmbulos constitucionais, condicionada ao fato de se empregar um procedimento analítico em cada ordenamento jurídico:

Então, para que uma regra tenha valor positivo, é necessário que contenha a emissão de uma regra de conduta, ou que dela resulte, precisamente, um preceito de ação ou de omissão. O preâmbulo contém regras desse gênero. É certo, por exemplo, que a obrigação de respeitar o pluralismo sindical é uma regra que vincula o legislador com a força de uma lei constitucional positiva. [...] Inversamente, deparam-se no preâmbulo princípios que só têm valor de uma diretriz para o legislador. Isso é verdade para “os princípios particularmente necessários ao nosso tempo [...]” (PACHECO, 1990, p. 157).

Pacheco (1990) exemplifica a adoção desta teoria ao denunciar o fato de que o preâmbulo da Constituição Republicana brasileira de 1891 não teria valor jurídico algum, eis que não fora regularmente aprovado no Plenário da Assembleia Constituinte.

1.4 POSIÇÃO SOBRE NORMATIVIDADE INDIRETA, “HERMENÊUTICA” OU PRINCIPIOLÓGICA DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

Tejada, ante a multiplicidade de entendimentos acerca da normatividade dos preâmbulos, faz uma distinção entre normatividade direta e indireta (TEJADA, 1997). Conforme o autor, a doutrina parece inclinar-se majoritariamente por negar valor normativo aos preâmbulos, conferindo-lhes valor interpretativo, sendo exatamente este último que permitirá a defesa de um valor normativo indireto aos textos preambulares.

Miranda adota, expressamente, o entendimento de que o preâmbulo é parte integrante da Constituição com todas suas conseqüências (MIRANDA, 2003). O jurista português adota uma posição que difere de Tejada, eis que conduz sua argumentação mais para o sentido principiológico dos princípios.

⁹ No mesmo sentido: Seisdedos (SEISDEDOS, 2001).

Para esta corrente de pensamento, as disposições preambulares por si sós não são fontes de direito objetivo, ou seja, não se pode construir normas a partir delas. Ou seja, seriam destituídas daquilo que Canotilho determinou “*natureza normogenética*”, inerente aos princípios (CANOTILHO, 2003). Em tese, no ordenamento jurídico brasileiro, esta concepção não se coaduna com o teor do preâmbulo da CF de 1988 e com o constitucionalismo contemporâneo que confere normatividade aos princípios.

Uma indagação se faz necessária: se o preâmbulo da CF de 1988 é formado por inúmeros princípios e este preâmbulo não pode ser aplicado por si só, significa dizer que não se aplicam por si só nenhum dos princípios elencados em seu conteúdo? Ou seja, o princípio democrático e republicano não poderia ser aplicado em uma situação hipotética envolvendo a obstaculização de partido político a participar de eleições, com base em simples arbítrio dos atuais detentores (da oposição) do mandato eletivo?

Ainda, somente por “ficção jurídica”, a Constituição é tida como a “primeira Lei do ordenamento jurídico”, ou seja, não é passado um “apagador fático” nos demais textos legislativos (texto é fato, hermeneuticamente falando) sendo que com os princípios do nosso preâmbulo, conjugados com as demais leis infraconstitucionais, aliadas à teoria da recepção, muito se poderia fazer em termos normativo-concretizadores.

Para Corwin, “[...] o preâmbulo, estritamente falando, não faz parte da Constituição, mas a precede.” (CORWIN, 1959, p. 9). Para o autor, o texto preambular serve para duas finalidades: indicar a fonte de onde provém e afirmar os grandes objetivos que se espera serem promovidos pela Constituição. Neste mesmo sentido, está Harvey Walker (WALKER apud CAVALCANTI, 1951).

A inclusão de Corwin nesta posição doutrinária remonta a sua seguinte afirmação ao comentar a fórmula “*Do ordain and stablish*”¹⁰ constante do preâmbulo da Constituição norte-americana: “Como documento, a Constituição provém da geração de 1787; como lei deriva sua força e efeito da presente geração de cidadãos americanos e, assim, deveria ser interpretada à luz das

¹⁰ Usualmente traduzido como: “Promulgamos e estabelecemos”.

atuais condições e tendo em vista dar solução aos problemas presentes.” (CORWIN, 1959, p. 10).

Para Story, o “[...] preâmbulo de um “statute” é uma chave para abrir a mente dos elaboradores, bem como serve para remediar as perdas e traçar os objetos que devem ser realizados pelas previsões do “statute”. (STORY, 2010). Nesta mesma senda, Batbie, com influência da Declaração de 1789, comentando acerca da Constituição francesa de 1852, assim se pronuncia: “As declarações de direitos indicam dentro de qual espírito uma Constituição é concebida, e quando se apresentam dúvidas se pode aclará-las remontando ao pensamento geral exposto no preâmbulo.” (BATBIE, 1862, p. 286).¹¹

Borges, após estudo envolvendo decisões da Suprema Corte Americana, em especial no *leading case Jacobson VS. Massachussets*, e a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI, 2.076, entende que o preâmbulo integra a parte valorativa e ideológica da Constituição, mas assevera não ser elemento normativo direto (BORGES, 2008).

Hesse entende que o preâmbulo constitucional não pertence à parte normativa da Constituição, mas que dele se desdobra significado jurídico imediato e obrigatório para órgãos de direção política, unidade e liberdade à Alemanha (HESSE, 1998). O constitucionalista argentino, Lavié adota uma posição intermediária no sentido de que os preâmbulos não podem ser invocados para aumentar poderes do Estado, mas para interpretar o alcance dos estabelecidos na Constituição (LAVIÉ, 1991, p. 9). Dantas¹², utilizando-se da lição de Pedro Calmon assim se manifesta:

O preâmbulo costuma dar a altura ideológica numa fórmula imperativa, à Constituição, assim previamente classificada. Está longe de ser uma frase inócua. Não é simplesmente um conceito doutrinário à margem, portanto fora do texto: serve para o esclarecer como um solene e antecipado compromisso. Diz incisivamente o que se pretende. É uma afirmação na diretiva marcada; uma síntese inseparável da interpretação sistemática da matéria que se segue; uma proclamação introdutória (DANTAS, 1986, p. 170).

¹¹ No mesmo sentido: Vedel (VEDEL apud CAVALCANTI, 1951).

¹² No mesmo sentido: Ferreira Filho, Gusmão e Duarte (FERREIRA FILHO, 1983; GUSMÃO, 1957; DUARTE, 1947).

O constitucionalista Silva enriquece o debate entendendo que se houver normas no corpo principal que disponham da mesma matéria contida no preâmbulo devem prevalecer aquelas (SILVA, 2009). Esta concepção nos conduz a uma situação-problema hipotética. Imagine-se uma Emenda à Constituição que contrarie o disposto no preâmbulo da Constituição. Deveria esta prevalecer? Ocorre que existem elementos fundantes no preâmbulo que foram “petrificados” no corpo principal da Constituição (art. 60, §4, da CF) (BRASIL, 1988). Miranda assim afirma:

E, doutro lado, não se invoquem eventuais contradições entre o preâmbulo e o articulado da Constituição para negar a sua força jurídica ou a sua autonomia em relação à “Constituição propriamente dita”. Porque, a haver tais contradições, elas tornam-se mais patentes à face do preâmbulo: os princípios contidos no preâmbulo delimitam-se e restringem-nas e, para quem admita “normas constitucionais inconstitucionais”, podem retirar-lhe mesmo validade. (MIRANDA, 2003).

Note-se que Miranda refere-se, *in fine*, à tese de Bachoff acerca da existência de normas constitucionais inconstitucionais (MIRANDA, 2003). Tese, aliás, já aplicada pelo Supremo Tribunal Federal contra artigo da Emenda Constitucional n. 52, de 2006 (BRASIL, 2006). É possível afirmar-se que a proteção às identidades culturais passa pela forma como o Estado se posiciona acerca desse assunto no tocante à forma de emendar a Constituição e se há algum núcleo material em que seja proibida ou permitida a modificação.

A discussão acerca de se respeitarem, portanto, os princípios elencados no preâmbulo pelo constituinte originário cresce em importância na medida em que tais princípios estão protegidos em nosso ordenamento por uma quase “fixidez constitucional” e o obrar do constituinte derivado e decorrente não pode tender a abolir tais princípios.¹³

2 FUNÇÕES DOS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

Após análise de inúmeras obras doutrinárias, é possível chegar a uma classificação geral (que não tem a pretensão de ser exaustiva, eis que o

¹³ Nesse sentido: Robbers (ROBBERS, 2007).

fenômeno é variável conforme as peculiaridades de cada povo, ordenamento jurídico e Estado respectivo) sobre algumas funções dos preâmbulos constitucionais. Importante referir que cada função não deve ser tida como estática, mas em uma dinâmica de complementaridade uma com a outra.

2.1 FUNÇÃO POLÍTICA OU LEGITIMADORA

A doutrina reconhece, de um modo geral, a função política exercida pelos preâmbulos constitucionais, eis que são o pórtico de entrada de um monumento eminentemente normativo do fenômeno político, conforme Canotilho (CANOTILHO, 2003).¹⁴ O maior expoente dessa concepção política é Carl Schmitt, que assim afirma:

É necessário falar da Constituição como de uma unidade, e conservar, entretanto, um sentido absoluto de Constituição. [...] No fundo de toda normatividade reside uma decisão política do titular do poder constituinte (SCHMITT, 2003, p. 47).

Percebe-se, no discurso de Schmitt, o zelo pela unidade, que, não é somente fática, mas também jurídica, ou seja, o autor tenta em sua obra desvincular o Direito Constitucional do formalismo que imperava na época da Constituição de Weimar e impedir a dissolução da Constituição em um “complexo inconexo de normas”, nos dizeres de Tejada (SCHMITT, 2003; TEJADA, 1997, p. 54).

Para Schmitt, conforme sua célebre acepção política de Constituição, os preâmbulos constitucionais não devem ser considerados como meros enunciados linguísticos e descritivos históricos, mas com valor de normas, pois contêm, em traços muito genéricos, regras obrigatórias, eis que a decisão política fundamental se encontra de forma clara e penetrante em tais textos constitucionais (SCHMITT, 2003).¹⁵

¹⁴ Ao considerar como pórtico de entrada ou adro que conduz o fiel ao interior da catedral, ver Jacques (JACQUES, 1962).

¹⁵ Nesse sentido: Perez Serrano (SERRANO apud TEJADA, 1997).

Maués refere que o caso brasileiro é o típico exemplo da função legitimadora dos preâmbulos. Sempre se constatou a presença de tais textos nas Constituições brasileiras, simbolizando uma ruptura com o ordenamento constitucional anterior e o estabelecimento de um novo (MAUÉS, 2001). Referindo-se ao contexto português, Canotilho e Vital Moreira consideram o preâmbulo o título de legitimidade da Constituição, quanto à origem e quanto ao conteúdo (CANOTILHO; MOREIRA, 2007).

Os preâmbulos constitucionais, portanto, legitimam uma nova ordem que, nos países de *Civil Law*, costuma aparecer por meio de revolução. A revolução é um fenômeno jurídico relevante. Tanto que, no plano da dogmática constitucional, se chama pela doutrina de Poder Constituinte Revolucionário aquele que institui uma nova Constituição. Geralmente, em nível constitucional, ocorrem revoluções quando se faz necessária a quebra de um paradigma fundamental. Do contrário, emendas podem dar conta da evolução social e seu descompasso com o programa normativo escrito na Constituição.¹⁶

O papel que os preâmbulos desempenham nas Constituições não pode ficar alijado da revolução que introduziu a nova Lei Maior e do “hiato constitucional”¹⁷ provocado. As peças vestibulares constitucionais, seja de Cartas históricas ou dogmáticas (no caso de revolução, geralmente, as últimas) auxiliam na contextualização da Lei Maior, ou nos dizeres de Müller, atuam no “setor normativo”, ou ainda, para os cultores do positivismo jurídico, na “*occasio legis*”, e por que não, para a hermenêutica constitucional contemporânea, fecham o círculo hermenêutico conferindo elementos contextuais ao intérprete concretizar a Constituição (MÜLLER, 1996).

Pode-se dizer que os preâmbulos auxiliam no processo de pré-compreensão da Constituição, pois são dizeres que evocam sentimentos vivenciados pelo intérprete quando da leitura do programa normativo do articulado da Lei Maior. Maués, partindo do conceito de legitimidade formulado

¹⁶ Nesse particular, atenta-se para a expressão de Dantas: “hiato constitucional”, que significa a quebra do processo político-histórico normal da organização política (DANTAS, 1985).

¹⁷ A referência ao período denominado como “hiato constitucional” pode ser complementada com a função temporal ou histórica dos preâmbulos no item 3.5

por David Beetham, apresenta três dimensões ou critérios que proporcionam as razões pelas quais os cidadãos devem apoiar e cooperar com o poder: 1) validade (*validity*): o poder do Estado é adquirido e exercido de acordo com regras estabelecidas, conformando-se a elas; 2) justificabilidade (*justifiability*): as regras que regulam o poder do Estado podem ser justificadas com base em crenças políticas compartilhadas pelos cidadãos; 3) consentimento (*consent*): aceitação por parte dos governados do poder dos governantes (MAUÉS, 2001).

O autor dá ênfase ao segundo (justificabilidade) critério que, por sua vez, explica o reiterado uso hermenêutico dos preâmbulos, bem como ocorre, no caso da Constituição Brasileira, que legitima o critério de autoridade representado pelo princípio democrático, fundante em sociedades pluralistas.

Estudo e comparação interessantes à história política e constitucional norte-americana foram feitos por Saunders que fez uma analogia do conteúdo político e finalidades do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos da América com as seis maiores responsabilidades históricas dos presidentes dos Estados Unidos que sustentaram o teor da Constituição e sedimentaram a legitimidade da Constituição perante seu povo (SAUNDERS, 2002).

Esta função dos preâmbulos se relaciona com a vetusta discussão acerca do uno e do plural e suas relações sendo, no caso, desejável a afirmar a unidade sem negar a pluralidade.¹⁸ Percebe-se que este ideal talvez tenha sido alcançado pelos preâmbulos democráticos e em suas relações, especialmente nos Estados Federados, com grupos minoritários ou historicamente estigmatizados.

2.2 FUNÇÃO INTEGRADORA

Assim como Carl Schmitt, o jurista alemão Rudolf Smend elaborou uma teoria sobre um sentido de Constituição que fugiu do formalismo da época, e que denominou como *teoria da integração*. Smend, professor de Konrad Hesse, expõe uma visão dinâmica do Estado segundo a qual este é o resultado de um

¹⁸ Ver Santos em seu estudo sobre a obra *Parmênides*, de Platão (SANTOS, 1958).

processo de criação contínuo que se cumpre mediante três típicas integrações: pessoal, funcional e real (material) (SMEND, 1988).

Conforme Tejada, o conceito de integração de Smend conduz a uma concepção unitária e totalizadora da Constituição e que esta não pode se dissolver em um complexo de normas, senão em uma unidade que atua como lei vital de algo absolutamente concreto e cuja essência, portanto, está além de seu caráter técnico jurídico (TEJADA, 1997).

Smend, ao analisar a Constituição de Weimar, entende que o conteúdo integrativo vem definido, em primeiro lugar, em seu início por meio do preâmbulo. Tejada endossa o entendimento de Smend nesse particular:

Os preâmbulos constitucionais costumam conter o teto ideológico do regime, sintetizam todo seu conteúdo axiológico e cumprem esta função de um modo acessível para todo cidadão. O povo, interiorizando e assimilando o texto preambular de uma Constituição, como, por exemplo, o da espanhola, penetra sem dificuldade na essência desta e na medida em que graças a essa singela aproximação se identifica com a Constituição, ainda que lhes sejam desconhecidos os preceitos concretos do articulado, está integrado no sistema político. (SMEND, 1997, p. 71).

A teoria de Smend inaugurou uma forma de se fazer hermenêutica constitucional conhecida como científico-espiritual e acrescentou um princípio de interpretação constitucional denominado princípio do efeito integrador da Constituição. Neste particular, os preâmbulos são elementos decisivos que os aproximam de um sentimento constitucional, o que será abordado na sequência deste capítulo.

2.3 FUNÇÃO INTERPRETATIVA

Conforme visto no item 1.3.4 desta dissertação, boa parte da doutrina confere aos preâmbulos um valor normativo indireto ou um caráter interpretativo aos preâmbulos constitucionais.

Tejada (1997), ao comentar a fórmula política constante nos preâmbulos constitucionais (ideologia, organização política e estrutura social), afirma que o teto ideológico de tal fórmula se encontra definido no preâmbulo constitucional

(TEJADA, 1997). Neste particular, ao ser fornecido pelo preâmbulo um *status* de “teto ideológico”, ou poderia ser chamado de “teto hermenêutico”, se tem um forte limite à interpretação e é conferida uma característica muito importante aos preâmbulos, que é limitar a “testa ao texto”. Dito de outro modo, vincula-se a discricionariedade do intérprete aos valores consignados no texto preambular. O intérprete não pode decidir “qualquer coisa sobre qualquer coisa”. Seja por meio de postulados positivistas ou pós-positivistas, os preâmbulos assumem um papel decisivo.

Nos famosos métodos clássicos de interpretação das leis (gramatical, lógico, histórico, teleológico e sistemático), o texto preambular serve de instrumento formal de aplicabilidade do corpo principal da Carta Magna. Ênfase deve ser dada ao método lógico e em sua divisão em *mens legislatoris* e *mens legis*. Adotando-se uma visão positivista, as peças vestibulares das Constituições são decisivas no intuito de se exprimir a “vontade do legislador constituinte”, ou ainda o “espírito da Constituição”.

Isso porque, na ideia de se ter um governo de leis e não de homens, o foco central da hermenêutica passou a ser a cientificar o Direito, eis que, com o estabelecimento dos ideais liberais, as interpretações não deveriam ser construídas pelos juízes e sim, aristotelicamente falando, buscadas no objeto pronto, acabado e racional, que é lei em si.¹⁹ E nada melhor que buscar este espírito dos legisladores ou da Constituição em si do que uma fórmula sintética e cheia de elementos ufanistas, como são, geralmente, os Preâmbulos constitucionais.

Logicamente, que, para o positivismo, sendo os princípios relegados a um segundo plano na aplicação das normas, os preâmbulos, essencialmente principiológicos, são considerados para os adeptos desta corrente de pensamento jurídica como não normativos ou, ainda, com uma normatividade indireta, conferindo ênfase ao aspecto interpretativo dos preâmbulos, em especial

¹⁹ Isto se explica por motivos de ordem histórica, eis que, na França, à época da Revolução Francesa, os juízes eram tidos como integrantes da nobreza e, como tal, perigosos no sentido de dismantelar a “segurança jurídica” alcançada pela burguesia com as codificações. Isso explica, no sistema francês de direito administrativo, a opção pelo contencioso administrativo (FERNANDEZ; GARCÍA DE ENTERRÍA, 2004).

para dar-se uma sistematicidade ou uma teleologia à Constituição como um todo e em buscar a “vontade do constituinte” ou da Constituição.

Em uma visão pós-positivista, que confere normatividade aos princípios, há uma inversão no valor dos preâmbulos. Hesse, por exemplo, ensina que se deve dar o máximo de força normativa possível aos enunciados constitucionais (HESSE, 1998). Há princípios da interpretação constitucional, outrossim, que devem ser levados em conta, como o da unidade e o já referido no item anterior princípio do efeito integrador, dentre outros.

2.4 FUNÇÃO LITERÁRIA, RETÓRICA OU “QUIMÉRICA”.

A Literatura e o Direito, conforme Schwartz, são disciplinas narrativas, eis que dada a tradição positivista do Direito, seus atos, via de regra, reduzem-se a termos e transformam-se em textos. Ainda, o referido autor entende ser o Direito um “[...] exercício de retórica, ou seja, uma forma de convencimento de que aquilo que se transmite deve ser tido como correto.” (SCHWARTZ, 2006, p. 59). Häberle, ao seu turno, assim dispõe no sentido de que

Há aspectos do direito constitucional que são especialmente sensíveis à atividade criadora dos poetas. O preâmbulo das Constituições é um bom exemplo, bem como os enunciados empregados nos catálogos dos direitos. Os poetas proporcionam a suficiente dose de utopia que orienta o sentido da realidade constitucional (HÄBERLE, 2009, p. 185).

Contudo, o próprio Häberle alerta que não devemos “[...] nem superestimar nem subestimar as funções e as possibilidades da poesia no desenvolvimento jurisprudencial.” (HÄBERLE, 2009, p. 185). Neste desiderato, convém invocar a lição de Dworkin no sentido de que, em se fazendo uma relação entre Literatura e Direito, o senso de qualquer juiz sobre a finalidade ou função do Direito dependerá de sua abordagem na interpretação que implicará uma concepção de integridade e coerência do Direito como instituição (DWORKIN, 2001). Em outras palavras, o sentimento constitucional que emana da leitura dos textos preambulares ou declarações de direitos deve ser interpretado com base em um contexto específico e numa historicidade determinada.

Ao ser questionado acerca de seu parecer sobre nossa Constituição pelo professor Ingo Wolfgang Sarlet, Häberle proferiu as seguintes palavras sobre o preâmbulo: “Refiro apenas a textos como seu impressionante preâmbulo, o qual contém uma indispensável porção de utopia (“uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”). (HÄBERLE, 2009, p. 205-6).²⁰

Conforme Schwartz, a necessidade de se estudar o Direito a partir da Literatura se dá porque esta tem a habilidade, por intermédio de suas narrativas e personagens de remeter o leitor às vivências alheias, possibilitando a reflexão e posicionamento em relação ao caso concreto (SCHWARTZ, 2006). Os preâmbulos constitucionais seriam, portanto, “portais de alteridade” inscritos nos textos constitucionais ou, dito de outra maneira, possibilitariam uma abertura principiológica ao horizonte do outro.

Acerca do aspecto narrativo, necessária uma ligação com a função identitária e interpretativa dos preâmbulos. Ackerman, ao se referir ao contexto norte-americano, entende que os norte-americanos se diferenciam sob diversas formas, mas que talvez seja a narrativa constitucional aquilo que os caracteriza como povo, sendo que interpretar a Constituição é descobrir uma parte importante de si próprios (ACKERMAN, 2006).

2.5 FUNÇÃO TEMPORAL (HISTÓRICA)

Para Häberle, os preâmbulos constituem-se em “pontes no tempo”, ou seja, podem se referir ao passado rechaçando-o, o enaltecendo-o com recordações heróicas de tradições ou períodos determinados ou personagens históricos, por vezes míticos²¹ (HÄBERLE, 2003). Os textos preambulares podem

²⁰ Nesse sentido, Nadal considera a Constituição Federal de 1988 como “quimérica” (NADAL, 2006).

²¹ Blackstone reforça este entendimento ao criticar Locke quanto ao povo ter o supremo poder de remover ou alterar o legislativo quando achar que este traiu sua confiança. No entender de Blackstone nenhuma lei humana vai supor um caso que a um só tempo destrua todas as leis e vá compelir os homens a construir do nada sobre novas fundações (BLACKSTONE, 1987). O referido autor comenta baseado na Constituição Inglesa que é formada por documentos históricos e pela *Common Law*, o que justifica sua tomada de posição.

se referir ao presente em uma orientação de desejos ou ao futuro, querendo, inclusive “ganhar” o futuro em uma tensão entre desejo e realidade.

Hesse, por sua vez, assevera que o intérprete não pode compreender o conteúdo da norma de um ponto situado fora da existência histórica, senão somente na situação histórica concreta, na qual ele se encontra e cuja maturidade determina seu saber e seu (pré-) juízo (HESSE, 1998).

Esse é exatamente o papel que os preâmbulos constitucionais podem cumprir, atuando no campo da pré-compreensão do intérprete, ou como diz Häberle, atuando no setor das emoções, “projetando esperanças” num futuro melhor. Neste particular, há conexão com a função identitária dos preâmbulos, eis que, na esteira de Ackerman, a Constituição é mais do que uma ideia, pois trata de uma prática constitucional evolutiva, constituída por gerações com relação à identidade e ao destino na nação (ACKERMAN, 2006).

Schwartz, relacionando Direito com Literatura, ainda ressalta que, ao se considerar um caso concreto, o julgador não deve se prender unicamente ao texto da lei, pois restará produzida uma expectativa normativa ligada ao passado e não ao futuro, “[...] como desejavam, por exemplo, os constituintes brasileiros no preâmbulo da Lei Maior de 1988.” (SCHWARTZ, 2006, p. 70).

2.6 FUNÇÃO REPRISTINATÓRIA

Conforme Borges, alguns preâmbulos constitucionais trazem uma função de repristinar normatividades anteriores à sua promulgação (BORGES, 2008). Como exemplo, pode-se colacionar o preâmbulo da Constituição Francesa de 1958:

O povo francês proclama solenemente sua ligação aos Direitos do Homem e aos princípios de soberania nacional que foram definidos pela Declaração de 1789, confirmados e completados pelo preâmbulo da Constituição de 1946.

Em virtude destes princípios e da livre determinação dos povos, a República oferece aos territórios de além-mar que manifestem a vontade de aderir às novas instituições fundadas sobre o ideal comum de liberdade, igualdade e fraternidade e concebidos em vista de sua evolução democrática (PORTELLI, 1998, p. 235).

Borges ainda refere que neste caso há o reenvio à normatividade anterior e que, no constitucionalismo brasileiro, tal função não se aplica (BORGES, 2008). Aduz, ainda, para uma curiosidade, qual seja, a de que o Conselho Constitucional francês não conhecia o preâmbulo de 1946 como fonte normativa. Contudo, com o advento da Carta de 1958, o órgão francês entendeu que os ditames do preâmbulo são princípios gerais do Direito.

Tal função, para este autor, seria uma função anômala dos preâmbulos constitucionais e não aplicável na realidade constitucional brasileira. A não ser que, logicamente, considere-se o preâmbulo dotado de normatividade direta ou indireta, quando na declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo ocorra o chamado “efeito repristinatório” do controle de constitucionalidade com a adoção da clássica teoria da nulidade dos atos inconstitucionais.

Teorias como as da desconstitucionalização e da inconstitucionalidade pretérita podem ser aplicadas em ordenamentos cujos preâmbulos estabeleçam a opção pela função repristinatória expressamente adotada. Carvalho refere que a jurisprudência do STF tem sido no sentido de que em sede de ADI(N) o papel de guardião da Constituição que incumbe à Suprema Corte diz respeito à atual Lei Maior e não à anterior (CARVALHO, 2009).²²

²² *A contrario sensu*, pode-se chegar aqui a uma afirmativa (ousada) que o STF, implicitamente, reconhece a normatividade direta do preâmbulo (ou poder-se-ia chamar de “normatividade direta por omissão”), pois tendo os preâmbulos uma função repristinatória quando deles expressamente decorre esta função (conforme Borges que, apesar de referir-se ao modelo francês, é inegável a influência deste sistema jurídico em nosso país, em especial no tocante às declarações de direitos e à tradição “preambulística” de nossas Constituições), ao não constar tal função em seu texto estão vinculando a Suprema Corte a dispensar a teoria da inconstitucionalidade pretérita em sede de ADI(N), e é o que efetivamente faz o Supremo Tribunal (BORGES, 2008). Ou seja, o STF está vinculado pelo caráter principiológico e diretivo do preâmbulo a não utilizar tal teoria e não somente se valer de critérios de política para tal. Conforme Dworkin, não se deve utilizar critérios de política judiciária (menor fluxo de processos, etc.) ao resolver *hard cases*, que, geralmente, são os que envolvem o controle concentrado de constitucionalidade (DWORKIN, 1999). Contudo, poder-se-ia afirmar que o STF se tem valido do *novel* princípio da celeridade ou razoável duração do processo constante no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF para justificar sua posição (BRASIL, 1988). Ocorre que a inclusão do referido princípio somente ocorreu após a tomada de decisão da Suprema Corte brasileira (02/04/2002 no RE 325552 RJ). Portanto, considera-se que o STF, ao implicitamente, em suas bases, utilizar princípio da celeridade ou razoável duração do processo para se dispensar a teoria em comento, vincula-se a uma decisão de princípio. Contudo, ao adotar, em última decisão sobre o tema, a tese da normatividade indireta do preâmbulo constitucional (ADI 2.649), o STF não está incorrendo em contradição? Finalizando, o Supremo Tribunal deve estar de acordo com uma tradição em nosso direito que é não constar a função repristinatória

2.7 FUNÇÃO IDENTITÁRIA

Smend, tido como o teórico do sentido científico-espiritual da Constituição, ou, ainda, da integração constitucional, conforme visto no título da função integradora dos preâmbulos, referindo-se ao trabalho de análise do preâmbulo da Constituição de Weimar pelo jurista Wittmayer, afirma que somente a democracia pode introduzir uma Constituição com referência à autodeterminação dos povos que é percebido como uma tentativa de se positivar valores políticos supremos (SMEND, 1988).

O autor alemão ainda afirma que são fatores de integração nacional o preâmbulo e os direitos fundamentais para começo de análise seguido pela forma de Estado e bandeira nacional, em uma tentativa de formação identitária. Contudo, não se deve confundir a teoria smendiana com a função identitária dos preâmbulos, eis que, para Smend, os preâmbulos cumprem uma função de identificar os valores adotados na Lei Maior, buscando uma integração nacional, enquanto a função identitária é mais ampla, no sentido de fazer com que as pessoas não apenas se identifiquem com os valores constantes na Constituição, mas tenham a proteção ou permissão de hibridização de suas próprias identidades a partir dos postulados constitucionais (SMEND, 1988). Enriquecendo mais o tema sobre a função identitária das constituições, Gusmão acrescenta:

Integrado em um tipo de cultura ou de civilização, o Direito, em virtude de seu aspecto normativo, é um processo ou instrumento de proteção e salvaguarda das instituições culturais e dos princípios, axiomas, valores e ideias representativos do tipo de cultura em que o Direito se encontra integrado. [...] A Constituição é o documento jurídico que encarna as premissas fundamentais de um tipo de cultura (SMEND, 1957, p. 37-8).

Vianna, referindo-se à frase de Henri Berr, diz que “[...] a complexidade das coisas implica a diversidade do saber.” (BERR, 1939, p. 319-320). Frase esta que utilizaremos para, mui respeitosamente, adaptá-la: A complexidade

expressamente nos preâmbulos das Constituições brasileiras. Com isso, logicamente, estará sendo reconhecida a normatividade principiológica direta dos preâmbulos, pois vinculam o STF a agir de uma maneira determinada (não aplicar a teoria da inconstitucionalidade pretérita em sede de ADI(N)).

contemporânea implica o pluralismo constitucional. Em um contexto globalizatório, Ramalho afirma que, “[...] ao possibilitar a perspectivação da *diferença*, a ideia da globalização, seja ela hegemônica ou contra-hegemônica, reforça, paradoxalmente, na impossibilidade do *mesmo*, o *sentido* da identidade.” (BERR, 2005, p. 542-3).

Outrossim, importante abordar que há que se ter um espírito crítico quanto à influência do direito estrangeiro e sua cópia desenfreada sem levar em consideração ao contexto nacional, evitando-se um “deslumbramento” por culturas hegemônicas e a assimilação de institutos estrangeiros, em uma espécie de que poderíamos chamar hoje de uma sociedade consumida culturalmente.²³

2.8 FUNÇÃO EDUCATIVA

Marçal faz referência às *Leis* de Platão e à *República* para fundamentar a origem histórica da visão dos preâmbulos como detentores de uma função educativa (MARÇAL, 2001). Em um Estado Democrático de Direito, cujas funções transformadoras e educativas se ressaltam, conforme Streck, importante é o papel desempenhado pelos preâmbulos constitucionais na indicação dos valores necessários para que o Direito seja visto “como instrumento de transformação social” (MARÇAL, 2004).

Tejada aponta para o caso dos Estados Unidos da América em que “[...] todos os jovens norte-americanos aprendem de memória na escola [...]” (TEJADA, 1997, p. 71). Isso, inclusive, pode ser constatado na presença de literatura infanto-juvenil com a temática do preâmbulo e com livros ilustrados.²⁴ O ensino da Constituição que aspire aproximá-la do cidadão médio necessita recorrer ao Preâmbulo dada a maior facilidade de compreensão dos conceitos ali presentes. Conforme estivermos diante de um Estado Liberal, Social ou Democrático de Direito esta função irá ou se sobressair ou restar obnubilada. Assunto este será melhor estudado no segundo capítulo desta dissertação.

²³ Nesse sentido, Vianna (VIANNA, 1939).

²⁴ Como exemplo, tem-se a obra: *We The Kids: The Preamble to the Constitution of the United States*, de David Catrow.

3 A QUESTÃO DO SENTIMENTO CONSTITUCIONAL E OS PREÂMBULOS CONSTITUCIONAIS

O jurista espanhol Verdú entende ser o sentimento constitucional a adesão interna às normas e instituições fundamentais de um país, experimentada com intensidade mais ou menos consciente porque se estima que são boas e convenientes para a integração, manutenção e desenvolvimento de uma justa convivência (VERDÚ, 2004).

Desde a concepção positivista ou pós-positivista, o tema é controverso e cabe aqui o analisar como os preâmbulos constitucionais podem contribuir na formação de um sentimento de Constituição. O Estado liberal, adaptando-se o ditado popular “cada um por si e Deus por todos” ao seu desenvolvimento histórico, não pode ser considerado como destituído de sentimento constitucional, assim como o Estado Social em outra adaptação: “A união faz a força”.

O Estado Democrático de Direito (“a voz do povo é a voz de Deus”) também pode ser detentor do sentimento de Constituição. Portanto, percebe-se que não se trata da configuração jurídico-política do Estado que interfere na existência do “fenômeno político-social e sociológico do existencialismo político”, denominado sentimento constitucional²⁵. O que ocorre é uma gradação neste sentimento, maior ou menor, de acordo com o tipo de Estado. As funções dos preâmbulos acima abordadas podem contribuir, decisivamente, na formação de um sentimento constitucional.

Além das funções dos textos preambulares, Damásio alerta para a necessidade de se considerar as emoções como necessárias para a tomada de decisões. Adaptada essa ideia, o sentimento constitucional deve influir na atividade racional e permitir decidir o que é melhor para nós mesmos (DAMÁSIO, 1996). Andrichi ressalta o caráter emocional contido nos preâmbulos constitucionais, eis que os mesmos traduzem anseios, perspectivas e dificuldades vivenciadas em um dado momento histórico²⁶ (ANDRIGHI, 2008).

²⁵ Expressão de Karl Loewenstein (LOEWENSTEIN apud TEJADA, 1997, p. 72).

²⁶ No mesmo sentido: Lima (LIMA, 1964).

Ressalte-se, por sua vez, que a ênfase na interpretação de elementos identitários, até o presente momento, passou despercebida nos textos constitucionais. Talvez seja este o motivo pelo qual em nosso país nunca se conseguiu gerar com eficiência um sentimento de “amor pela Constituição”, ou seja, um sentimento de identificação constitucional.

Ao se fazer uma conexão com a função literária dos preâmbulos constitucionais, Schwartz comenta o entendimento de Martha Nussbaum no sentido que a Literatura pode dar uma força viva, um sentimento ao Direito (SCHWARTZ, 2006). Häberle, por sua vez, entende que os preâmbulos constituem cláusulas de reconhecimento em um Estado Democrático de Direito (HÄBERLE, 2003).

CONCLUSÃO

A existência dos preâmbulos constitucionais é um fato que permeia o mundo jurídico global. Apesar de seu caráter não-obrigatório, a maioria dos países insiste em sua previsão na abertura de seus textos constitucionais. E o faz de maneira distinta da forma legislativa atribuída ao texto principal. Elementos ufanistas, ditirâmbicos e identitários são facilmente perceptíveis nos preâmbulos constitucionais, especialmente, nos mais contemporâneos.

É como se os povos recorressem a um último recurso frente a um processo globalizatório que os esteriliza. Trata-se, praticamente, de um “bater no peito” e dizer orgulhosamente o que os diferencia dos demais e que essa diferença deve ecoar no que já foi o primeiro instrumento jurídico da soberania estatal: a Constituição.

O documento clássico de organização do Estado e previsão e garantia de direitos fundamentais, sempre, ou quase sempre teve esse elemento de “brado por identidade” previsto em seus preâmbulos. O que faltava e ainda falta é uma sistematização e até mesmo, um olhar mais acurado para explicar o porquê da presença de tais documentos. Simplesmente alegar que são elementos ornamentais ou que não integram a Constituição é de uma hermenêutica que não

mais se coaduna com a necessidade de se buscar a máxima força normativa ao texto constitucional.

Espera-se que, com este artigo, seja possível chamar a atenção da comunidade jurídica para a importância dos preâmbulos constitucionais e de como os mesmos podem auxiliar na superação do maior déficit que vivenciamos atualmente: o de sentimento constitucional.

REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano**: fundamentos do Direito Constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- AMAR, Akhil Reed. **America's Constitution**: A Biography. New York: Random Trade Paperback, 2006.
- ANDRIGHI, Fatima Nancy. A Paz Social na Constituição de 1988: o preâmbulo da constituição como porta de acesso à mediação. In: DANTAS, Bruno. **Constituição de 1988**: o Brasil 20 anos depois. Brasília: Senado Federal, Instituto Legislativo Brasileiro, 2008.
- BARBALHO, João. **Constituição Federal Brasileira**: Commentarios. 2. ed. Rio de Janeiro : F. Briguiet e Cia. Editores, 1924.
- BATBIE, A. **Traité Théorique et Pratique de Droit Public et Administratif. Tome II**. Paris: Librairie Du Conseil D'Etat, 1862.
- BIELSA, Rafael. **Derecho Constitucional**. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1959.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. **Diritto Costituzionale. Vol. I**. 2. ed. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1949.
- BLACKSTONE, William. Commentaries on the Laws of England. In: **The Founder's Constitution**. Major Themes. Orgs. Philip B. Kurkland and Raph Lerner. Chicago : Chigao Press University, 1987. 1. v.
- BORGES, Alexandre Walmott. **Preâmbulo da Constituição & a Ordem Econômica**. Curitiba: Juruá, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Artigos 1º a 107. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1. v.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**: Teoria do Estado e da Constituição, Direito Constitucional Positivo. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Paulo de Barros. O Preâmbulo e a Prescritividade Constitutiva dos Textos Jurídicos. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, vol. 6. n. 1, jan./jun. 2010.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **A Constituição Federal Comentada**. 2. ed. Rio de Janeiro : José Konfino Editor, 1951. 1. v.

CORWIN, Edward S. **A Constituição Norte Americana e seu Significado Atual**. Trad. Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1959.

DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DANTAS, Ivo. **Direito Constitucional e Instituições Políticas**. Bauru: Jalovi, 1986.

_____. **Poder Constituinte e Revolução**. 2. ed. Bauru : Jalovi, 1985.

DEBBASCH, Charles; COLIN, Frédéric. **Droit Administratif**. 7. ed. Paris : Economica, 2004.

DUARTE, José. **A Constituição Brasileira de 1946**. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1947. 1. v.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: The theory and practice of equality. Londres: Harvard University Press, 2001.

FERNANDEZ, Tomás-Ramón; ENTERRÍA, Eduardo García de. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Thomson & Civitas, 2004. 1. v.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Manual de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

HÄBERLE, Peter. **Conversas Acadêmicas com Peter Häberle**. Diego Valadés (Org.). Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **El Estado Constitucional**. Tradução de Héctor Fix-Fierro. Ciudad del Mexico: UNAM, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991.

_____. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luís Afonso Heck. 20. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor, 1998.

JACQUES, Paulino. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. **Derecho Constitucional Latinoamericano**. Ciudad del Mexico: UNAM, 1991.

LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. **Manual de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1964.

MARÇAL, Patrícia Fontes. **Estudo Comparado do Preâmbulo da Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MARINO, Catalina Botero. Colômbia. In: **Los Preámbulos Constitucionales em Iberoamérica**. Madrid: CEPC, 2001, p. 115-147.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. Brasil. In: **Los Preámbulos Constitucionales em Iberoamérica**. Madrid : CEPC, 2001, p. 67-79.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 2.v.

NADAL, Fábio. **A Constituição como Mito: o mito como discurso legitimador da Constituição**. São Paulo : Método, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PACHECO, Cláudio. **Novo Tratado das Constituições brasileiras**. São Paulo : Saraiva, 1990. 1.v.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 8. ed. Madrid: Tecnos, 2003.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da Constitucionalidade das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PONTES DE MIRANDA, José Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1946**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947. 1.v.

PORTELLI, Hugues. **Droit Constitutionnel**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1998.

RAMALHO, Maria Irene. A sogra de Rute ou intersexualidades. In: **A globalização e as ciências sociais**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

ROBBERS, Gerhard. **Encyclopedia of World Constitutions**. New York: Facts on File, 2007.

SAUNDERS, Robert. M. **Power, the Presidency, and the Preamble: Interpretative essays on selected Presidents of the United States**. Westport: Prager, 2002.

SEISDEDOS, Felipe. Argentina. In: **Los Preámbulos Constitucionales em Iberoamérica**. Madrid: CEPC, 2001, p. 37-60.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2003.

SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a Literatura e o Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SMEND, Rudolf. **Costituzione e Diritto Costituzionale**. Milão: Giuffrè, 1988.

STORY, Joseph. **Commentaries on the Constitution of the United States**. Kindle e-book. Lonang Institute, 2010.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEJADA, Javier Tajadura. **El Preámbulo Constitucional**. Granada: Comares, 1997.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução e Prefácio de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VIANNA, Oliveira. **O idealismo da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1939.

WEIDNER, Daniel W. **The Constitution**: The preamble and the Articles. Berkeley Heights: Enslow Publishers, 2002.

**O DIREITO DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO INFANTIL: DO DESCASO À
EMERGÊNCIA DA JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.**Marcelo Prestes Ribeiro¹Márcia Adriana Dias Kraemer²**RESUMO**

O tema deste artigo trata do direito das crianças à Educação Infantil no tocante à busca por vagas em estabelecimentos municipais. O espaço de investigação é o Município de Santa Rosa e as informações são geradas por meio de documentação indireta, a partir de fontes estatísticas, bases legais e de processos jurídicos, no período de 2010 a 2015. Objetiva-se compreender em que medida as políticas públicas têm-se mostrado suficientes para atender à demanda da população por acessibilidade a vagas. A construção teórica fundamenta-se no estudo acerca do direito de crianças à educação infantil, identificando no ordenamento jurídico brasileiro as normas que embasam a busca pela via judicial por vagas em escolas desse nível educacional. Justifica-se esta pesquisa pelo fato de ser importante analisar a legislação, oportunizando o debate sobre princípios fundamentais previstos na Constituição Federal brasileira. O estudo caracteriza-se como teórico-empírico, com abordagem quantitativa e qualitativa das informações, fins explicativos, investigação bibliográfica e documental. O método de análise e de interpretação é hipotético-dedutivo, partindo-se de um estudo de caso com técnica de procedimento monográfico. Entende-se, por meio dos dados analisados, que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, no âmbito municipal delimitado, não está sendo cumprida com o rigor necessário de forma a garantir os direitos das crianças excluídas do convívio escolar no nível educacional infantil, fomentando a judicialização das demandas.

Palavras-chave: Educação Infantil - Políticas Públicas - Judicialização.

RESUMEN

El tema de este artículo trata sobre el derecho del niño a la educación de la primera infancia en cuanto a la búsqueda de vacantes en establecimientos

¹ Acadêmico do Curso de Direito - 6º semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. marceloprestes@bm.rs.gov.br

² Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR, Bolsa Capes. Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR, Bolsa PIBIC/CNPq. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – NPPGE e Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. Contato: marciakraemer@fema.com.br

municipales. El área de investigación es la ciudad de Santa Rosa y la información se genera a través de documentación indirecta, fuentes estadísticas, procesos legales y fundamentos jurídicos, en el período 2010-2015. El objetivo es entender la medida en que las políticas públicas han demostrado ser suficientes para satisfacer la demanda de la población para la accesibilidad a los lugares. La construcción se basa en el estudio teórico sobre el derecho del niño a la educación infantil, en las normas del sistema legal brasileño que apoya la búsqueda de procesos judiciales para las vacantes en las escuelas de este nivel educativo. Esta investigación se justifica por el hecho de que es importante analizar la legislación, que permita el debate sobre los principios fundamentales establecidos en la Constitución Federal. El estudio se caracteriza como enfoque teórico empíricos, cuantitativo y cualitativo de la información, con fines explicativos, con la investigación bibliográfica y documental. El método de análisis e interpretación es hipotética-deductiva, suponiendo un caso de estudio con la técnica de procedimiento monográfico. Es decir, a través de los datos analizados, que la ley de directrices y Bases para la educación nacional, en el ámbito municipal, no se está cumpliendo con el rigor necesario para garantizar los derechos de los niños excluidos de la escuela en el nivel educativo de los niños, fomentar la judicialización de las demandas.

Palabras Claves: La Educación Temprana - Políticas públicas - Judicialización.

INTRODUÇÃO

O tema deste artigo trata de um estudo de cunho monográfico, em andamento, relacionado ao direito da criança à Educação Infantil. Como delimitação, focaliza o escopo legal e doutrinário da temática no tocante à busca por vagas em estabelecimentos desse âmbito institucional (creches, pré-escolas e escolas de educação infantil), sendo o espaço o Município de Santa Rosa e o período de 2010 a 2015.

Na temática exposta, o presente trabalho objetiva responder ao seguinte questionamento: em que medida as políticas públicas têm-se mostrado suficientes para atender à demanda da população por vagas em estabelecimentos de educação infantil no Município de Santa Rosa? Analisam-se, portanto, as políticas públicas adotadas pela Prefeitura Municipal de Santa Rosa no tocante à acessibilidade de vagas nas escolas de educação infantil, a fim de compreender como se efetiva esse processo para a população que precisa de qualidade na prestação de serviços.

A importância do trabalho é possibilitar a reflexão acerca da legislação, por meio da Constituição Federal brasileira, do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB e de acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul referentes a liminares judiciais concedidas pela Comarca de Santa Rosa, propiciando o esclarecimento da importância do direito da criança ao acesso às instituições públicas de educação infantil.

Conforme Alexandre de Moraes, a educação “[...] é mais compreensiva e abrangente que a mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando.” (MORAES, 2014, p. 858). Entende-se, com efeito, que a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, dispensada às crianças para o seu desenvolvimento integral, figurando como primeira etapa do processo de sua educação.

A pesquisa realizada no trabalho é de natureza teórico-empírica, em estudo de caso com recorte específico ao Município de Santa Rosa, no período de 2010 a 2015, para que se possa buscar o entendimento do fenômeno objeto de estudo. Respalda-se no método de abordagem hipotético-dedutivo, o qual, percebendo uma possível lacuna no fenômeno estudado, neste caso a prestação de serviço por parte do ente municipal – em específico, a falta de oferta de vagas em escolas de educação infantil suficientes para atender à demanda – por meio do processo dedutivo, testa a proposição da ocorrência do objeto, envolvendo o problema de análise, por meio da investigação indutiva, a fim de realizar a testagem de suas hipóteses, conforme ensina Mezzaroba e Monteiro:

[...] o pesquisador elege o conjunto de proposições hipotéticas que acredita serem viáveis como estratégia de abordagem para se aproximar de seu objeto. No decorrer da pesquisa, essas hipóteses podem vir a ser comprovadas ou não mediante a experimentação, ou seja, a verificação de seu alcance e consistência. Perceba bem: são hipóteses viáveis, isto é, que poderão ser perfeitamente sustentadas durante a verificação, pelo menos em um primeiro momento. (MEZZAROBA; MONTEIRO, 2008, p. 68-69).

A pesquisa busca identificar as causas do fenômeno estudado neste artigo com o escopo explicativo, pois segundo Severino, a pesquisa dessa natureza, é a que, “[...] além de registrar e analisar os fenômenos estudados busca identificar suas causas, seja através da aplicação do método experimental/matemático, seja através da interpretação possibilitada pelos métodos qualitativos.” (SEVERINO, 2007, p. 123). A geração de dados é efetuada por meio de documentação indireta com utilização da doutrina, da legislação e de jurisprudência.

Para a melhor exposição do estudo, organiza-se o trabalho em três seções: a primeira, resgata a teoria acerca do direito das crianças à educação infantil; a segunda, da solicitação de vagas para a educação infantil no âmbito jurídico; e a terceira, das políticas adotadas pelo Poder Municipal para atender à demanda.

1 O DIREITO DA CRIANÇA À EDUCAÇÃO INFANTIL

A Constituição Federal traz que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1998).

Os entes federativos brasileiros, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação pública. Assim sendo, o município deve assegurar o acesso à educação infantil, garantindo o atendimento em creche ou pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, com absoluta prioridade. Esse direito à educação infantil constitui fundamento social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Lei n.º 9.394/96, de Diretrizes e Bases da Educação, prevê a responsabilidade do ente público pela oferta de vagas em creche e pré-escola e em escola de ensino fundamental, gratuitamente, por serem etapas

imprescindíveis à educação das crianças, sob pena de ser-lhe imputado crime de responsabilidade (BRASIL, 1996).

O próprio Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, no artigo 54, atribui ao Estado o dever de assegurar à criança o atendimento em creche e pré-escola, entre zero a seis anos de idade, bem como em ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ela não tiveram acesso na idade própria (BRASIL, 1990).

Cabe salientar que, com o advento da Emenda Constitucional nº 53/2006, a qual torna adequado o texto constitucional à nova sistemática da educação básica, passando a determinar o ingresso no ensino fundamental aos seis anos de idade, igualmente há uma alteração na faixa de idade para o acesso às creches e às pré-escolas, estipulado para as crianças de até cinco anos de idade (BRASIL, 2006).

Conforme Alexandre de Moraes, a educação “[...] é mais compreensivo e abrangente que a mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando.” (MORAES, 2014, p. 858).

O jurista Alexandre de Moraes transcreve em sua obra o julgamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (Relator), do Agravo de Instrumento n.º 596.927-6/SP, de 15 de fevereiro de 2007:

[...] a educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordinando a questões de puro pragmatismo governamental. Os municípios – que atuam, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. (MORAES, 2014, p. 858).

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, dispensada às crianças para o seu desenvolvimento integral, figurando como primeira etapa do processo de sua educação. Essa prerrogativa impõe ao município, por efeito da alta significação social da educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das crianças até cinco anos de idade, o efetivo acesso e atendimento em creches e pré-escolas, sob pena de configurar omissão do Poder Executivo Municipal o não cumprimento de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.

Cabe ao Poder Executivo a elaboração e a execução de políticas públicas para atender às demandas municipais referentes à prestação constitucional que lhe é imposta, porém, quando isso não ocorre, ou ocorre de maneira ineficiente, abre-se a necessidade da busca da tutela jurisdicional para que se tenha atendida a pretensão resistida das famílias perante o ente estatal, amparado no texto constitucional, pois a todos é assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse sentido, o jurista Norberto de Almeida Carride transcreve em sua obra o julgamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello (Relator), do Recurso Especial 436996-SP, de 26 de outubro de 2005:

Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. (CARRIDE, 2006, p. 193).

De acordo com Elias, o atendimento do Estado às crianças em creches pré-escolas e escolas de educação infantil é de extrema importância, especialmente para as mães que necessitam trabalhar para compor o orçamento doméstico (ELIAS, 2009). Na sociedade moderna, essa necessidade intensifica-se, haja vista que, por vezes, a mãe é o “esteio” familiar e muitas vezes

responsável por todo orçamento, conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE:

Santa Rosa	
Proporção de famílias em que a mulher era responsável pela família, nas famílias únicas e conviventes principais, residentes em domicílios particulares, em relação ao total de famílias.	32,6 %
Proporção de famílias em que a mulher era responsável pela família, do tipo casal com filho, nas famílias únicas e conviventes principais, residentes em domicílios particulares, em relação ao total de famílias do tipo casal com filho.	22,4 %
Proporção de famílias em que a mulher era responsável pela família, do tipo responsável sem cônjuge com filho, nas famílias únicas e conviventes principais, residentes em domicílios particulares, em relação ao total de famílias do tipo responsável sem cônjuge com filho.	86,8 %

Ilustração 1: Porcentagem de famílias santa-rosenses em que a mulher é a responsável familiar em relação às demais famílias.

Fonte: Censo Demográfico (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Diante dessa realidade, não se pode esquecer que o acesso à educação é direito indisponível da criança e do adolescente e, portanto, responsabilidade do Estado e da família. Assim, quando o Poder Legislativo e/ou Poder Executivo não atendem como deveriam à demanda de necessidades sociais da população, há tendência à judicialização de políticas públicas. Diante dessa inoperância ou ineficiência, a população investe no Poder Judiciário, procurando acessar as vagas por meio de seus tribunais.

2 A BUSCA POR VAGAS EM ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL DE SANTA ROSA NO ÂMBITO JURÍDICO

Tendo em vista que o direito ao acesso à educação é líquido, certo e incontestável, poderá a família que não tenha seu pleito atendido junto ao ente estatal recorrer ao Poder Judiciário por meio de mandado de segurança, conforme prevê o inciso LXIX do artigo 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

No Município de Santa Rosa, na Região Noroeste do Rio Grande do Sul, constata-se que há solicitação judicial por vagas em escolas de educação infantil.

A resposta jurídica tem-se mantido favorável ao direito à educação, como se pode compreender, por meio do entendimento judicial proferido pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referente às Apelações Cíveis interpostas pelo Município em decorrência de sentenças procedentes de ações ajuizadas em seu desfavor, as quais tornam definitivas as liminares e o condena a fornecer as vagas em creches, em período integral, em estabelecimentos públicos adequados.

Expõe-se o seguinte a Ementa do Acórdão julgado em 12 de dezembro de 2013, pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul, referente à Apelação Cível nº 70057428344, oriunda da Comarca de Santa Rosa:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. FORNECIMENTO DE VAGA EM CRECHE. Direito à educação. Os entes federativos, cada qual em sua esfera, têm o dever de propiciar o acesso à educação. No caso, o Município tem o dever de assegurar o acesso à educação infantil. A educação é direito social, valor mínimo de uma sociedade que se pretende justa, livre e solidária, nos termos da Constituição da República. Condenação do Município ao pagamento de honorários em favor do FADEP. Configurada a pretensão resistida é adequada à condenação do Município ao pagamento de honorários advocatícios. NEGARAM PROVIMENTO. (RIO GRANDE DO SUL, 2013) [grifonosso].

Também, a Ementa do Acórdão julgado em 20 de novembro de 2014, pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, referente à Apelação Cível nº 70061908380, oriunda da Comarca de Santa Rosa:

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. MUNICÍPIO DE SANTA ROSA. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE ACESSO À EDUCAÇÃO INFANTIL. VAGA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA. DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. 1. O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL CONSTITUI DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL, QUE DEVE SER ASSEGURADO PELO ENTE PÚBLICO MUNICIPAL, GARANTINDO-SE O ATENDIMENTO EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 208, IV, DA CF/88. 2. OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS NA SENTENÇA DEVEM SER MANTIDOS, POIS QUE OBSERVADA A PREVISÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. APELAÇÃO DESPROVIDA. (RIO GRANDE DO SUL, 2014) [grifo nosso].

Além, a Ementa do Acórdão julgado em 08 de outubro de 2015, pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do sul, referente à Apelação Cível nº 70066017880, oriunda da Comarca de Santa Rosa:

AÇÃO ORDINÁRIA. ECA. DIREITO À EDUCAÇÃO. VAGA EM CRECHE. DEVER DO MUNICÍPIO. CONSTITUI DEVER DO MUNICÍPIO ASSEGURAR ÀS CRIANÇAS O ACESSO À EDUCAÇÃO, CABENDO-LHE GARANTIR VAGA NA REDE PÚBLICA OU, ENTÃO, NA REDE PRIVADA, ÀS SUAS EXPENSAS. RECURSO DESPROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2015) [grifo do autor].

Diante desses excertos documentais, percebe-se que as decisões aderem ao proposto pela Constituição Federal que trata a educação como um direito fundamental social, o qual faz parte da essência humana e como tal deve ser garantida pelo Estado para que se tenha uma sociedade justa, livre e solidária (BRASIL, 1988). A indagação que se procura responder na seção posterior é: em que medida as políticas públicas têm-se mostrado suficientes para atender à demanda da população por vagas em estabelecimentos de educação infantil no Município de Santa Rosa?

3 AS POLÍTICAS ADOTADAS PELO PODER MUNICIPAL DE SANTA ROSA PARA O ACESSO A VAGAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL

A cada quatro anos, o Município elabora o seu Plano Plurianual de Educação e, anualmente, são produzidos pelo Executivo municipal e aprovados pela Câmara de Vereadores, a Lei de Diretrizes Orçamentária e a Lei do Orçamento Municipal, as quais definem as receitas, as despesas e os investimentos que serão realizados para a oferta da educação municipal em cumprimento à legislação vigente (SANTA ROSA, 2015).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação atribui à União a competência de elaborar o Plano Nacional de Educação, em colaboração com seus Estados, o Distrito Federal e os Municípios, bem como atribui aos Estados, neste caso o Rio Grande do Sul, elaborar e executar as políticas e os planos educacionais, em

consonância com as diretrizes e os planos nacionais de educação, integrando e coordenando as suas ações e as dos seus municípios (BRASIL, 1996).

O Plano Nacional de Educação, aprovado pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, estabelece aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios o dever de elaborar seus correspondentes planos de educação ou adequar os planos já aprovados em lei, em consonância com as diretrizes, as metas e as estratégias previstas, no prazo de um ano contado da publicação da Lei nº 13.005 (BRASIL, 2014).

A elaboração do Plano Municipal de Educação de Santa Rosa iniciou-se em setembro de 2014, com a formação da Comissão Coordenadora, a qual definiu oito grupos de trabalho para a discussão das vinte metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação, dos quais se analisa o tocante à educação infantil.

Segundo o Plano Municipal de Educação, a meta é universalizar, até 2016, a educação infantil nas pré-escolas para as crianças de quatro a cinco anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, cinquenta por cento das crianças de zero a três anos até o final da vigência desse plano.

Leva-se em consideração o número crescente de matrículas na Educação Infantil do Município, conforme apresentam os quadros:

Ano	Hospital Vida & Saúde	Hospital Dom Bosco
2010	944	04
2011	984	08
2012	1.032	11
2013	1.030	14
2014 Até o mês de setembro	886	09
Total em 2014 Até setembro	895	

Ilustração 2: Número de nascidos vivos em Santa Rosa – RS.

Fonte: Associação Hospital Vida & Saúde e Associação Hospital Dom Bosco (SANTA ROSA, 2014).

Escola Municipal de Educação Infantil – EMEI		Nº de Inscrições
01	EMEI Amiguinhos da Balneária	30

Continuação da Ilustração 3

02	EMEI Bem-Me-Quer	43
03	EMEI Caminhos do Saber	17
04	EMEI Crescer Feliz	43
05	EMEI Criança Esperança	50
06	EMEI Criança Feliz	45
07	EMEI Espaço da Criança	40
08	EMEI Heróis do Futuro	11
09	EMEI Jeito de Criança	54
10	EMEI Mãe Operária	62
11	EMEI Mundo da Criança	30
12	EMEI Mundo Encantado	31
13	EMEI Olhar de Criança	56
14	EMEI Paulo Freire	32
15	EMEI Recanto da Criança	16
16	EMEI São Francisco de Assis	33
17	EMEI Sonho Infantil	31
Total de alunos aguardando vaga/outubro 2014		624

Ilustração 3: Lista de espera por vaga nas Escolas Municipais de Educação Infantil na faixa de zero a três anos de idade em Santa Rosa – RS.

Fonte: Secretaria Municipal de Educação e Juventude (SANTA ROSA, 2014).

Ao analisar os dados, percebe-se que há uma demanda considerável para ser atendida pelo Poder Executivo Municipal no tocante à acessibilidade às vagas em estabelecimentos de educação infantil para crianças de zero a três anos e que essa demanda tende a se manter, levando-se em consideração o número de nascidos vivos nos últimos cinco anos.

Em decorrência disso, em 29 de maio de 2015, entrou em vigor a Lei Municipal nº 5.219/15, a qual dispõe sobre o Plano Municipal de Educação-PME, o qual terá a vigência de dez anos. Tem como diretrizes, dentre outras:

- a) a universalização do atendimento escolar;
- b) a melhoria da qualidade da educação;
- c) a superação das desigualdades educacionais;
- d) o estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto-PIB, que assegure

atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade;

- e) a valorização dos profissionais da educação;
- f) e a promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental (SANTA ROSA, 2015).

Está previsto no PME que a execução e o cumprimento de suas metas serão objetos de monitoramento contínuo e de avaliações periódicas, realizadas pelas seguintes instâncias municipais: Comissão Coordenadora da Secretaria Municipal de Educação e Juventude; Comissão de Educação da Câmara de Vereadores; Conselho Municipal de Educação-CME; e Conferência Municipal de Educação.

Cabe a esses órgãos municipais divulgar os resultados do monitoramento e das avaliações nos respectivos sítios institucionais da internet, analisando e propondo políticas públicas para assegurar a implementação das estratégias e o cumprimento das metas, além de investigar periodicamente o percentual de investimento público em educação (SANTA ROSA, 2015).

O PME traz o diagnóstico da Educação Infantil do Município, estabelecendo esta como prioridade da atual Política Pública Municipal e, segundo o diagnóstico, apesar da demanda de 624 (seiscentos e vinte e quatro) crianças de zero a três anos fora da escola, já atingiu a universalização da educação infantil de quatro a cinco anos de idade prevista para 2016, em 2015, ainda com vagas em aberto para serem preenchidas (SANTA ROSA, 2015).

O PME prevê, ainda, que o Poder Executivo Municipal deverá promover a realização de Conferências Municipais de Educação a cada dois anos, até o final do decênio, precedidas de conferências articuladas e coordenadas pela Comissão Coordenadora do PME, sendo que se propõe que aconteça a primeira no ano de 2017 (SANTA ROSA, 2015).

Assim, constata-se que, diante da exigência legal, o PME apresenta metas de ampliação da oferta em estabelecimentos de educação infantil para o acesso de, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de zero a três anos até o final da vigência do referido plano. Com efeito, já que a vigência do PME é de dez

anos, deduz-se que a meta do município é a de ampliar as vagas para atender, aproximadamente, 312 (trezentos e doze) crianças (contabilizando os números divulgados até outubro de 2014).

Consequentemente, serão dez anos de trabalho e de implementação de políticas públicas para o atendimento de, apenas, em média, 312 crianças, o que não se mostra o suficiente para o número crescente de matrículas na Educação Infantil do Município, considerando o número de crianças nascidas vivas nos últimos anos.

A partir desse resultado, percebe-se que, embora haja um projeto em curso, não há uma situação ideal no Município no tocante à assistência aos infantes na questão delimitada. Vê-se que a tentativa de minimizar o problema é precária, com a adoção de políticas públicas em médio e em longo prazo que não conseguirão, mediante os prognósticos, atender à demanda da população por acessibilidade a vagas de forma efetiva.

Entende-se, por meio dos dados analisados da pesquisa em processo, que, mesmo o Poder Executivo de Santa Rosa demonstrando interesse em se adequar à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, é notória, pelas informações constatadas, a urgência de solução mais eficiente, uma vez que se está conduzindo uma questão vital ao desenvolvimento cognitivo e social de crianças as quais, fora da escola no tempo previsto, em virtude da situação, estão fadadas a esperar por sua inserção educacional, comprometendo a sua qualidade de vida e da sua família, e caracterizando-se como um caso de omissão governamental.

Dessa maneira, cabe ao Poder Judiciário estabelecer direcionamentos, por meio do entendimento judicial de situações em que se recorre legalmente ao direito à educação, e optar pela condenação ao fornecimento de vagas em creches, em período integral, em estabelecimentos públicos adequados, a fim de minimizar o prejuízo da população sujeita a esse demérito. Além disso, é necessário que a sociedade santarosense cumpra com seu dever de cidadania e cobre providências cabíveis do Município, fiscalizando as ações públicas nesse quesito.

CONCLUSÃO

Considerando que o presente trabalho trata de tema de pesquisa monográfica, em andamento, objetiva compreender, ainda de maneira incipiente, em que medida há políticas públicas pertinentes em relação aos estabelecimentos de educação infantil no Município de Santa Rosa para atender à demanda da população por acessibilidade a vagas.

Com a investigação, entende-se que o Poder Executivo de Santa Rosa está procurando adequar-se à Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, cuja normativa mais recente é a Lei 5.219, de maio de 2015, a qual dispõe sobre o Plano de Educação Municipal, estabelecendo as metas a serem alcançadas e definindo as instâncias municipais para avaliar e monitorar a sua execução pelo poder público.

Na pesquisa, verifica-se que a demanda de crianças de zero a três anos de idade esperando vagas nas creches do Município de Santa Rosa, até outubro de 2014, computa 624 (seiscentos e vinte e quatro) infantes. Um dado alarmante que denota o descaso, pelo menos até então, do poder governamental. Nota-se que, geralmente, é necessária a imposição legal e a intervenção judicial, a fim de que se possa proteger a população de abusos no tocante aos seus direitos fundamentais.

Assim sendo, espera-se, por meio deste estudo, que se esteja contribuindo com a comunidade interna e externa à academia ao reconhecimento de que as políticas públicas devem ser efetivadas por meio de esforços conjuntos: dos legisladores, para produzirem normativas que privilegiem a população de forma equitativa acerca de seus direitos; dos governantes, que se preocupem e ajam com discernimento em prol de seus cidadãos; e dos juristas, que defendam esses direitos quando não estejam sendo respeitados.

Entretanto, é fundamental o papel do cidadão na investidura de sua autonomia democrática para exigir comportamento digno desses três setores de poder em prol de si e de seus semelhantes. Entender o dever constitucional do Município em garantir o acesso das crianças às escolas de educação infantil

propicia a oportunidade de compreendê-las como seres integrantes da sociedade e merecedoras de toda a atenção do Estado.

Espera-se, portanto, que a pesquisa tenha a repercussão necessária para tornar essa questão mais conhecida e discutida, de forma a evidenciar a necessidade de judicialização de políticas públicas quando não se percebem respostas mais efetivas do poder governamental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. **Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Lei de diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 23 abr. 2015.

_____. **Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014**. Plano Nacional de Educação. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 jun. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm> Acesso em: 10 maio. 2015.

CARRIDE, Norberto de Almeida. **Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado**. Campinas, SP: Servanda, 2006.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA: **Cidades**.

Disponível em:

<<http://www.cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=431720&idtema=13&search=rio-grande-do-sul|santa-rosa|sistema-nacional-de-informacao-de-genero-uma-analise-dos-resultados-do-censo-demografico-2010>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. rev. São Paulo: Atlas, 2014.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70057428344**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Rui Portanova, Julgado em 12/12/2013. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113510855/apelacao-civel-ac-70057428344-rs/inteiro-teor-113510864>>. Acesso em: 20out. 2015.

_____. **Apelação Cível Nº 70061908380**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 20/11/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153336822/apelacao-civel-ac-70061908380-rs>>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. **Apelação Cível Nº 70066017880**, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 08/10/2015. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=Apela%C3%A7%C3%A3o+C%C3%A2vel+N%C2%BA+70066017880&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=testamento&site=emenاريو&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A8.cr%3A11.crr%3A351&as_q=inmeta%3Adj%3Adaterange%3A2015-10-08..2015-10-08+#main_res_juris>. Acesso em: 20out. 2015.

SANTA ROSA. **Projeto de Lei nº 26, de 23 de abril de 2015**. Prefeitura Municipal, Santa Rosa, RS, 18 maio. 2015. Disponível em: <<http://www.camarasantarosa.rs.gov.br/index.php?i=projeto&id=2>> Acesso em: 20maio. 2015.

_____. **Lei nº 5.219, de 29 de maio de 2015**. Dispõe sobre o Plano Municipal de Educação-PME e dá outras providências. Disponível em: <http://servicos.santarosa.rs.gov.br/atende.net/include/aut/aut_execute.php?CIDADE=padrao&proc=lgw_imprime_lei&cod=5529> Acesso em: 20maio. 2015.

SEVERINO, Joaquim Antônio. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

**O TRATAMENTO DA HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA FRENTE
AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E A RESERVA DO POSSÍVEL**Stefan Hanatzki Siglinski¹**RESUMO**

A hemoglobinúria paroxística noturna é uma doença rara e praticamente sem cura, cujos tratamentos existentes são paliativos. Dentre os tratamentos há o uso do medicamento Soliris (eculizumabe), de alto custo, sem registro na ANVISA, e cuja eficácia, qualidade e segurança ainda são questionados. Assim, a União, condenada em inúmeros casos para fornecê-lo, vem tentando mudar esse cenário, uma vez que, além de haver expressa vedação legal ao fornecimento de medicamentos não registrados na agência competente, a falta de segurança no seu uso afronta o direito fundamental à segurança, o qual deve prevalecer, nesses casos, frente ao direito fundamental à saúde, bem como deve haver a aplicação da teoria da reserva do possível, uma vez que não parece razoável e proporcional seu fornecimento, ante o dispêndio de parcela significativa do orçamento para atender casos pontuais, prejudicando as políticas públicas que visam garantir a saúde para a coletividade. Com o objetivo de demonstrar que o direito fundamental à saúde pode ceder ao direito fundamental à segurança quando o medicamento não estiver registrado na ANVISA, bem como deve ser aplicada a teoria da reserva do possível quando tratar-se de tratamentos de alto custo, o presente trabalho utiliza o método de abordagem dialético e a metodologia empregada, quanto à fonte de pesquisa, é imediata formal.

Palavras-chave: Hemoglobinúria Paroxística Noturna – Soliris – Direito Fundamental à Saúde – Reserva do Possível.

RESUMEN

La PNH es una rara y prácticamente sin curación, cuyos tratamientos existentes son paliativos. Entre los tratamientos con la medicina Soliris (eculizumabe), alto costo, no hay registro en ANVISA y cuya efectividad, calidad y seguridad todavía son cuestionadas. Por lo tanto, la Unión, condena en muchos casos para proveer de usted, tratando de cambiar esta situación, ya que, además ser expresado sello legal el suministro de medicamentos no registrados en el organismo competente, la falta de seguridad en su uso afronta el derecho fundamental a la seguridad, que debe prevalecer en estos casos, frente al derecho

¹ Oficial Subalterno do Exército Brasileiro (1º Tenente R/2). Bacharel em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo – IESA. Especialista em Direito Público pela Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS). Pós-graduando em Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo - IESA. stefan@assisnet.com.br

fundamental a la salud, como bien ya que debe ser la aplicación de la teoría de la posible reserva. Puesto que no parece razonable y proporcional su fuente, en comparación con el gasto de parte importante del presupuesto para todos los casos individuales, dañar las políticas públicas encaminadas a garantizar la salud para el colectivo. En orden a demostrar que el derecho fundamental a la salud puede producir al derecho fundamental a la seguridad cuando la medicina no está registrada en ANVISA, así como aplicar la teoría de la posible cuando se trata de tratamientos de alto costo, este trabajo utiliza el método del enfoque dialéctico y la metodología utilizada, el origen de la investigación, es inmediata.

Palabras Claves: Hemoglobinuria Paroxística Nocturna – Soliris – Derecho Fundamental a la Salud – Reserva Posible.

INTRODUÇÃO

O direito a saúde, como direito fundamental de 2ª dimensão, é de importância inquestionável, ante a sua indispensabilidade para efetivação da dignidade humana e a sua indissociabilidade do direito à vida. Insculpido na Carta Magna como direito social, e em seção própria, como direito de todos e dever do Estado, com status de direito subjetivo, pode ser judicializado para garantia de sua efetivação.

Fruto dessa possibilidade, aliada aos déficits e as deficiências do sistema público de saúde, bem como das políticas públicas ineficazes nessa área, há uma enxurrada de demandas no judiciário visando à concretização do preceito constitucional de que a garantia da saúde é direito de todos e dever do Estado.

Entretanto, a busca da concretização desse direito social e a sua satisfação pelos tribunais têm causado reflexos nas políticas públicas, diante da escassez de recursos para suprir a demanda de gastos da máquina pública, sendo apontada, pelos gestores, como motivo para a atual instabilidade do sistema público de saúde.

Dentre as diversas demandas que visam compelir o poder público a fornecer ações na área da saúde, sobressaem as que possuem como objeto principal o fornecimento de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, discussão esta que se encontra em repercussão geral no STF. E dentre essas demandas, destacam-se as que buscam o fornecimento do fármaco Soliris (eculizumabe), medicamento considerado eficaz para o tratamento da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN), mas não curativo.

Dividido em três momentos, o estudo incide, primeiramente, na análise da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna, bem como na definição do termo saúde e no estudo da evolução histórica da saúde pública, até sua constitucionalização. Dando andamento ao trabalho, passa-se à análise dos argumentos de defesa por parte do poder público quando instado a defender-se nas ações judiciais que buscam a concretização dos direitos sociais.

Por fim, aprecia-se o objeto do presente trabalho, com o estudo das regras da ANVISA para registro de medicamentos, bem como a questão legal relacionada ao fornecimento do fármaco Soliris perante o ordenamento jurídico, sob o enfoque da possibilidade de restrição do direito à saúde em prol do direito à segurança.

Assim, pertinente o presente estudo a fim de verificar a possibilidade de fornecimento de fármacos não registrados pela ANVISA, frente ao direito fundamental à saúde, à teoria da reserva do possível e ao direito fundamental à segurança, aliada ao comprometimento do acesso dos demais usuários às políticas públicas.

1 HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA, A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E A SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

Antes de adentrarmos na análise do termo saúde, da evolução da saúde pública no Brasil e a sua constitucionalização, faz-se necessário estudar a doença objeto desse trabalho, a fim de melhor a compreendermos.

1.1 HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA (HPN)

A Hemoglobinúria Paroxística Noturna, segundo Arruda, é uma “[...] anemia hemolítica crônica adquirida rara, de curso clínico extremamente variável.” (ARRUDA, 2010, p. 214). Doença crônica, rara e até o presente momento praticamente sem cura, para a qual há apenas tratamentos que a controlam e proporcionam melhor qualidade de vida aos pacientes que a possuem.

Em outros termos, a “[...] destruição súbita (paroxística) de grande quantidade de glóbulos vermelhos, que pode ocorrer em qualquer momento, e não só durante a

noite (nocturna), faz com que a hemoglobina seja lançada no sangue. Os rins então filtram a hemoglobina, o que escurece a urina (hemoglobinúria) [...]” (MANUAL, 2015).

A hemoglobina é uma proteína que está presente nas hemácias e é responsável pelo transporte de nutrientes e oxigênio para as células do corpo. Assim, a destruição dos glóbulos vermelhos, onde ela se encontra, causa o estreitamento dos vasos sanguíneos, fadiga intensa, dor no abdômen e no tórax, aumentando o risco de trombose, principal causa de morte nos pacientes com HPN.

Esta doença “[...] apresenta-se frequentemente com infecções recorrentes, neutropenia e trombocitopenia, e surge em associação com outras doenças hematológicas, especialmente com síndromes de falência medular, como anemia aplásica e síndrome mielodisplásica [...]” (ARRUDA, 2010, p. 214).

Ainda, ela é considerada “[...] um tipo de trombofilia adquirida, apresentando-se com trombozes venosas variadas, com especial predileção por trombose de veias hepáticas e intra-abdominais, sua maior causa de mortalidade [...]” (ARRUDA, 2010, p. 214).

Por ser de difícil detecção, sua incidência não é totalmente conhecida. Da mesma forma, os tratamentos para a referida doença ainda estão em fase de estudo. O único tratamento curativo para a HPN é o Transplante de células Tronco Hematopoiéticas (TCTHa).

Os demais tratamentos existentes são paliativos, e apenas amenizam os efeitos da doença, proporcionando pequena melhora na qualidade de vida. São eles os “[...] imunossupressores, os androgênios, as transfusões sanguíneas, a reposição de ferro e ácido fólico e a anticoagulação [...]” (BRASIL, 2012, p. 17).

Ainda, há o fármaco Soliris (eculizumabe), o qual tem sido apontado como o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da HPN, entretanto, o mesmo é produzido no exterior, de custo elevado, e não possui registro na ANVISA, fato este que, em princípio, impede sua comercialização e, conseqüentemente, seu fornecimento no território nacional, conforme se estudará adiante.

Feitas essas considerações a respeito da doença objeto deste trabalho, passa-se à análise do que se entende por saúde, bem como a sua elevação à categoria de direito fundamental do homem e posterior constitucionalização.

1.2 A SAÚDE PÚBLICA NO BRASIL E SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

A saúde, do ponto de vista popular, tem sido entendida como sinônimo de ausência de doença. Entretanto, para a Organização Mundial de Saúde (OMS), "[...] saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença [...]" (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Assim, a saúde está diretamente associada a fatores externos ao homem, pois o processo [...] "saúde-doença é um processo social caracterizado pelas relações dos homens com a natureza [...] e com outros homens (através do trabalho e das relações sociais, culturais e políticas) num determinado espaço geográfico e num determinado tempo histórico [...]" (TANCREDI; BARRIOS; FERREIRA, 1998, p. 11).

Dessa forma, tem-se o reconhecimento de que para ter saúde não basta apenas o equilíbrio interno do homem, mas também deste com o ambiente em que vive. Além do mais, a saúde possui relação direta com o direito à vida e com o princípio da dignidade da pessoa humana. Referidos bens jurídicos são tutelados pela constituinte em primeiro plano, pois o Estado tem o dever de zelar pela saúde e pelos demais direitos sociais que garantam a existência digna do indivíduo.

Compreendido o termo saúde, passa-se a análise da sua trajetória histórica, pois a saúde pública no Brasil, tal qual a temos hoje, é fruto da evolução que tem sofrido ao longo dos séculos. Ela, segundo Barroso, teve início "[...] ainda no século XIX, com a vinda da Corte portuguesa [...]" (BARROSO, 2008, p. 20). Entretanto, não era abrangente como o é agora, pois "[...] nesse período eram realizadas apenas algumas ações de combate à lepra e à peste, e algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas [...]" (BARROSO, 2008, p. 20).

As ações curativas só tiveram início na década de 30, quando houve a estruturação básica do sistema público de saúde. Ainda, nessa época a saúde

pública não era universalizada, pois seu acesso era restrito aos trabalhadores que contribuíam para “[...] os Institutos de Previdência, os conhecidos IAPs, que ofereciam serviços de saúde de caráter curativo [...]” (BARROSO, 2008, p. 20).

Já no cenário internacional, a saúde ganhou destaque com a criação da OMS, em 1948, cujo objetivo é alcançar o nível mais elevado possível de saúde para todos os povos, e com a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual a insculpiu como direito humano fundamental em seu art. 25, no qual afirma que “[...] todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis [...]” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, p. 13).

No Brasil, o direito à saúde ganhou maior destaque na Constituição Federal de 1988, a qual o insculpiu como direito social em seu art. 6º, elevando-a a categoria de direito humano fundamental. Ainda, com a promulgação da atual Carta Magna, houve a universalização do acesso à saúde, uma vez que esta instituiu o Sistema Único de Saúde (SUS), em seu art. 198, o qual tem como diretriz o atendimento integral, e garantiu em seu art. 196 que a “[...] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação [...]” (BRASIL, 1988).

Diante dessa previsão de garantia do direito a saúde como dever do Estado, aliada às garantias de petição aos poderes públicos em defesa de direitos e da inafastabilidade do poder judiciário diante de lesão ou ameaça a direito, começaram a surgir demandas buscando concretizar este direito social, ante a ineficiência do Sistema Único de Saúde em atender as necessidades básicas da população.

Teve início, assim, a onda de ações que buscam o fornecimento de cirurgias, de medicamentos e de tratamentos que não são custeados pelo SUS, ou que, embora custeados, não são providos ininterruptamente, sob o fundamento de que é dever do Estado prestar a saúde integral aos cidadãos.

Dentre esses pleitos, destacam-se os que buscam o fornecimento de fármacos de procedência estrangeira, de alto custo e não registrados pela ANVISA,

autarquia responsável por conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação, entre os quais o medicamento objeto do presente estudo.

Como defesa nas demandas que pleiteiam a efetivação de direitos sociais, o Estado tem se socorrido aos mais diversos argumentos, dentre os quais a violação ao princípio da separação dos poderes, a insuficiência de recursos financeiros para atender as enormes demandas da sociedade nas mais diversas áreas (saúde, educação, assistência social, etc.), e a sua vinculação a dotação orçamentária.

A realização dos direitos sociais demanda ações positivas por parte do Estado para sua efetivação. Essa efetivação esbarra na escassez de recursos e nas escolhas de prioridades por parte dos administradores públicos no momento da destinação das verbas públicas. Essa insuficiência de recursos para fazer frente às demandas sociais tem sido resumida na teoria alemã da reserva do possível.

2 A TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL, O MÍNIMO EXISTENCIAL E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Instado a contestar as demandas que visam à satisfação de direitos sociais, o Poder Público tem-se usado de inúmeros argumentos, dentre os quais a insuficiência de recursos para satisfazer as inúmeras necessidades sociais nas mais diversas áreas, argumento este que pode ser sintetizado na teoria da reserva do possível, e a afronta ao princípio da separação dos poderes.

2.1 A RESERVA DO POSSÍVEL E O MÍNIMO EXISTENCIAL

A teoria da reserva do possível vem sendo utilizada como um dos fundamentos de defesa por parte do Estado, na tentativa de eximir-se de cumprir algumas de suas obrigações, sob o argumento da insuficiência de recursos. A invocação desta teoria tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, diante da sua utilização na tentativa de esquiva, por parte do Estado, na implementação de direitos, em especial os sociais, constitucionalmente assegurados aos cidadãos.

Diante disso, necessário tecermos algumas considerações a respeito da mesma, a fim de esclarecer qual seu real sentido quando da sua criação pelos alemães, bem como sua aplicabilidade na jurisprudência brasileira. Utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão, em julgamento proferido em 1972, quando na ocasião se discutiu as restrições de acesso ao ensino superior, o princípio da reserva do possível tem origem no termo *numerus clausus*,

[...] sendo traduzido como aquilo que o sujeito pode razoavelmente esperar do Estado e o Estado pode razoavelmente se negar a conceder ao sujeito, sem vulnerar comandos constitucionais. Naquela situação, dois estudantes haviam concorrido para uma vaga no curso de Medicina, nas universidades de Bavária e Hamburgo, atingindo a nota necessária para ingresso no curso, ficando fora da quantidade de vagas existentes. As Cortes Administrativas acionadas pelos jovens, solicitaram à Corte Alemã que se manifestasse sobre a constitucionalidade de referida regra. A Corte salientou que referida regra (*numerus clausus*) se tornou necessária diante da incompatibilidade entre a oferta e a demanda de vagas nos cursos universitários, bem como, e principalmente, para manutenção de uma estrutura adequada das instituições. Apesar das dificuldades, a Corte ressaltou que o Estado Alemão vinha envidando esforços no sentido de expandir as vagas existentes, dentro daquilo que era “razoavelmente possível”. Em sua decisão, referida Corte afirmou que os *numerus clausus* somente limitavam o acesso dos candidatos às vagas almejadas, sem lhes violar qualquer direito; destacou, ainda, a desnecessidade de pronunciar-se sobre a exigibilidade de tal direito, por entender não ter havido a correspondente violação, uma vez que o Estado alemão tinha agido dentro do que a corte veio a chamar de reserva do possível. (MARINHO, 2013).

Assim, conforme essa teoria, no seu sentido original, o Estado não está obrigado a prestar aquilo que foge aos limites do razoável, não podendo ser entendido como limite, essencialmente, à falta de recursos financeiros. Neste sentido, Mânica afirma que a referida teoria, “[...] tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação [...]” (MÂNICA, 2011, p. 11).

Adotando a compreensão original da cláusula, Sarlet e Figueiredo afirmam que a prestação reclamada judicialmente “[...] deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade [...] mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de

prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável [...]” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 11).

Devido a sua propagação, a referida teoria também passou a ser utilizada no Brasil, entretanto um pouco desvirtuada da sua noção original, haja vista que doutrina e jurisprudência têm se referido a mesma, em diversas ocasiões, tão somente como reserva da disponibilidade financeira.

Nesta acepção, Barcellos refere que “[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas [...]” (BARCELLOS, 2011, p. 276). Segundo entendimento exarado pela 2ª Turma do STJ, em julgamento do REsp 1.185.474/SC, cujo relator foi o Ministro Humberto Martins,

[...] doutrina e jurisprudência germânica, conscientes da existência de limitações financeiras, elaboraram a teoria da "reserva do possível" [...] segundo a qual os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. (BRASIL, 2010).

Vê-se, portanto, que tanto doutrina quanto jurisprudência utilizam a teoria da reserva do possível nas duas acepções. Entretanto, conforme visto, têm dado maior enfoque na questão financeira associada à referida teoria, deixando para segundo plano a questão da razoabilidade da prestação reclamada pelo cidadão. Ainda, sobre a mencionada cláusula, conforme afirmou o Ministro Humberto Martins em seu voto no REsp 1.185.474/SC,

[...] o Tribunal Constitucional Federal Alemão, ao buscar desenvolver a noção da "reserva do possível", firmou o entendimento de que esta apresenta, pelo menos, uma dimensão tríplice:

- a) uma dimensão fática, que diz respeito à efetiva disponibilidade dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) uma dimensão jurídica, que guarda conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias e;
- c) por fim, na perspectiva de eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade e razoabilidade da prestação, ou seja, aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. (BRASIL, 2014).

Todos os aspectos da tríplice dimensão guardam, além do vínculo entre si, conexão com outros princípios constitucionais, entre os quais o da dignidade da pessoa humana. Este, por sua vez, é o centro de irradiação dos direitos fundamentais. E dentre dos direitos fundamentais, inclui-se o mínimo existencial. É no direito ao mínimo existencial que a teoria encontra ressalva a sua aplicação.

O mínimo existencial, segundo Barroso, “[...] corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público [...]” (BARROSO, 2008, p. 19).

Ou conforme define Souza, é o direito que cada ser humano possui “[...] às condições mínimas indispensáveis para a existência humana digna, que não pode ser objeto de intervenção do Estado, mas que exige prestações positivas deste. Consiste, então, a um padrão mínimo de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado [...]” (SOUZA, 2013).

Há entendimento jurisprudencial de que a teoria da reserva do possível não possui aplicabilidade quando se tratar da garantia do mínimo existencial. Segundo voto do Ministro Humberto Martins, no REsp 1.185.474/SC, “[...] aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador [...] a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial [...]” (BRASIL, 2010).

Entretanto, esse entendimento não é uníssono, pois há possibilidade de aplicação da referida teoria no caso de “[...] comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos [...]” (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 13). Ainda, nesta acepção, é a decisão proferida pelo STF na ADPF nº 45:

[...] a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (BRASIL, 2004).

Neste sentido, traduzida como insuficiência de recursos, a teoria da reserva do possível “[...] tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto [...]” (MÂNICA, 2011, p. 13). Assim, havendo o esgotamento orçamentário, devidamente comprovado pelo poder público, resta inviável a realização do direito pleiteado, com a consequente aplicação da teoria da reserva do possível, mesmo diante de direitos sociais.

Feitas as considerações acima, importante relembrar que a cláusula da reserva do possível, tal qual adotada na decisão paradigma do *Numerus Clausus*, deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade, tanto por parte do indivíduo no seu pleito, quanto do Estado, no momento de negar o direito pleiteado, o que significa que as pretensões deduzidas em juízo deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, sob o critério da proporcionalidade, conforme será estudado.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Outro argumento de defesa recai no princípio da separação dos poderes, pois não cabe ao judiciário imiscuir-se nas atribuições do executivo, determinando a prestação de direitos sociais garantidos por intermédio de políticas públicas, uma vez que estaria modificando ou até criando políticas públicas, o que foge à sua competência.

Este argumento vem sendo rechaçado pelos tribunais superiores, sob o fundamento de que cabe ao judiciário a defesa das normas constitucionais quando o poder público mostrar-se omissos em cumprir os mandamentos da Lei Maior, em especial quando tratar-se de direitos fundamentais, foco da proteção do Constituinte. Neste sentido é o juízo do STJ, no REsp 1.185.474/SC, segundo o qual:

Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos

excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica violada. (BRASIL, 2010).

Com efeito, o argumento da violação ao princípio da separação dos poderes não merece prosperar, pois, assim como qualquer princípio constitucional, este não é absoluto, ainda mais quando se está diante de valores maiores como o direito a saúde, a vida e a garantia do mínimo existencial ao indivíduo. Ainda mais num país em desenvolvido onde as deficiências nos serviços públicos são alarmantes.

Tem-se, assim, no que toca a teoria da reserva do possível e a garantia do mínimo existencial, que estes devem ser ponderados sob os prismas da razoabilidade e da proporcionalidade, tal qual defendido em seu sentido original, haja vista que não há como garantir o direito a saúde, em sua plenitude, a mais de 200 milhões de cidadãos, com os poucos recursos do poder público, e sem afetar as políticas públicas nas demais áreas pertinentes ao serviço público.

3 A VEDAÇÃO AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO REGISTRADOS NA ANVISA: A POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM PROL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA.

Antes de adentrar no estudo específico da questão do fornecimento do medicamento Soliris (eculizumabe) para o tratamento da HPN, interessante demonstrar a reação do judiciário frente à enxurrada de demandas pleiteando a satisfação do direito fundamental à saúde, bem como seus reflexos no orçamento.

3.1 O JUDICIÁRIO FRENTE À ENXURRADA DE DEMANDAS VISANDO À SATISFAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Com o surgimento dos pleitos buscando a efetivação do direito à saúde, e consequentemente das políticas públicas nessa área, o judiciário viu-se instado a

manifestar-se sobre a efetividade dos comandos constitucionais para fazer valer os direitos fundamentais, frente às políticas públicas deficitárias.

Embora o Estado tenha apresentado diversos argumentos, dentre os quais, os acima referidos, não sensibilizou o judiciário, que num primeiro momento considerou de menor importância a problemática da escassez de recursos, deferindo os pleitos referentes a medicamentos, cirurgias e tratamentos de saúde, sob o fundamento de que a prestação da saúde é direito do cidadão e dever do Estado, estribados na interpretação ampliativa do art. 196 da CF.

Para ilustrar esse entendimento, transcreve-se parte do voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Ag Rg no RE 271.286-8/RS, para o qual:

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 [...] não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por omissão, em censurável comportamento inconstitucional. O direito público subjetivo à saúde 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 que visem a garantir a plena consecução dos objetivos proclamados no art. 196 da Constituição da República. (BRASIL, 2000).

Depreende-se da manifestação que prevalecia o entendimento de que a saúde, como direito constitucional indissociável do direito à vida, é dever do Estado, o qual não pode esquivar-se de prestá-la, mesmo sob a alegação de falta de recursos, sob pena de incorrer em comportamento inconstitucional.

Diante desse entendimento do STF, de que a questão financeira do Estado é de menor relevância diante do direito à saúde, constitucionalmente assegurado, e consequentemente, da inescapável certeza de êxito nas demandas que buscassem a efetivação desse direito social, essas ações multiplicaram-se nos últimos anos.

Apenas para ilustrar, o Ministério da Saúde, para cumprir determinações judiciais de fornecimento de medicamentos de alto custo, conforme exemplifica Bassete, gastou “[...] R\$ 2,24 milhões em 2005 contra R\$ 132,58 milhões em 2010 [...]” (BASSETE, 2011).

A judicialização exagerada do direito a saúde e o expressivo impacto no orçamento tem sido apontada pelos gestores públicos como os motivos para a atual instabilidade do sistema único de saúde.

Diante da elevada demanda judicial e da falta de critérios para deferimento dos pedidos, o próprio judiciário se viu obrigado a rever seu posicionamento, tornando, embora gradualmente, mais dificultoso o acesso a esse direito. Pode-se citar como marco da mudança a decisão proferida pela Ministra Ellen Grace, no julgamento da Suspensão de Segurança 3073/RN, na qual dispôs:

[...] a execução de decisões como a ora impugnada afeta o já abalado sistema público de saúde. Com efeito, a gestão da política nacional de saúde, que é feita de forma regionalizada, busca uma maior racionalização entre o custo e o benefício dos tratamentos que devem ser fornecidos gratuitamente, a fim de atingir o maior número possível de beneficiários. Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. No presente caso, ao se deferir o custeio do medicamento [...] está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade [...] Constato, também, que o Estado do Rio Grande do Norte não está se recusando a fornecer tratamento ao impetrante. É que, conforme asseverou em suas razões, "o medicamento requerido é um plus ao tratamento que a parte impetrante já está recebendo" [...] (BRASIL, 2007).

Conforme se depreende da decisão, a Ministra deu nova interpretação ao art. 196 CF, o reduzindo a garantia de acesso e a obrigação de cumprimento às políticas públicas na área da saúde por parte do Poder Executivo, e não mais a garantia incondicional de acesso individual e irrestrito a qualquer tratamento.

Ainda, reconheceu que a escassez de recursos é fator relevante a ser levado em consideração no momento de deferir pleito que visa o fornecimento de fármacos ou procedimentos de alto custo, ante a possibilidade de tal decisão abalar o sistema público de saúde e sua política de promoção, prejudicando, assim, a coletividade.

Por fim, reconheceu que não é proporcional e razoável que um indivíduo receba um fármaco que não lhe é indispensável, e que possui alto custo, quando já

vem recebendo tratamento médico adequado, pois estará retirando recurso do Estado que poderá ser empregado para fornecer tratamento a outros necessitados.

Diante da complexidade que envolve a questão da saúde pública e da importância que sua judicialização ganhou no cenário nacional, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes convocou a Audiência Pública nº4 para debater sobre o tema.

3.2 AUDIÊNCIA PÚBLICA Nº 4

Convocada em 05 de março de 2009 e realizada nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009, a Audiência Pública nº 4 teve por finalidade proporcionar um debate sobre a situação da saúde pública no Brasil e “[...] esclarecer questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e econômicas envolvidas nas decisões judiciais sobre a saúde [...] analisar [...] as consequências da atuação do Poder Judiciário para a ordem, a saúde e a economia públicas [...]” (BRASIL, 2009).

A referida audiência foi realizada com a presença de magistrados, promotores de justiça, defensores públicos, médicos, usuários do SUS, doutrinadores, gestores públicos e especialistas na área da saúde. No término dos trabalhos percebeu-se que em diversos pleitos a parte não busca a disponibilização de tratamentos ou medicamentos não assegurados pelo SUS, mas apenas a efetivação das políticas públicas já existentes.

Ainda, chegou-se à conclusão, na referida audiência, de que devem ser estudadas formas administrativas de resolução de conflitos, evitando a judicialização, o que por si só já traria redução de gastos, ao não movimentar o judiciário e, conseqüentemente, evitando que este interfira nas políticas públicas.

Outro ponto de discussão recaiu sobre a possibilidade de obrigar o Poder Público a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA. Sobre esse assunto, manifestou-se o Procurador Geral da República nos seguintes termos:

O registro de medicamentos é uma garantia à saúde pública. É o modo pelo qual o Estado exerce o poder de política sanitária para controlar a fabricação, importação, distribuição e introdução no mercado de produtos que possam interferir na saúde [...] Se é certo que o Estado tem o dever de garantir saúde aos seus cidadãos, mais certo ainda é que não pode o Estado cancelar que esse mesmo cidadão possa correr risco no uso de um

medicamento cuja eficácia não esteja comprovada, podendo colocar em risco o próprio bem jurídico que se quer preservar, qual seja, a vida. (BRASIL, 2009).

A Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul arguiu que

[...] 41% do orçamento da Secretaria Estadual da Saúde são gastos com política de assistência farmacêutica, sendo que 87.966 pacientes são atendidos pela via administrativa, e 20.497 pacientes, pela via judicial. Portanto, [...] hoje 18,92% do orçamento da assistência farmacêutica do estado estão sendo administrados pelo Judiciário. (BRASIL, 2009).

E quanto ao fornecimento de fármacos não registrados, afirmou que “[...] seu fornecimento contraria o artigo 12 da Lei Federal nº 6.360/76, que determina que medicamentos sem registro no Ministério da Saúde não podem ser prescritos em território nacional fora do âmbito da pesquisa [...]” (BRASIL, 2009). A Advocacia Geral da União, em sua manifestação, defendeu que

[...] o direito à saúde foi posto na Constituição Federal dentro de um arcabouço bastante delineado, em que, de um lado, está a obrigação estatal de garantir tal direito - a saúde é dever do Estado -, mas, de outro lado, os meios de que disporá para fazê-los: as políticas públicas [...]. A elaboração dessas políticas públicas pressupõe o estabelecimento de escolhas. Sendo assim, o fato de o Poder Público apontar os medicamentos e tratamentos que serão fornecidos à população não induz, por si só, a conclusão de que se está diante de intolerável e inconstitucional limitação ao direito à saúde. Antes, indica que se está por estabelecer garantias de acesso aos serviços de saúde disponíveis, cuja segurança e eficácia já foram verificados. (BRASIL, 2009).

Ainda, após a referida audiência, e fruto dela, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Recomendação nº 31, em 30 de março de 2010, na qual aconselha os Tribunais a orientarem suas corregedorias e magistrados a evitarem autorizar o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA, ou que ainda estejam em fase experimental, ressaltando apenas os casos expressamente previstos na lei.

Esses casos expressamente previstos na legislação podem ser encontrados na Lei nº 9.782/99, a qual define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária e cria a ANVISA.

3.3 O SUS E A ANVISA: SUAS ATRIBUIÇÕES E COMPETÊNCIAS.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi instituído o SUS, a quem foi conferido, entre outras atribuições, controlar e fiscalizar os procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e executar as ações de vigilância sanitária.

Para conceder maior efetividade ao comando constitucional, foi promulgada a Lei nº 8.080/90, mais conhecida como Lei do SUS, cuja finalidade, estabelecida no seu art. 1º, é regular em todo o território nacional “[...] as ações e serviços de saúde, executadas isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado [...]” (BRASIL, 1990).

Dentro do seu campo de atuação está incluída a execução de ações de vigilância sanitária e o controle e a fiscalização de produtos, substâncias e serviços que são de interesse para a saúde. Assim, coube ao SUS executar as tarefas de vigilância sanitária, sendo esta entendida como “[...] um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes do meio ambiente, da produção e circulação de bens e da prestação de serviços de interesse da saúde [...]” (BRASIL, 1990).

Ainda, com a intenção de melhorar o sistema de vigilância sanitária no país, foi criada, pela Lei nº 9.782/99, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), autarquia federal cuja finalidade institucional é “[...] promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados [...]” (BRASIL, 1999).

Sua atribuição é regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos que envolvam risco à saúde pública; e dentre os bens e produtos que se submetem ao seu controle e fiscalização, estão os medicamentos e suas substâncias ativas. A ANVISA é responsável tanto por conceder registros de produtos quanto por “[...] dispensar de registro os imunobiológicos, inseticidas, medicamentos e outros insumos estratégicos quando adquiridos por intermédio de organismos multilaterais

internacionais, para uso em programas de saúde pública pelo Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas [...]” (BRASIL, 1999).

Assim, conforme exposto, a exceção à regra do registro está no caso do produto ser adquirido por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pelo órgão responsável. Esse é o caso que autoriza o fornecimento de medicamentos não registrados pela ANVISA, que está expressamente previsto na legislação.

Ainda, para que parem dúvidas quanto à existência de vedação legal ao fornecimento de fármacos não registrados na ANVISA, destaca-se que, segundo o disposto no art. 19-T da Lei 8.080/90, são vedados, nas esferas de gestão do SUS “[...] a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA [...]” (BRASIL, 1990).

Entretanto, constata-se que, inobstante expressa vedação legal ao fornecimento de medicamentos não registrados, o judiciário ainda tem se manifestado pelo deferimento em casos excepcionais, como no do fármaco Soliris (eculizumabe), utilizado no tratamento da doença HPN, contrariando a expressa previsão legal, o que leva a questionar se o direito fundamental à saúde é um direito absoluto, ou se pode ser restringido frente ao direito fundamental à segurança.

3.4 DA POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE, EM PROL DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA.

Consoante já exposto alhures, a saúde restou consagrada na Carta Magna como direito social e é reconhecidamente um direito fundamental do cidadão. O art. 196 da CF, ao assegurar que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, proporcionou discussão na doutrina e na jurisprudência, as quais desde a promulgação da Carta tem se dedicado à interpretação do mencionado artigo.

Enquanto parte afirma que o direito à saúde deve ser garantido de forma plena, pois associado ao princípio da dignidade humana e ao direito à vida, outra aduz que a garantia insculpida no art. 196 da CF é de acesso às políticas públicas. No caso ora em estudo, conforme acima exposto, há que se admitir que o direito

fundamental à saúde pode sofrer restrição em prol do direito fundamental à segurança, pois como qualquer outro direito, esse não é absoluto.

Conforme demonstrado, o legislador ordinário, atento aos princípios constitucionais e ao direito fundamental à segurança, optou por restringir o direito fundamental à saúde, ao vedar expressamente a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou reembolso de medicamento, nacional ou importado, que não for registrado na ANVISA, conforme explicitado no art. 19-T da Lei nº 8.080/90.

Tal vedação demonstra a preocupação em permitir apenas o fornecimento de fármacos que tenham sido aprovados no controle sanitário realizado pela ANVISA, autarquia federal competente para recomendar ou rejeitar a sua utilização. O registro do medicamento na ANVISA tem por finalidade analisar se o mesmo é seguro, eficaz, se possui qualidade, bem como para analisar e monitorar seu preço. Dessa forma, um medicamento não registrado na ANVISA não pode ser fornecido à população, ante a falta de segurança em seu uso.

Conforme já citado acima, na Audiência Pública nº 4, o Procurador Geral da República muito bem se manifestou ao explicar que o registro do medicamento é uma garantia à saúde pública, pois é o meio pelo qual o Estado exerce o seu poder de política sanitária, controlando a fabricação, importação, distribuição e introdução no mercado brasileiro de produtos que podem interferir na saúde da população.

Segundo o voto do Ministro Gilmar Mendes, no Ag Reg na STA 175/CE, “[...] o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema Único de Saúde possa considerar sua incorporação [...]” (BRASIL, 2010).

Assim, como corolário, se o medicamento não pode ser fornecido à população por falta de segurança, uma vez que não possui registro na autarquia competente, o Poder Público não pode ser obrigado a entrega-lo a quem o pleiteia judicialmente, uma vez que estaria atentando contra o direito fundamental à segurança.

Conforme explanado acima, na referida Audiência Pública o entendimento foi uníssono no sentido de que o Estado não pode ser compelido a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA. O próprio CNJ expediu Recomendação aconselhando os magistrados a evitarem determinar o fornecimento de

medicamentos não registrados na referida Autarquia. Ainda, importante ressaltar, por oportuno, que na I Jornada de Direito da Saúde do Conselho Nacional de Justiça, realizada em 15 de maio de 2014, foram aprovados alguns enunciados, dos quais interessa ao presente estudo os seguintes:

ENUNCIADO Nº 6

A determinação judicial de fornecimento de fármacos deve evitar os medicamentos ainda não registrados na Anvisa, ou em fase experimental, ressalvadas as exceções expressamente previstas em lei.

[...]

ENUNCIADO Nº 9

As ações que versem sobre medicamentos e tratamentos experimentais devem observar as normas emitidas pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep) e Anvisa, não se podendo impor aos entes federados provimento e custeio de medicamento e tratamentos experimentais. (BRASIL, 2014) [grifo do autor].

Do exposto, não pairam dúvidas sobre o assunto. Entretanto, verificando a jurisprudência, conforme já mencionado, constata-se que há decisões determinando o fornecimento do fármaco Soliris, para o fim de tratar a doença hemoglobinúria paroxística noturna, contrariando, assim, a legislação, a recomendação do CNJ, a súmula vinculante nº 10, bem como o que foi decidido na Audiência Pública nº 4.

Tais deferimentos ocorrem sob o argumento de que o fármaco é o único disponível para o tratamento da HPN, não possuindo outro no mundo, e sob esse fundamento criam uma exceção à regra, sem embasamento legal e contrariando a cláusula de reserva de plenário, constitucionalmente assegurada.

Conforme já exposto acima, o fármaco também não passa de um tratamento paliativo, ou seja, não curativo. Segundo estudos, ele tem a capacidade de proporcionar melhor qualidade de vida aos pacientes, mas não a cura da doença.

Ainda, sobre o mesmo, importante referir mais algumas informações. A Nota Técnica ABS Nº 20/2012/NUT/CODAJUD/CONJUR-MS, de maio de 2012, proveniente do Núcleo Técnico da Consultoria Jurídica no Ministério da Saúde, citada pelo Desembargador Federal Kassio Nunes Marques quando do julgamento do Agravo De Instrumento n. 0007052-57.2015.4.01.0000/DF, esclarece algumas questões referentes ao aludido medicamento. Sobre a ausência de registro do mesmo na ANVISA, dispõe que:

O medicamento eculizumabe não está registrado na ANVISA. Por isso, no Estado brasileiro, não há a possibilidade de circulação e/ou venda desse produto. Nesse sentido, não há uso aprovado para esse medicamento no Brasil. Outrossim, por não ser registrado na ANVISA, torna-se impossível ao País fiscalizar os requisitos mínimos que credenciam a utilização da medicação para uso humano, como a segurança, a eficácia e a qualidade da mesma. O uso e as consequências clínicas de utilização de medicação não registrada é de responsabilidade do médico. [...] Impende destacar, que de acordo com informações da ANVISA a este Núcleo Técnico, até o presente momento não houve solicitação de registro para o medicamento SOLIRIS® ou para qualquer outro medicamento com o ativo eculizumabe. Lembramos que a submissão a registro de qualquer medicamento é feita exclusivamente pela empresa fabricante do produto, a qual detém todas as informações técnicas necessárias à análise desse pleito. (BRASIL, 2015).

No que toca à efetividade do fármaco no tratamento da HPN, alude que:

Recentemente o medicamento eculizumabe foi avaliado pelo Departamento de Ciência e Tecnologia – DECIT/SCTIE quanto às evidências disponíveis de efetividade no tratamento da hemoglobinúria paroxística noturna (HPN). O presente estudo resultou na Nota Técnica nº 13/2011 [...] que conclui que devido às limitações de evidências de eficácia, da escassez de dados de segurança, do alto custo do medicamento além da não existência de registro na ANVISA, não é recomendada a padronização do medicamento eculizumabe no âmbito do SUS. (BRASIL, 2015).

Já o Parecer Farmacêutico nº 01/2011, do Ministério da Saúde, citado no Parecer nº 817/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP, menciona alguns efeitos colaterais do medicamento, dentre eles, “[...] infecção viral, dor de cabeça, anemia, pirexia, e hemólise [...] dor abdominal, diarreia, náuseas, vômitos, desconforto no peito, fadiga, astenia, reação relacionada com a perfusão, edema, reação anafilática, bronquite, pneumonia [...]” (BRASIL, 2012).

Ainda, a utilização do fármaco Soliris pode proporcionar a contração da infecção meningocócica, conhecida como meningite bacteriana, doença essa considerada grave e de grandes complicações. Assim, além de não curar a doença, o medicamento possui inúmeros efeitos colaterais, que podem, além de piorar a saúde do paciente, até causar surto de meningite, atingindo várias pessoas até então saudáveis, causando um grave problema de saúde pública.

Outrossim, o medicamento em estudo, conforme Parecer nº 817/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP, foi considerado pela revista FORBES, “[...] o medicamento

mais caro do mundo em 2010, custando U\$ 409.500,00 por ano, por paciente [...]” (BRASIL, 2012).

E trazendo para uma situação prática, consoante Parecer nº 817/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP, “[...] de 2009 a 2011, atendendo a 14 ações judiciais individuais (14 pacientes), o Ministério da Saúde suportou um gasto de R\$ 12.418.048,45 (doze milhões, quatrocentos e dezoito mil, quarenta e oito reais e quarenta e cinco centavos) [...]” (BRASIL, 2012).

Além do mais, caso fique comprovado, na comunidade médica, que o medicamento em comento é eficaz e seguro no tratamento da HPN, se a empresa não se mostrar interessada em registrar o referido fármaco na ANVISA, o Ministério Público pode atuar para que isso ocorra, como o fez no caso do medicamento Brentuximab Vedotin (Adcetris), utilizado no tratamento de linfomas raros.

O STF já teve a oportunidade de se manifestar sobre a questão do fornecimento do fármaco Soliris na STA 761/DF e nas SS 4316/RO e SS 4304/CE, nas quais houve o indeferimento da Suspensão de Tutela Antecipada e das Suspensões de Segurança, sob o fundamento de que o deferimento poderia causar situação mais gravosa ao paciente.

Entretanto, verificando a jurisprudência do STF, verifica-se que essas são as únicas manifestações relativas à doença HPN, não possuindo análise mais profunda realizada em sede de Recurso Extraordinário. Há apenas repercussão geral em Recurso Extraordinário, ainda não julgado, sobre a possibilidade de obrigar o poder público a fornecer medicamentos não registrados na ANVISA, decisão que decidirá também a possibilidade de fornecimento do fármaco em análise.

As decisões do STF acima referidas, bem como as decisões tomadas pelos demais Tribunais do país levam a questionar a força da Constituição Federal e a efetiva obrigatoriedade das Súmulas Vinculantes, uma vez que ao deferir o fornecimento do medicamento Soliris, contrariando expressa disposição legal, está-se também afrontando o art. 97 da CF e a Súmula Vinculante nº 10, que é clara ao afirmar que “[...] viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a

inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte [...]” (BRASIL, 2008).

E ao analisar a jurisprudência, é exatamente isso que se vê, o afastamento da incidência do art. 19-T da Lei nº 8.080/90, sem declarar expressamente sua inconstitucionalidade. Além do mais, ao determinar que a Administração forneça o fármaco Soliris (eculizumabe), o judiciário está obrigando a mesma a praticar conduta criminosa tipificada no Código Penal Brasileiro, mais precisamente o ilícito previsto no inc. I, do § 1º-B, do art. 273 do CP, o qual assim dispõe:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; (BRASIL, 1940).

Nesse sentido é o voto do Ministro Benedito Gonçalves, do STJ, no RMS 35434, em cujo trecho assim dispôs:

[...] a entrada de medicamentos no território nacional, sem o devido registro na Anvisa, configura o crime previsto no artigo 273, § 1º-B, inciso I, do Código Penal; fato que não pode ser desprezado pelo administrador público responsável pelo fornecimento do medicamento em questão, razão pela qual não há falar que o não fornecimento do medicamento pretendido pela impetrante caracteriza ato ilegal ou de abuso de poder. (BRASIL, 2012).

Do todo exposto, resta evidente que o Poder Público não pode ser obrigado a fornecer o fármaco Soliris (eculizumabe) para tratamento da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna, uma vez que esse não possui registro na ANVISA, e consequentemente não oferece a necessária segurança para seu consumo, bem como por haver expressa vedação legal, motivo pelo qual, no presente caso, deve prevalecer o direito fundamental à segurança frente ao direito fundamental à saúde.

CONCLUSÃO

Do acima estudado, depreende-se que embora o medicamento Soliris seja considerado o único do mundo para o tratamento da doença Hemoglobinúria Paroxística Noturna, mas sem a capacidade de curá-la, o mesmo não pode ser fornecido, uma vez que sua dispensação violaria expressa previsão legal, bem como implicaria na prática de conduta penalmente típica.

Além do mais, a negativa de seu fornecimento parece adequada à teoria da reserva do possível, uma vez que pode ser considerado razoável ao Estado negar a dispensação do referido fármaco, de alto custo, até então sem capacidade curativa, que pode ocasionar inúmeros efeitos colaterais aos pacientes, e cuja eficácia, qualidade e segurança em seu uso ainda são duvidosos, considerando que o SUS fornece outros tratamentos, também paliativos, para a HPN.

Ainda, sua negativa parece ajustada ao princípio da proporcionalidade, pois não é proporcional fornecer a um único indivíduo tratamento de alto custo, cuja eficácia e segurança não são comprovadas, gastando parcela significativa da verba da saúde pública, que tem por finalidade garantir saúde para a coletividade.

Conforme estudado, há tratamentos, também paliativos, fornecidos pelo SUS, como os imunossupressores, os androgênios, as transfusões sanguíneas, a reposição de ferro e ácido fólico e a anticoagulação e, ainda, o SUS fornece o único tratamento curativo existente para a HPN, que é o Transplante de células Tronco Hematopoiéticas (TCTHa), entretanto, para que tal possa se concretizar, o paciente terá que encontrar doador compatível.

Por fim, conclui-se que deve haver maior observância das regras do Sistema Único de Saúde por parte do judiciário, uma vez que a Lei Orgânica do SUS prevê diretrizes e normas para seu funcionamento, e como todo sistema, quem adere ao mesmo deve submeter-se as suas regras. O julgador não deve determinar o fornecimento de medicamentos ou procedimentos experimentais, não aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), uma vez que a Administração não pode ser obrigada a fornecer algo do qual ainda não se tem certeza de eficácia e segurança com seu consumo.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Martha Mariana de Almeida Santos *et al.* **Hemoglobinúria Paroxística Noturna**: da fisiopatologia ao tratamento. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ramb/v56n2/a22v56n2.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **R. Jur. UNIJUS**, Uberaba, MG, v. 11, n. 15, p. 13-38, nov. 2008.

BASSETTE, Fernanda. Gasto do governo com remédios via ação judicial cresce 5000% em seis anos. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 28 abr. 2011. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,gasto-do-governo-com-remedios-via-acao-judicial-cresce-5000-em-6-anos-imp-711740>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Saúde. **Parecer nº 817/2012-AGU/CONJUR-MS/HRP**. Brasília, DF, 01 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/23472027>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

_____. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 271.286-8**, Segunda Turma, Superior Tribunal Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 12/09/2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=335538>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.175**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Julgado em 17/03/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610255>>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Celso de Mello, Julgado em 29/04/2004. Disponível em: <<http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm>>. Acesso em: 20 mar. 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **I Jornada de Direito da Saúde**. São Paulo, SP, 15 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/>>

ENUNCIADOS_APROVADOS_NA_JORNADA_DE_DIREITO_DA_SA%C3%9ADE.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compila.do.htm>. Acesso em: 07 dez. 2014.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. **Lei nº 9.782**, de 26 de janeiro de 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm>. Acesso em: 31 mar. 2015.

_____. **Recurso Especial nº 1.185.474**, Segunda Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Humberto Martins, Julgado em 20/04/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=1185474&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17 mar. 2015.

_____. **Recurso em Mandado de Segurança nº 35.434**, Primeira Turma, Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Benedito Gonçalves, Julgado em 02/02/2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=18165557&tipo=91&nreg=201101920020&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20120209&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. **Suspensão de Segurança 3073**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Ministra Presidente Ellen Gracie, Julgado em 14/02/2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28SS%24%2ESCLA%2E+E+3073%2ENUME%2E%29&base=basePresidencia&url=http://tinyurl.com/adr9g2u>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Audiência Pública nº 4**. Convocada em 05 de março de 2009. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em: 29 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 10**. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_033>. Acesso em: 03 abr. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0007052-57.2015.4.01.0000**, Sexta Turma, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Relator: Desembargador Kassio Nunes Marques, Julgado em 25/02/2015. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=70525720154010000&pA=&pN=70525720154010000>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

MANICA, Fernando Borges. Teoria da reserva do possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 25, fev./mar./abr./2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em: 21 jan. 2015.

MANUAL MERCK. Edição de saúde para a família. **Hemoglobinúria Paroxística Nocturna**. Disponível em: <<http://www.manualmerck.net/?id=180&cn=1396>>. Acesso em: 09 abr. 2015.

MARINHO, Tiago de Lima. Direito à saúde e o Supremo Tribunal Federal: mudanças de posicionamento quanto ao fornecimento de medicamentos. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 118, nov./2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13813&revista_caderno=9>. Acesso em: 01 dez. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2015.

TANCREDI, F. B.; BARRIOS, S. R. L.; FERREIRA, J. H. G. **Planejamento em Saúde**. Disponível em: <http://portalses.saude.sc.gov.br/arquivos/sala_de_leitura/saude_e_cidadania/ed_02/03_01.html>. Acesso em: 19 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul./2008. Disponível em: <http://www.revista.doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 01 dez. 2014.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista Âmbito Jurídico**, n. 116, set./2013. Disponível em: <<http://ambito-juridi>>

co.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621&revista_caderno=4>.
Acesso em: 01 dez. 2014.

**OS DIREITOS HUMANOS NOS SÉCULOS XX E XXI
E A GLOBALIZAÇÃO DO CAPITAL**

Renata Maciel¹
Juliana Bedin Grando²

RESUMO

O presente ensaio busca analisar a temática da globalização do capital, tendo por foco, o percurso da economia mundial nos séculos XX e XXI e dos direitos humanos. Analisa-se, como ocorreram as ascensões e decadências do padrão-ouro e do Sistema Bretton Woods, nos períodos compreendidos entre-guerras e após a finalização da 2ª Guerra Mundial. Verifica-se, ainda, como ocorreu o processo de internalização da economia, debatendo-se como a unificação monetária tem início e posta-se como uma alternativa. Entremeio a esta análise, observa como os direitos humanos consolidam-se no período anterior à guerras, sua decadência no período de guerras e sua retomada no período pós 2ª Guerra Mundial, constituindo-se sua interface com o cenário da economia mundial.

Palavras-chave: Unificação Monetária - Direitos Humanos - Globalização.

RESUMEN

Este test trata de analizar el tema de la globalización del capital, dando por resultado la atención, el curso de la economía mundial en el 20 y el siglo XXI y los derechos humanos. Analizadas, como el sube y decadências el patrón oro y el sistema de Bretton Woods, en el período de entreguerras y después de la terminación de la Segunda Guerra Mundial. Hay todavía, como el proceso de internalización de la economía, luchando como Unión monetaria comienza y colocado como alternativa. La inserción a este análisis, observando los derechos humanos a consolidar en el período antes de las guerras, su decadencia en el período de guerras y su reanudación en el post Segunda Guerra Mundial período y su interfaz con el escenario económico mundial.

Palabras Claves: Unificación Monetaria - Derechos Humanos - Globalización.

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUI, vinculada à Linha de Pesquisa Direitos Humanos, Meio Ambiente e Novos Direitos. Bolsista FAPERGS. Especialista em Direito Administrativo e em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera – UNIDERP. Bacharel em Direito pela UNIJUI.

² Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ. Mestranda em Direitos Humanos pela UNIJUÍ. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES.

INTRODUÇÃO

Nos séculos XX e XXI a economia mundial passa por diversos períodos que incidiram em importantes modificações. A análise do presente texto tem por base inicial a análise do padrão-ouro estabelecido como força monetária interancioal no período que antecede a eclosão das Guerras Mundiais, perpassando-se no final do século XX e início do século XXI a unificação monetária e a internacionalização do capital. Nesse contexto de mudanças, a economia mundial passa de um período em que havia a presença das paridades e a fixação de um padrão a ser seguido, inicialmente o ouro e, posteriormente, o dólar para atualmente vivermos um período de unificação monetária.

Nesse aspecto, o Sistema Bretton Woods, revela-se como um fator importante de recuperação de diversos países da Europa que haviam sido dizimados pelos acontecimentos decorrentes das duas Guerras Mundiais que se estabeleceram no século XX. No entanto, este sistema traz consigo a hegemonia americana, pois ao estabelecer o dólar como moeda de paridade e ser o país a fornecer os subsídios necessários para que tais países pudessem ser reconstruídos, assumem para si o papel de país hegemônico. Contudo, embora a hegemonia americana ainda seja presente na economia mundial atual, o Sistema Bretton Woods decai, estabelecendo-se assim a possibilidade dos câmbios flutuarem e, mais, de se estabelecer a unificação monetária. Nesse sentido, a União Européia traz um grande avanço quando se fala na globalização do capital, pois estabelece um sistema de interligação entre os Estados e a unificação monetária, através do euro.

Assim, ante ao fato de que a globalização do capital ter-se mostrado como uma estratégia e ao mesmo tempo uma necessidade da economia mundial, o presente ensaio pretende analisar como, nesse contexto, os direitos humanos são desenvolvidos. Nesse viés, pretende-se analisar como ocorre a interface dos direitos humanos com a globalização do capital, verificando-se, para tanto, a historicidade dos direitos humanos e sua contextualização com a economia. Para a consecução de tal objetivo, o presente ensaio é desenvolvido em três momentos; em primeiro

analisa-se o Sistema Bretton Woods, sua formação e suas implicações para a economia mundial e a unificação monetária; em um segundo momento verifica-se como deu-se a adoção da unificação monetária após o fim da segunda Guerra Mundial; por fim, analisa-se como os direitos humanos postam-se e interrelacionam-se nestes períodos, com enfoque especial ao período pós-guerra.

1 SISTEMA BRETTON WOODS

A proximidade do fim da 2ª Guerra Mundial, o mundo e, em especial, os Estados que saíram vencedores, reafirmaram a necessidade de se estabelecer uma nova economia mundial, com novos patamares. Uma economia com viés mundial, mas que também não poderia mais ser fundada nos patamares anteriormente estabelecidos, tal como o que havia acontecido com o padrão ouro.

Anteriormente ao período de guerras, a economia mundial já havia transcorrido por oscilações diversas, em especial, com a decadência do padrão-ouro anteriormente estabelecido como uma forma extrema de controle da economia. Com o acontecimento das Guerras, a economia mundial também sofre um abalo considerável, ensejando assim mudanças no cenário.

Ademais, ressalte-se que

O interregno entre a 1ª e a 2ª Guerra Mundial foi marcado, assim, por flutuações cambiais abruptas, em grande parte decorrente do excesso de emissão monetária, desvalorizações competitivas e aumento do uso de políticas protecionistas, consolidando um sistema monetário instável e não-cooperativo. (OLIVEIRA; MAIA; MARIANO, 2008, p. 03).

Desse modo, vislumbra-se que o período que antecedeu as guerras já demonstrava a instabilidade da economia mundial e o período entreguerras confirma esta instabilidade, mas vai além, pois demonstra-se como um período de políticas protecionistas que dificultavam a ideia de globalização da economia ou mesmo de cooperação entre os Estados.

Outrossim, frise-se que a decadência do padrão ouro se confirma, pois a necessidade de se manter a inteira conexão entre os valores disponíveis em moeda

e o seu peso em ouro dificultava a manutenção da economia, fazendo com que ao final do período apenas a moeda americana (dólar) conseguisse manter-se o seu equivalente em ouro.

Desta maneira, após esse período de turbulências na economia, o padrão ouro cede espaço para a adoção de taxas flutuantes. No entanto, a liberação das taxas de câmbio não inserem-se no contexto que já havia sido presenciado em períodos anteriores, mas sim, adota-se a intervenção dos governos no mercado (EICHENGREEN, 2000). Ademais, com o encerramento da 2ª Guerra Mundial um novo cenário se concretiza, com especial ênfase a necessidade de reconstrução da Europa, visto que muitos dos países encontravam-se totalmente devastados, tanto materialmente, quanto economicamente.

Assim, reúnem-se quarenta e quatro países na cidade de Bretton Woods – EUA, no ano de 1944 para estabelecer acordos que auxiliariam a economia mundial nesta reconstrução que seria necessária após o encerramento da 2ª Guerra Mundial.

Diversas posições e disposições foram tomadas, porém a que tomou destaque foi a elevação do dólar como a moeda referência para a economia mundial, transformando, conjuntamente, os Estados Unidos como o país de referência. Em contrapartida, os EUA ajudariam a Europa na sua reconstrução encaminhando auxílio. Ressalte-se que este auxílio prestado foi além do necessário (EICHENGREEN, 2000). Frise-se, ainda, que diversas foram as disposições constantes no acordo, tais como a criação do Fundo Monetário Internacional – FMI, o qual deveria exercer o papel de auxiliador, bem como de sancionador quando fosse necessário.

No entanto, o acordo, embora tenha perdurado por um período considerável – de 1944 a 1971 (aproximadamente) – não consegue permanecer no cenário mundial como a possibilidade de salvação da economia mundial, visto que a elevação do preço do ouro fez com que o custo para que se suportasse o sistema fosse impossível. Assim, no ano de 1971 chega ao fim o Sistema Bretton Woods. Ressalte-se, contudo, que

O fato é que o conjunto das relações comerciais, produtivas, tecnológicas e financeiras que nasceu do acordo de Bretton Woods e prosperou sob a

liderança americana, não resistiu ao próprio sucesso. Os Estados Unidos e sua economia cumpriram, durante os primeiros vinte anos do pós-guerra a função hegemônica que decorria de sua supremacia industrial, financeira e militar. Sob o manto deste hegemonia foram reconstruídas as economias da Europa e do Japão e criadas as condições para o avanço das experiências de industrialização na periferia do capitalismo. (BELLUZZO, 1995, p. 02)

Desse modo, pode-se aventar que para a economia mundial o Sistema Bretton Woods foi intrinsecamente necessário para a recuperação da Europa dizimada pela 2ª Guerra Mundial, alavancando conjuntamente os Estados Unidos a uma força hegemônica que perduraria por um extenso período. Ademais,

Cumpre assinalar, desde logo, que o princípio da convertibilidade pressupunha equilíbrio do balanço de pagamentos e igualdade entre as moedas. Como os EUA eram o único país superavitário, além de sozinho responder por cerca de 2/3 das reservas mundiais de ouro, os EUA seriam os únicos capazes de sustentar o regime de convertibilidade. Logo, o dólar inevitavelmente passaria a desempenhar a função de moeda central do sistema, institucionalizando o padrão ouro-dólar e, ao cabo, consolidando a hegemonia financeira norte-americana no âmbito monetário internacional. (OLIVEIRA; MAIA; MARIANO, 2008, p. 08).

Nesse contexto, o Sistema, embora pensado pelos Estados que sairiam vencedores da Guerra, oportunizava um crescimento muito maior aos Estados Unidos, bem como foi estrategicamente pensado em uma forma que possibilitava apenas a estes possuírem a capacidade de sustentar o sistema.

Tal fato pode ser considerado como um dos causadores da ruptura do sistema. Após a estagnação das economias mundial e, principalmente, recuperação das economias e estruturas dizimadas da Europa, o sistema torna-se de inevitável derrocada, necessitando, conjuntamente, uma nova estratégia, uma nova formatação econômica que responda a este novo cenário. Emerge, assim, a flutuação das taxas de câmbio.

2 A ADOÇÃO DA UNIFICAÇÃO MONETÁRIA: AS MUDANÇAS NO CENÁRIO ECONÔMICO.

Após a ruptura do Sistema Bretton Woods, para a economia mundial duas matizes postam-se como possibilidades de resposta a este novo contexto econômico. De um lado tem-se a paridade fixa e de outro a adoção da taxa de

câmbio flutuante. Com a ruptura do Sistema Bretton Woods, libera-se, formalmente³, a economia do padrão do dólar.

Contudo, esta liberação fez com que muitas economias em desenvolvimento deixassem suas economias flutuarem. Tal fato, no entanto, não foi de imediato aceito pelas economias e organismos internacionais que estavam centradas nas ideias anteriores do padrão-ouro e do padrão ouro-dólar estabelecido no Sistema Bretton Woods. Assim, muitos desses acabaram por serem “empurrados” pelas consequências inevitáveis das economias que passaram a adotar as medidas de taxas flutuantes (EICHENGREEN, 2000).

Neste período, diversas medidas são tomadas a fim de garantir que a economia não entrasse em nova instabilidade. Uma dessas medidas que pode ser aventada como uma das mais significativas ocorre com a criação da Serpente Européia, a qual teria por função garantir que embora as taxas de câmbio flutuassem, essa flutuação dava-se dentro de margens estabelecidas (EICHENGREEN, 1995). No entanto, importa ressaltar que,

Durante os anos 80 a economia mundial foi afetada por flutuações amplas nas taxas de câmbio das moedas que comandam as três zonas monetárias (dólar, iene e marco). Estas flutuações nas taxas de câmbio foram acompanhadas por uma extrema volatilidade das taxas de juros. Na verdade, as flutuações das taxas de câmbio, supostamente destinadas a corrigir desequilíbrios do balanço de pagamentos e dar maior autonomia às políticas domésticas, foram desestabilizadoras. Isto porque a crescente mobilidade dos capitais de curto prazo obrigou a seguidas intervenções da política monetária, determinando oscilações entre taxas de juros das diversas moedas e criando severas restrições à ação da política fiscal. (BELLUZZO, 1995, p. 06)

Assim, neste período que se estabelece de flutuação das moedas, embora parecesse ser a medida correta a ser adotada no momento, a instabilidade que a acompanhou, incidiu na necessidade de uma maior intervenção do Estado nas políticas monetárias, utilizando-se assim de medidas que foram de maneira assustosamente restritivas.

³ Diga-se formalmente, visto que frente a hegemonia que os Estados Unidos adquirem neste período perdura até os tempos atuais, com o dólar sendo ainda tomado como patamar de comparação de diversas outras moedas.

Neste mesmo período, ocorre conjuntamente o início do que podemos chamar de internacionalização do capital. A Serpente Européia já demonstra que a economia mundial toma um novo rumo, com face de cooperação, ou ao menos de interligação, entre as nações com vistas a buscar-se a estabilização da economia e ainda o crescimento e desenvolvimento dos países. Ademais, o déficit orçamentário que os Estados Unidos enfrentavam neste período, auxiliou, ou pode-se dizer, foi um impulso para que ocorresse a globalização da economia (BELLUZZO, 1995).

Nesse contexto, a criação do Sistema Monetário Europeu no ano de 1979 pela França representa um grande avanço para essa nova ideia de interligação entre as economias. Representa, pode-se dizer, o início do que viria a ser a União Europeia. Assim, passa-se a uma fase seguinte da economia mundial. Parte-se desta ideia calcada da interligação das economias através da globalização do capital, para que possa se estabelecer a ideia de unificação monetária. Frise-se que

A unificação monetária européia foi um grande passo, tanto no sentido político quanto no simbólico. A política monetária tem grandes efeitos na economia de um país. Ela pode influenciar os índices de inflação e desemprego, ser usada para financiar o déficit público, para promover as exportações, entre várias outras funções. Basicamente, todas as decisões econômicas importantes de uma economia recaem sobre sua política monetária. Por isso, a unificação monetária foi um passo delicado no processo de integração européia. Além disso, a moeda é um elemento da identidade nacional, em especial na Europa, onde algumas moedas, como o antigo dracma grego, tinham milhares de anos de existência. A constituição do euro foi, então, uma tentativa de fortalecer a identidade européia. (BADARÓ, 2007, p. 02).

Assim, a iniciativa da união Europeia em estabelecer a unificação cambial, através de uma única moeda aos pertencentes – o euro- traz consigo relevâncias essenciais para a economia, como o controle da inflação, e também para a própria existência do bloco econômico que se forma, através do reconhecimento deste com uma moeda própria. No entanto, o processo de unificação monetária foi conturbado. Acerca da unificação monetária, é necessário ainda aventar que esta

[...] elimina a flutuação cambial por meio da abolição das próprias taxas de câmbio. A Europa vem trilhando este caminho. Mas uma lição extraída do processo de Maastricht é que solidariedade política e convergência econômica são pré-requisitos para a unificação monetária. A Europa tem

trilhado este caminho por quase meio século, como pode ser confirmado por qualquer pessoa que conheça a história da CEE. Mas não é realista esperar que os principais países industriais movam-se em direção à unificação política durante nossa existência. (EICHENGREEN, 1995, p. 19).

Nesse aspecto, a unificação monetária insurge-se como uma possibilidade de conexão das economias e ampliação da internacionalização do capital. Ocorre que, para que este possa exercer seu papel de forma satisfatória, necessitar-se-ia da unificação política. No entanto, tal fato tem-se demonstrado inviável até o presente momento. Podemos falar ainda nesse contexto na ideia levantada por Delmas-Marty a qual assevera acerca da possibilidade de estabelecer um direito mundial o que também necessita de uma unificação de ideias e de renúncias para que este direito mundial a ser regido por instituições que estariam acima dos Estados (DELMAS-MARTY, 2003).

Percebe-se diante dos fatos que a unificação cambial estabeleceu-se como uma forma de controle da economia, mas também nos leva a perceber que o caminho a ser trilhado pelas economias mundiais perpassa pela necessidade crescente de internacionalização. A sociedade atual, como um todo, tem-se encaminhado para um processo de internacionalização, como por exemplo pelas ideias lançadas de um direito mundial, não sendo diferente quando fala-se de economia. Esta calca-se na ideia de que a cooperação econômica e a unificação monetária tem-se demonstrado como uma alternativa viável a ser colocada para que as economias internas se fortaleçam e, ainda, o bloco econômico como um todo também fortaleça-se, como o que vem sendo encontrado na União Europeia, ou ainda, de início o Mercosul.

Ressalte-se que a partir destas ideias lançadas pela globalização do capital, faz-se necessária uma análise de como são contextualizados os direitos humanos e, principalmente, como estes interagem com esta internacionalização.

3 OS DIREITOS HUMANOS E SUA INTERFACE COM A GLOBALIZAÇÃO DO CAPITAL: AS MODIFICAÇÕES DA ECONOMIA.

O denominado capitalismo pós-industrial teve início na França, por volta de 1969, momento em que ocorreram em vários países manifestações de revolta

popular espontânea, as quais anunciavam uma “[...] ruptura com os padrões sociais estabelecidos pela civilização capitalista no século XIX [...]” (COMPARATO, 2013, p. 245).

Com base nos movimentos sociais ocorridos houve uma alteração na sociedade cujo foco principal se deu na alteração da atividade econômica, da produção industrial para a prestação de serviços, possibilitada pelo avanço das indústrias tecnológicas, especialmente na área da informática e pela formação de uma elite dotada de invejável saber técnico (BELL, 1973).

Portanto, a revolução da informática revelou uma alteração nos diversos setores da vida social, uma vez que com o advento de novas tecnologias no setor produtivo industrial, ocorreu uma drástica diminuição do número de empregados necessários para a manutenção do funcionamento da máquina industrial. Consequentemente houve a eclosão de diversas revoltas lideradas pelo meio sindical a fim de evitar tais alterações no setor produtivo. Por outro lado, a massa trabalhadora conseguiu se realocar em setores ligados à prestação de serviços, que passaram a ser explorados por empresas privadas, a exemplo dos setores de educação e de saúde, que antes eram desenvolvidos pelos Poderes Públicos.

Comparato destaca que as ideias relacionadas às alterações da atividade econômica foram organizadas no Consenso de Washington e se espalharam pelo mundo, num contexto denominado de globalização. O mesmo autor afirma, ainda que a estagflação⁴ provocou nas potências capitalistas uma acentuada queda na acumulação de capital das empresas, com consequente diminuição dos níveis de riqueza pessoal da parcela mais rica da população, o que serviu como impulso para a busca de um novo modelo de organização geral da atividade econômica (COMPARATO, 2013).

Brum e Heck destacam os conceitos de globalização financeira e globalização produtiva, sendo que a globalização financeira pode ser compreendida como a

⁴ “A crise mundial do petróleo, desencadeada subitamente em 1973, quando os países-membros da OPEC (Organização dos Países Exportadores de Petróleo) decidiram reduzir o fornecimento do produto e aumentar substancialmente o seu preço, provocou uma acentuada queda do crescimento econômico em todos os países, combinada com altas taxas de inflação monetária e de desemprego. Foi o fenômeno assim chamado de estagflação, patologia econômica que voltou a se repetir, sobretudo na Europa, após o início da grande recessão de 2008.” (COMPARATO, 2013, p. 247).

ocorrência simultânea de três processos distintos ao longo dos últimos vinte anos. Entre tais processos são destacados a expansão extraordinária dos fluxos financeiros internacionais (aceleração de tais fluxos em diversas formas, inclusive empréstimos e investimentos portfólio), o acirramento da concorrência nos mercados internacionais (maior disputa por transações financeiras globais que envolvem bancos de um lado, e de outro as instituições não bancárias), e a maior integração entre os sistemas financeiros nacionais (processo que se manifesta quando se verifica que uma proporção crescente de ativos financeiros emitidos por residentes está nas mãos de não residentes e vice-versa).

Quanto à globalização produtiva, os autores destacam que esta também compreende a interação entre três processos distintos que são: o avanço do processo da internacionalização da produção, o acirramento da concorrência internacional e a maior integração entre as estruturas produtivas das economias nacionais (BRUM; HECK, 2005).

Apesar de os avanços no setor econômico não terem impedido a exclusão social, gerada em especial, pela precarização do conjunto de direitos da classe trabalhadora. Foi a partir dos anos 80, do século XX, se iniciou no mundo todo o processo de exclusão social, em que parcelas cada vez maiores da população foram excluídas contra as adversidades sociais.

Indivíduos e grupos sociais, cada vez mais numerosos, perderam com isso a sua plena cidadania. A fim de frear tal situação foi patrocinada pela ONU a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que ocorreu no ano de 1993, na cidade de Viena, da qual resultou uma Declaração e Programa de Ação que, ao afirmar que a pobreza e a exclusão social constituem violação à dignidade humana, incitou os países participantes da conferência a tomarem medidas eficazes para a reversão de tal situação (COMPARATO, 2013, p. 249).

Além disso, destaca-se que a política tributária preconizada pelo neoliberalismo acentuou a desigualdade econômica nos países que aplicaram tal política, uma vez que foram reduzidas a tributação e alíquota do imposto de renda progressivo, enquanto que a alíquota dos impostos de consumo permaneceu a mesma ou foi aumentada. Tal ação gerou a terrível consequência de que as classes

ricas eram duplamente beneficiadas, uma vez que pagavam menos impostos diretos e garantiam rendas elevadas com a aplicação em títulos do Tesouro Público (COMPARATO, 2013).

As políticas de privatização, especialmente nas áreas de transportes, energia e comunicações, bem como em áreas como saúde e educação (prioritariamente reservadas ao serviço público pelo Estado de Bem-Estar Social), acarretaram em uma diminuição do poder estatal na economia, por um lado, e no fortalecimento do poder capitalista, por outro. Com as privatizações se tornou impossível o cumprimento do princípio da igualdade social, bem como dos direitos fundamentais decorrentes de tal princípio, uma vez que as empresas privadas passaram a atuar nos setores acima mencionados sem supervisão estatal. Consequentemente, aumentou, ainda mais, a desigualdade social, em concordância com o que afirmava Adam Smith *apud* Comparato de que a finalidade da ordem social consiste em “[...] defender o rico contra o pobre, vale dizer, aqueles que possuem algo contra os que nada têm [...]” (COMPARATO, 2013, p. 252).

Atualmente, as economias centralmente planificadas trabalham na transição para a economia de mercado. De tal modo, os países em desenvolvimento aplicam as regras do livre mercado e economia aberta a fim de tornarem-se competitivos e concorrentes, enquanto que os países industrializados buscam manter-se nas melhores posições mesmo diante da mudança de contexto; para tal, não hesitam em aniquilar setores inteiros de produção e marginalizar segmentos da população (BRUM; HECK, 2005, p. 348).

As transações monetárias e financeiras alcançaram um volume tão estratosférico que a massa de capitais ultrapassou os limites nacionais dos Estados, ao formar uma economia globalizada, que retrata as novas linhas da economia mundial, que não pode mais ser vista apenas como um conjunto das economias nacionais.

De acordo com Brum e Heck a realidade atual é complexa uma vez que une o nacional ao mundial, o internacional, ao transnacional e plurinacional, em que um acontecimento em qualquer parte do mundo gera impactos sobre todas as demais nações (BRUM; HECK, 2005). Nesse sentido, a entrada no século XXI apresenta

diversos malefícios permanentes decorrentes da mutação do mundo: a sistemática exploração dos trabalhadores e consumidores, os atentados ao equilíbrio ecológico do planeta, entre os quais, a camada de ozônio, a dispersão incontrolada de produtos químicos, a mudança climática, acidificação dos oceanos (COMPARATO, 2013).

Entre os malefícios econômicos é possível que sejam destacados: insuficiência de poupança nacional, déficits públicos crônicos, endividamento dos domicílios, das pessoas físicas, das empresas e do Estado. Ainda, é possível destacar o desequilíbrio das desigualdades caracterizado pelo excesso de população e subdesenvolvimento, abismo entre riqueza e miséria, fartura e fome, bem como aumento da marginalização, exclusão e desemprego em massa (BRUM; HECK, 2005).

Diante de tantas incertezas o questionamento que surge é como administrar esse mundo globalizado e multipolar. Brum e Heck destacam que para administrar o mundo globalizado e multipolar em que se vive é preciso levar em consideração os cinco eixos fundamentais que irão nortear o futuro da humanidade que são: os três eixos tradicionais de qualquer ordem econômica (moeda, finanças e comércio), somados ao eixo do desenvolvimento e ao eixo vital do meio ambiente. Afirmam, ainda, não ser possível esquecer a dimensão social do processo para que se atenuem o rigor do mercado (BRUM; HECK, 2005).

Comparato destaca que “[...] trata-se, sobretudo, de avançar, sem grandes desvios, rumo a um mundo mais justo, em que o ideal da felicidade, que sempre inflamou os corações, possa ser alcançado por um número maior de pessoas [...]” (COMPARATO, 2013, p. 291), afirma, ainda, que a matriz do desenvolvimento da civilização é a consciência da dignidade da pessoa humana, como sendo o princípio de todos os valores, e que em decorrência de tal, as etapas históricas civilizacionais coincidem com a gradual afirmação dos direitos humanos e suas respectivas garantias.

Ao considerar que as principais alternativas para administração do mundo globalizado passam pela proteção de várias espécies de direitos humanos, que ampliam o âmbito de proteção da própria pessoa humana, e se expandem por toda

a humanidade, é possível concluir que sem o reconhecimento dos direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos direitos dos povos à democracia, não é possível o respeito aos direitos civil e políticos, de caráter individual.

Percebe-se, assim, a importância do reconhecimento dos direitos humanos, uma vez que estes são direitos de todos os povos que carecem de adequada proteção para o seu desenvolvimento. É preciso que se forme uma sociedade comum do gênero humano, o espírito comunitário deverá formar o núcleo da mentalidade coletiva e do sistema ético da futura civilização mundial humanista (COMPARATO, 2013).

CONCLUSÃO

A humanidade transformou-se ao longo dos últimos séculos, em virtude de ter que se adaptar às rápidas modificações ocorridas, possibilitadas, especialmente, pelo desenvolvimento de tecnologias que fez com que o ritmo das trocas se acelerasse. Tais modificações resultaram em uma interdependência econômica nunca vista entre os Estados.

Atualmente, não se vislumbra qualquer Nação que possa sobreviver em total isolamento econômico; é preciso que os Estados formem vínculos econômicos de trocas de bens e serviços, sendo esta uma característica da globalização do capital.

Nos séculos XX e XXI, não foram poucas as tentativas de se instalar padrões econômicos e monetários a serem seguidos, a exemplo do padrão-ouro e do padrão ouro-dólar estabelecido no Sistema Bretton Woods. Percebe-se que da adoção de ambos os padrões as únicas economias que conseguiram se manter estabilizadas foram as dos países desenvolvidos, com especial atenção aos Estados Unidos da América, como país que conseguiu acompanhar as variações de sistemas, uma vez que adotava o dólar como moeda.

Os Estados menos privilegiados economicamente foram altamente prejudicados com as variações cambiais. Aumento de desemprego, situações de miserabilidade, saúde pública precária são alguns dos exemplos de violação dos direitos humanos ocorridos em decorrência de crises e instabilidades econômicas.

Diante de tal conjuntura, é preciso avançar em direção a um mundo mais justo, a fim de que o princípio da dignidade da pessoa humana possa se estender ao maior número de pessoas possível. Para tanto, a implementação de uma ordem civilizacional mundial tem especial importância.

Muito já se avançou ao longo dos séculos nesse sentido, no século XIX, destaca-se a afirmação dos direitos de caráter econômico, social e cultural; e, na segunda metade do século XX, o reconhecimento dos direitos sociais difusos e coletivos, como proteção aos direitos dos consumidores, dos povos (direito à democracia, direito ao desenvolvimento, exemplificando) e da humanidade, referentes aos bens universais, preservação do equilíbrio ecológico do planeta, com especial destaque para a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que reconhece que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos.

Assim, o espírito comunitário deve permear a humanidade, a fim de que se preserve a existência da humanidade na face da terra. É preciso que sejam criadas condições para que seja garantida a todos uma vida com dignidade. Assim, é fundamental a diminuição das desigualdades econômicas entre Estados, deve-se buscar o bem comum da humanidade, ou seja, os Estados devem deixar de pensar exclusivamente em seus interesses a fim de que se importem minimamente com o interesse de todos.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Celeste Cristina Machado. **A Unificação Monetária Européia**. Disponível em: <http://www2.pucminas.br/imagedb/conjuntura/CBO_ARQ_BOLET20070711104004.pdf>. Acesso em: 09 set. 2014.

BELL, Daniel. **The Coming of Post-Industrial Society**. New York: Library of Congress Catalog Card Number: 72-89178, 1999.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga de Mello. O declínio de Bretton Woods ea emergência dos mercados “globalizados”. **Economia e Sociedade**: revista do Instituto de economia da UNICAMP, v. 4, n. 4-5, p. 11-20, 1995. Disponível em: <<http://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt->

BR&as_sdt=0,5&q=%22o+decl%C3%ADnio+de+bretton+woods+e+a+emerg%C3%AAncia+dos+mercados+globalizados%22>. Acesso em: 09 set. 2014

BRUM, Argemiro Luís. HECK, Cláudia Regina. **Economia Internacional: uma síntese da análise teórica**. Ijuí: Ed. Unijui, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Civilização Capitalista**. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **A Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três Desafios para um Direito Mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

EICHENGREEN, Barry. **A Globalização do Capital: uma história do sistema monetário internacional**. São Paulo: Editora 34, 2000.

_____. **História e Reforma do Sistema Monetário Internacional**. Economia e Sociedade, v. 4, n. 1, p. 53-78, 1995. Disponível em: <http://scholar.google.com.br/scholar?cluster=15750048791041503542&hl=pt-BR&as_sdt=0,5>. Acesso em: 11 set. 2014.

OLIVEIRA, Giuliano Contento de; MAIA, Geraldo; MARIANO, Jefferson. **O Sistema de Bretton Woods e a Dinâmica do Sistema Monetário Internacional Contemporâneo**. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/rpe/article/view/7570/5510>>. Acesso em: 09 set. 2014.

RECONHECIMENTO E INCLUSÃO SOCIAL: HOMOSSEXUALIDADE E DEFICIÊNCIA NA BUSCA DA NORMALIDADE.Bianca Tams Diehl¹
Maíra Fronza²**RESUMO**

O presente artigo científico tem como tema o reconhecimento e a inclusão social de homossexuais e de deficientes na sociedade. A problematização resgata as raízes do preconceito e da discriminação dos referidos grupos que, por vários anos, viveram em plena situação de invisibilidade social em razão de heranças culturais que traçam uma linha de controle social única de identidade e que não permite identidades diferenciadas. Este trabalho tem por objetivo expor, ainda que sumariamente, alguns fatores sociais que levam à discriminação e ao preconceito dos diferentes nos meios sociais e demonstrar a normalidade das diferenças desses grupos (homossexuais e deficientes) que não ensejam qualquer medida de separação ou de isolamento. A metodologia utilizada no trabalho abrange o modo de análise prioritariamente dedutivo; o método de procedimento envolve uma abordagem sócioanalítica e, no que se refere à técnica da pesquisa, foi utilizada a pesquisa bibliográfica. Espera-se com o presente estudo realizar uma reflexão acerca da temática escolhida a fim de que se possa tecer novos conceitos dos indivíduos homossexuais e deficientes e, efetivamente, promover a inclusão social dos ditos cidadãos nos meios sociais, o que ainda não acontece.

Palavras-chave: Diferença – Homossexual – Deficiente.

RESUMEN

Este trabajo tiene como tema el reconocimiento y la inclusión social de los homosexuales y las personas con discapacidad en la sociedad. La problematización

¹ Doutoranda em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, URI. Especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Candido Mendes, UCAM/RJ. Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, UNIJUI. Professora e Coordenadora do curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis, FEMA. Membro do Sub Grupo de Estudos Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela Profa. Marli M. da Costa, vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, da UNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul-RS.

² Mestranda em Direitos Humanos na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI; Especialista em Direito Tributário pela UNIDERP - Universidade Anhanguera; Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, atualmente exercendo o cargo de Assessora de Juiz na 2ª Vara Cível da Comarca de Santa Rosa (mairafronza@tj.rs.gov.br).

rescata las raíces del prejuicio y la discriminación de esos grupos que, desde hace varios años, vivía en situación de invisibilidad social amplio debido a herencias culturales traza una línea de identidad única y control social que no permite distinguir las identidades. Este trabajo pretende exponer, aunque sea sumariamente, algunos factores sociales que conducen a la discriminación y los prejuicios de los diferentes medios sociales y demuestran la normalidad de las diferencias de estos grupos (homosexuales y discapacitados) que no conduce a ninguna medida de separación o aislamiento. La metodología utilizada en el trabajo abarca principalmente el modo de análisis deductivo; el método de procedimiento implica un enfoque de sócioanalítica y, en cuanto a la técnica de búsqueda, fue utilizado en la investigación bibliográfica. Se espera que con este estudio para llevar a cabo una reflexión sobre el tema elegido para hacer nuevos conceptos de las personas homosexuales y con discapacidad y promover efectivamente la inclusión social de los ciudadanos en los medios de comunicación social, lo que no sucede.

Palabras Claves: Diferencia – Homosexual - Deficiente.

INTRODUÇÃO

O reconhecimento dos diferentes nos meios sociais é uma situação emblemática e que merece uma nova concepção social. O estudo em questão tem como objetivo principal evidenciar a necessidade de reconhecimento dos homossexuais e dos deficientes nos meios sociais como forma de inclusão.

O percurso metodológico que norteou a pesquisa foi essencialmente de cunho dedutivo e a técnica envolvida é especialmente bibliográfica. Os principais autores que guiaram a discussão e o estudo foram Alain Touraine, André Leonardo Copetti dos Santos, Douglas César Lucas e Willian Irwin.

Na primeira parte do trabalho, discorrer-se-á sobre a visão da sociedade acerca dos grupos tratados historicamente como minoritários, especialmente no que se refere aos homossexuais e aos deficientes. Busca-se demonstrar que a sociedade prega um sistema de controle social heteronormativo no que tange aos homossexuais, o que inibe a aceitação desse grupo nos meios sociais. E, quanto aos deficientes, a sociedade os trata como incapazes de conviver com os demais indivíduos tidos como “normais”, trabalhando sempre na tentativa de encontrar uma “cura” para tais cidadãos.

Na segunda parte, portanto, pretende-se evidenciar a importância de se colocar no lugar do outro, em especial daquele tido como diferente, para que o

conheça e o reconheça a partir de seu lugar. E mais: busca-se destacar que a causalidade das diferenças estão nas instituições e na cultura social.

1 A BUSCA INCANSÁVEL PELA NORMALIDADE

Em tempos de Estado Democrático de Direito não há espaço para a exclusão social e tampouco para que os seres humanos sejam tratados de forma desigual, embora saibamos que a realidade é, infelizmente, nos conta outra história. Em pleno século XXI, ainda há resistência da sociedade quanto às diferenças em relação à cor, às opções de sexualidade e às limitações decorrentes de deficiências em vários setores de convivência social.

Dizia Rousseau que o sistema de democracia, em sua visão moderna, residia na igualdade formal e no princípio da maioria, independente dos demais pontos de vista existentes (LUCAS; SANTOS, 2015). Em outras palavras, o sistema democrático, muito embora trabalhe sob a perspectiva da igualdade dos seres humanos, desde o seu surgimento, prega normatizações que, de regra, não visam atingir a todos os participantes do sistema democrático.

Não há dúvidas de que, por vários anos, mulheres, deficientes, índios, ciganos e homossexuais foram tratados como minorias, embora, como dito, já estávamos em pleno Estado Democrático de Direito. E isso porque, aliado ao Estado do Direito, há um sistema capitalista que tem como foco o exercício do controle repressivo e excludente, tendo como objetivo apenas o lucro e a dominação.

Muito embora a questão das diferenças se encontre em processo de expansão, como é sabido, os grupos minoritários ainda se encontram longe de padrões humanitários aceitáveis, haja vista que ainda se trabalha sob uma perspectiva de controle social heteronormativo, principalmente no âmbito da sexualidade. Nesse sentido, André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas referem que:

Problemas de dissidência sexual e de gênero que, em sua expressão, não eram capturadas cognitivamente em sua complexidade positiva pelo sistema de controle social heteronormativo (formação de saberes e os sistemas de poder), ou por ele capturados negativamente de modo

totalmente direcionado ao controle repressivo e excludente. A partir dessa última perspectiva de abordagem, foram e continuam sendo, problematizados no campo teórico a partir de categorias tradicionais construídas binariamente (homem-mulher, heterossexual-homossexual), o que tem conduzido, conseqüentemente, à formulação de razões práticas estruturadas sobre essa mesma base epistemológica e que, em termos de adequação democrática ao nosso estágio civilizatório, está ainda distante de padrões humanamente aceitáveis. (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 116-117).

Não se esquece que tal sistema de exclusão, de discriminação e de violência vivenciados pelos referidos grupos de “minorias” persistem, como dito, em tempos de democracia, pois os ditos grupos ainda são tomados por intensos sofrimentos psicossociais, violações de direitos sexuais e, principalmente humanos, o que dificulta o acesso à cidadania e aos espaços de participação política e social. (LUCAS; SANTOS, 2015).

Por exemplo, a figura da diferença entre os sexos feminino e masculino é predominante desde os primórdios da civilização. Quando os pais esperam por um bebê, de regra, aguardam ansiosamente para saber o sexo da criança a fim de que seja providenciado o enxoval. E o referido enxoval, deve ser azul, se a criança for do sexo masculino e deve ser rosa, se a criança for do sexo feminino. Depois, quando as crianças começam a frequentar a escola ou mesmo antes, vem os incentivos à prática de brincadeiras.

De praxe, as formas de descontração e de entretenimento das meninas estão ligadas aos afazeres domésticos e aos cuidados com os filhos; por outro lado, a descontração dos meninos está ligada à prática de jogos futebolísticos e ao manuseio de carros de brinquedo. Veja-se, portanto, que a sociedade ainda estimula e exerce sobre as crianças, desde o seu nascimento, o controle social heteronormativo antes referido. Nesse sentido, Lucas e Santos corroboram, ao afirmar:

Não podemos deixar de reconhecer a existência de um sistema disciplinar e regulador a serviço do biopoder e da biopolítica, que funciona como importante ferramenta de produção e manutenção de crença na heterossexualidade como obrigatória (RICH, 1986), caracterizando-se como processos de subjetivação que determinam que uma pessoa, **ao nascer com o sexo biológico macho, seu gênero será masculino, seu desejo heterossexual e sua prática sexual ativa; da mesma forma, se uma**

peessoa nasce com sexo biológico fêmea, seu gênero será feminino, seu desejo heterossexual e sua prática sexual passiva. Qualquer expressão sexual e/ou de gênero que escape dessas determinações não será reconhecida por esse sistema, ou, em caso de ser reconhecida, o será através da classificação, do diagnóstico, da patologização, do crime, do estigma, da exclusão e até da morte. (LUCAS; SANTOS, 2015, p. 117) [grifo das autoras].

É justificável, portanto, a dificuldade que a sociedade tem de administrar esse processo de mudança da sexualidade, de orientação sexual que foge do controle social heteronormativo. Na verdade, as questões da heterossexualidade e da homossexualidade sempre existiram. Entretanto, o homossexual, assim, como as mulheres, os deficientes, os indígenas dentre outros, viveram por muitos anos em uma situação de invisibilidade e de inferioridade imposta pela própria sociedade capitalista que traça uma linha de controle, de poder e de dominação.

Ocorre que, com a institucionalização legislativa das diferenças no âmbito global e nos âmbitos nacionais, as classes minoritárias ganharam espaço, notadamente quanto à efetivação dos direitos humanos. Diante disso, àqueles que eram tratados de forma desigual, com violência e excluídos socialmente, os “diferentes”, começaram a reivindicar espaços de igualdade e de participação equânime nos diversos segmentos sociais (LUCAS; SANTOS, 2015).

Quanto ao reconhecimento das diferentes formas de sexualidade, há outra questão cultural que deve ser levada em consideração, qual seja, a constituição familiar. Acredita-se que o reconhecimento da homossexualidade ainda não chegou ao seu termo em razão da dificuldade que as pessoas individualmente, e a sociedade de modo geral, têm de separar a vida sexual e afetiva da reprodução e da constituição da família.

A sociedade possui internalizada a ideia de que a constituição da família deve ser entre um homem e uma mulher e que a reprodução deve ser oriunda de uma relação matrimonial e, portanto, tudo o que esteja fora dessa linha de controle moral não deve ser aceito (TOURAINÉ, 2006). O que vem acontecendo, por conseguinte, é a libertação dos diferentes minoritários sexuais, que se encontram em uma situação marginal e num status de inferioridade, que visam eliminar todas as formas de interdito e de discriminação. (TOURAINÉ, 2006).

A emancipação dos homossexuais na busca do acesso igualitário a todos os setores da comunidade é um avanço que deve ser compreendido pela sociedade estratificada, principalmente no que se refere aos conceitos de família e de definição institucional de gêneros. A existência de vários tipos de entidades familiares, principalmente das crianças que são criadas somente pelas mães, ou somente pelos pais (figura masculina), ou somente pelos avós, ante a ausência dos pais (pai ou mãe), já afasta a ideia de que a família deve ser formada, tão somente, por uma figura feminina e masculina.

Por conseguinte, a rejeição dos homossexuais sob a justificativa de que a família é formada por uma mãe do sexo feminino e por um pai do sexo masculino, como dito, não é mais plausível e aceitável, nem social nem juridicamente falando. A cultura religiosa, especialmente católica, que permite o ato sexual tão somente como função reprodutiva e que o condena como fonte de prazer também é relevante para o sistema de rejeição homofóbica existente (SILVA, 2015).

A cultura patriarcal que, frisa-se, ainda não foi integralmente enfrentada pela sociedade feminina, que caminha incansavelmente para isso, também é um fator relevante para a integração social dos homossexuais, haja vista que o fato do indivíduo assumir-se como “gay”, além de ser considerado para muitos como uma traição à masculinidade, é dizer que não possui condições de ter uma família.

Além das questões da homossexualidade e da heterossexualidade, há outra questão emblemática que a sociedade trata como empecilho para a inclusão social. As pessoas dotadas de alguma limitação física ou mental, chamadas de deficientes, ainda que tenham garantido legalmente o acesso ao meio escolar, encontram-se em situação marginal, vistos como estereótipos. Entende-se que a inclusão das pessoas deficientes também possui uma limitação oriunda de uma linha de controle social ou cultural que vem imbricada nos seres humanos.

Segundo William Irwin, a sociedade vê os deficientes sob a ótica de dois modelos, quais sejam: o modelo social e o modelo médico. Em suma, sob a ótica do modelo médico, a sociedade vê a deficiência de determinado indivíduo como uma condição indesejável e dolorosa que necessita ser consertada; por outro lado, sob a ótica do modelo social a sociedade vê as pessoas portadoras de deficiências como

peessoas limitadas, rotuladas e que devem ser barradas do acesso à participação social (IRWIN, 2009).

Afirma o autor, portanto, que tanto o modelo médico quanto o modelo social colocam a figura do indivíduo como um ser diferente, ainda que se possa dizer que ambos os modelos pretendem a inclusão social do deficiente nos meios sociais. O modelo médico busca, como referido, o “conserto da deficiência” que faz com que o indivíduo seja diferente, ou seja, busca proporcionar “curas” a fim de possibilitar que os deficientes desfrutem das liberdades concedidas às pessoas ditas normais (IRWIN, 2009).

Entretanto, a crítica em relação ao modelo médico feita pelo autor está no sentido de que a procura pelo “conserto da deficiência” pela medicina deixa transparecer a mensagem no sentido de que os deficientes são menos dignos. Aliás, cita (o autor) um caso de modelo médico de “conserto de deficiência”. Vejamos:

Confiante em um modelo médico de deficiência, os cientistas tentam há muito tempo encontrar uma cura para a surdez e conseguiram sucesso com os implantes cocleares, que são eficazes se colocados bem cedo em crianças surdas. **A “cura” possibilita aos surdos ouvirem e finalmente se tornarem normais.** (IRWIN, 2009, p. 169) [grifo das autoras].

William refere que muitos ativistas e contrários a esse modelo médico defendem a ideia de que tal modelo significa uma total exclusão social e discriminação, pois os deficientes devem aceitar o seu corpo e saber trabalhar com as suas diferenças.

Lembra-se, no entanto, que não se pretende defender que os avanços da medicina não são importantes para as pessoas que possuem limitações. O que se pretende realçar com tal reflexão é a forma de pensar da sociedade que, muitas vezes, acaba transmitindo a ideia do indivíduo deficiente como um ser anormal e doente, quando na verdade é simplesmente um ser humano diferente dos demais.

Quanto ao modelo social, explica Willian que o problema não é físico, mas, sim, social. Ou seja, a sociedade é que rotula e limita as opções para as pessoas deficientes. E esses aspectos são visíveis tanto no que se refere ao preconceito individual das pessoas quanto à discriminação institucional. Irwin sustenta que:

O modelo social politiza a deficiência, declarando que o problema não está no corpo, mas nas restrições sociais, “variando desde o preconceito individual até a discriminação institucional, dos prédios inacessíveis aos sistemas de transporte que não podem ser usados, da educação segregada à exclusão do mercado de trabalho.” (IRWIN, 2009, p. 171).

Para o modelo social, há, portanto, uma necessidade de mudança, de proteção social, de melhor acesso, de mais apoio social, de menos preconceito; por outro lado, para o modelo médico, há a necessidade de mais subsídios financeiros e de apoio para as pesquisas de cura para as deficiências (IRWIN, 2009).

No que tange ao homossexualismo, a busca pela “cura” dos indivíduos não é diferente. As ciências médicas também buscam demonstrar que a dita conduta está ligada à uma doença mental ou genética. Segundo menciona Valdeci Gonçalves da Silva, as ciências buscam de forma incansável dados hormonais, orgânicos ou alguma anomalia cerebral que justifique a homossexualidade como patologia (SILVA, 2015).

Ainda que a sociedade queira encontrar uma “cura ou um conserto” para homossexualidade, deve-se entender que a homossexualidade não é uma opção, mas, sim, uma condição biopsicossocial e cultural. Como referido, o que se pretende demonstrar com esse breve texto são as diversas formas de a sociedade visualizar os homossexuais e os deficientes como seres “diferentes”, o que dificulta a sua aceitação em diversos setores sociais e as políticas de conscientização. Diferentes sim, mas não desiguais!

2 O RECONHECIMENTO DO OUTRO COMO “PONTO CHAVE” PARA A NORMALIDADE

A sociedade não está preparada culturalmente para o acolhimento dos homossexuais e dos deficientes nos meios sociais. Entretanto, a questão da inclusão social não deve ser cumprida apenas pelo fato de ser imposta por uma determinada legislação, mas, sim, porque é fundamental para a efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

Para que o diferente, seja o homossexual ou o deficiente, seja aceito e tratado pelos demais com o devido respeito, se faz necessário que os sujeitos se coloquem no lugar do outro. Esse certamente é o ponto de partida para que passemos a olhar o diferente como um ser igual. Consoante colocam Lucas e Santos, ao falar da sexualidade, referem que

[...] há pessoas felizes que se sentem bem em sua condição biopsicossocial e que não tem nada que ver com enfermidades mentais, crimes nem pecado, senão que são produtoras de estéticas existenciais que criam singularidades, ampliam seus universos de existencialização e põe em evidência experiências positivas de emancipação psicossocial, política e cultural vividas tanto no plano pessoal como coletivo. (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 118).

O que deve ser compreendido é que a homossexualidade não torna a pessoa infeliz, pecadora, criminosa. Ademais, a sociedade deve conceber que as formas de manifestação da homossexualidade buscam ampliar os universos de existencialização e de emancipação social, política e cultural nos planos pessoais e coletivos.

Entende-se que, para a salvaguarda dos direitos dos grupos minoritários e vulnerabilizados pela sociedade, em face do modo diverso da linha de controle social heteronormativo, não podem ser utilizadas as razões práticas criadas para a proteção dos interesses dos grupos majoritários. O que deve ocorrer, portanto, é uma redefinição funcional do direito que tenha como objetivo a consolidação da diversidade, e não a implantação de um sistema de igualdade que há anos existe apenas como ficção (LUCAS; SANTOS, 2015).

Em outras palavras, pode-se dizer que o sistema moderno deve dar um tratamento hermenêutico diferenciado aos direitos dos diferentes, visando o reconhecimento das diferenças sob o olhar dos grupos tratados como diferentes. Aliás, como bem colocam Lucas e Santos, além da sociedade ter de reconhecer a diversidade, deverá também estimulá-la:

No plano instrumental, no estágio civilizatório em que nos encontramos, a adoção de soluções diferenciadas que aparentemente impliquem em discriminação, para a tutela de direitos cuja concretização fundamenta-se

no reconhecimento da diversidade, não somente deve ser tolerada, mas, mais do que isso, estimulada. (SANTOS; LUCAS, 2015, p. 118).

No atual cenário moderno, tanto a igualdade quanto a diversidade devem ser relativizadas a ponto de proporcionar soluções politicamente adequadas para as soluções conflitivas. Quanto ao reconhecimento dos deficientes, também devemos utilizar o mesmo ponto de partida referido anteriormente, qual seja, o sujeito deve se colocar no lugar do outro.

Supõe-se que estivéssemos em um mundo onde não existissem óculos e lentes de contato e, portanto, não enxergaríamos bem. Nesse caso, as oportunidades de trabalho e de educação estariam limitadas e, por conseguinte, seríamos prejudicados em relação aos outros que possuísem uma visão adequada. Da mesma forma, supõe-se que vivemos em uma sociedade em que pessoas necessitam viajar muito longe para a busca de alimentos, lenhas, água, etc., o que faz com que indivíduos menos preparados fisicamente tenham dificuldade de sobreviver na referida sociedade (IRWIN, 2009).

A partir deste discurso pretende-se demonstrar que as limitações humanas não devem ser consideradas deficiências e, por conta disso, caracterizadoras de discriminação e de exclusão social, haja vista que todos os indivíduos possuem algumas limitações para certas tarefas, habilidades para outras, e mesmo assim não são considerados deficientes. Portanto, o conceito de deficiente é uma definição social e cultural, atribuído pela própria sociedade rejeitadora das diferenças.

Segundo Willian, o fato de o indivíduo ser surdo não o torna deficiente. Isso porque os surdos e as pessoas com carência auditiva podem se comunicar muito bem com os outros seres que utilizam a fala para tal. E o fato de determinadas pessoas serem surdas não os torna infelizes e deficientes, pois estes (os deficientes) apenas adotam uma linguagem diferente para se comunicarem com a sociedade (WILLIAN, 2009).

Muito embora pareça estranho, há muitos pais de crianças com problemas auditivos que resistem aos implantes cocleares para seus filhos sob a justificativa de que querem que estes (seus filhos) participem da cultura surda. E mais: querem, os pais, contradizer a mensagem da sociedade de que as pessoas surdas são

defeituosas (IRWIN, 2009). A bem da verdade, os surdos são deficientes no mundo auditivo apenas se não forem feitos arranjos para eles e, em especial, se sofrerem discriminação.

A exclusão/discriminação suportada, por exemplo, pelo deficiente auditivo em um meio social onde todos os demais sujeitos se comunicam por meio da linguagem falada é o mesmo tipo de exclusão/discriminação que um ser que se comunica apenas pela fala sente quando está em um meio em que somente há deficientes auditivos que se comunicam por meio de sinais. Portanto, como dito, o ponto de partida para o entendimento da inclusão social é o sujeito se colocar no lugar do outro, ou seja, (re)conhecer o outro.

Consoante menciona Willian, é a sociedade que exclui as pessoas fisicamente diferentes, com alguma limitação. A deficiência é imposta como uma forma de exclusão e de discriminação para a sociedade, o que, convenha-se, é equivocado (WILLIAN, 2009).

De acordo com o modelo social referido por Irwin Willian, o problema da inclusão das pessoas deficientes está nas causas sociais e institucionais. Não há necessidade, nem haveria a possibilidade de mudar as pessoas com deficiências, mas, sim, a sociedade.

Essa pode e deve rever e desconstruir os seus preconceitos e paradigmas. Não se pode mais aceitar discriminações de gênero, o racismo e a homofobia, por exemplo. A sociedade tem de aprender a conviver harmonicamente com o outro, com o diferente, e não querer transformar os negros em brancos e os homossexuais em heterossexuais. A diversidade deve ser vista com riqueza cultural (WILLIAN, 2009).

Há outro aspecto relevante que deve ser levado em consideração na presente discussão. Muitas pessoas possuem uma ideia negativa acerca do que é ser diferente e não conseguem se imaginar viver em um corpo de uma pessoa que possui uma deficiência. E isso é uma fator determinante para que o diferente seja aceito.

Frisa-se, no entanto, que o fato de um sujeito não conseguir se imaginar dentro de um corpo de uma pessoa que possui limitações não quer dizer que aquele

que vive no referido corpo não quer viver em seu corpo. Ou seja, não é inteligente pensarmos que o indivíduo com alguma limitação não seja feliz com o seu corpo e quer ser “normal”. O fato é que aquele que nunca viveu dentro de um corpo de uma pessoa com deficiência talvez não consiga se ver no lugar dela em razão de que a vida como um ser “normal” é a única que conhece (IRWIN, 2009).

Há que se destacar que muitos pais de filhos com síndrome de Down os descrevem como “estrelas”, pois são amáveis e possuem devoção e consideração com a família e os amigos, em um mundo extremamente materialista. Referem, ainda, que é preferível ter uma criança com síndrome de Down do que crianças brutas que William Irwin chama de Dentes-de-Sabre (IRWIN, 2009).

É sabido que as sociedades não possuem estruturas adequadas para proteção dos deficientes e tampouco para que sejam incluídos como participantes do sistema. Por outro lado, as estruturas sociais acentuam ainda mais as inabilidades das pessoas com alguma limitação. Exemplos disso são os transportes públicos e privados, edifícios e eletrodomésticos que, como é visivelmente identificável, não foram feitos para as pessoas com problemas físicos. Aliás, não há acomodações adequadas para os deficientes nos espaços públicos, como escolas, locais de trabalho, entretenimento dentre outros, que possam receber e acolher de forma adequada esses indivíduos.

A deficiência, quando acompanhada da pobreza, dificulta ainda mais o acolhimento no seio da sociedade. Willian cita que, nos Estados Unidos, 48 milhões de pessoas não possuem seguro-saúde e que, em razão disso, segundo ele, para muitos pais, os implantes cocleares são a oportunidade de salvar a si mesmos e seus filhos da perseguição da diferença. (IRWIN, 2009).

A sociedade, de modo geral, vê os deficientes como estereótipos que necessitam de uma “cura” a fim de consertar a anomalia que apresentam. Não há dúvidas de que muitas pessoas deficientes e seus familiares adoram as notícias que mencionam a eventual “cura” para determinada deficiência. Mas outros talvez não se importem com as referidas notícias, pois realmente são felizes e vivem bem, não necessitando de qualquer “conserto” para que sejam inseridos na linha dos “normais”.

Alain Touraine, quando fala em multiculturalismo e em direitos culturais, refere que os grupos minoritários não pretendem o direito de ser como os outros, mas de ser outro. Aliás, o dito grupo busca, além do reconhecimento, mostrar que pode construir condições próprias de vida e, inclusive, transformar a vida social em função do seu modo de harmonizar os princípios gerais do sistema moderno por meio das identidades particulares (TOURAINÉ, 2006).

Reforça Touraine que o fato de (re)conhecer o outro não deve ser uma forma de compreensão mútua e tampouco uma relação amorosa, mas, sim, um modo de ver no outro a construção do sujeito, como se tal construção agisse sobre nós mesmos (TOURAINÉ, 2006).

Desse modo, a questão do (re)conhecimento do outro como um ser diferente mas com igualdade de oportunidades e não discriminação no meio social é o mais importante para a construção da cidadania e, principalmente, para a efetivação dos direitos da dignidade da pessoa humana. Com certeza os deficientes e os homossexuais não querem ser humilhados, rejeitados, violentados e tampouco vistos com sentimento de comiseração ou compaixão, mas, sim, respeitados, entendidos e aceitos. Importante descrever uma passagem de Alain Touraine nesse sentido:

Aquilo que cada um de nós exige, e sobretudo os mais dominados e os mais desprotegidos, é ser respeitado, não ser humilhado e até, exigência mais ousada, ser escutado – e mesmo ouvido e entendido. (TOURAINÉ, 2006, p. 173).

Simplesmente afirmar que não é contra ao homossexualismo e que isso não muda em nada, é apenas um trocadilho para não assumir o preconceito. Bauman diz que ninguém impede ninguém de ser o que é, e ninguém parece impedir ninguém de ser diferente; porém pode dificultar o diferente de ser diferente (BAUMAN, 2003).

Ressalta-se, outrossim, que o Estado busca por meio das institucionalizações jurídicas das reivindicações das classes minoritárias o reconhecimento da diferença e do pluralismo com o objetivo de deixar os indivíduos “normais” e os demais grupos absolutamente diferentes na mesma posição de igualdade. Entretanto, os novos

instrumentos de garantia da diferença têm causado sérios estranhamentos dentro da sociedade moderna estandarizada pelo igualitarismo.

A dita sociedade, então, vê tais novidades instrumentais como atos discriminatórios e atentatórios ao direito de igualdade. Pode-se citar como exemplo, as ações afirmativas de reservas de cotas para negros, índios e egressos de escolas públicas, ou, também, os casamentos e novas possibilidades de constituições familiares por parte dos homossexuais (LUCAS; SANTOS, 2015). Ou seja, é sabido que há resistência da sociedade atual aceitar “o diferente” ou “o outro”, como um ser humano igual em direitos e obrigações, ainda mais quando a lei “impõe” a aceitação/inclusão de determinado indivíduo.

No entanto, não se deve pensar que as leis de inclusão social possuem apenas fins populistas, que são atos de discriminação imotivada em relação aos demais indivíduos do sistema e que, inclusive, violam os direitos de igualdade, haja vista que, conforme foi várias vezes referido no texto, o sujeito para re(conhecer) o outro deve se colocar no lugar do outro. E não menos importante: se faz necessário que os sujeitos críticos às leis e formas de inclusão social busquem construir uma nova concepção de mundo a partir da análise da origem e dos objetivos que as leis inclusivas foram criadas.

As ações afirmativas e as políticas públicas acontecem para dar voz e vez àqueles historicamente excluídos. É uma medida de compensação por um passado de discriminação e de desigualdades dos grupos segregados socialmente. Tais medidas permanecem até a igualdade se estabeleça, portanto, são temporárias.

Sem maiores delongas, mas apenas para reflexão do que foi dito, por vários anos negros e índios foram tratados como selvagens. Deficientes, como seres inanimados e sem possibilidade de pensar e os gays e lésbicas como seres diabólicos e pecadores. Portanto, está mais do que na hora da sociedade e do Estado reconhecerem e buscarem a integração desses grupos nos diversos segmentos sociais.

Não restam dúvidas, por conseguinte, que há uma dívida histórica a ser paga em relação aos grupos de indivíduos que durante anos foram excluídos pelo sistema

estatal capitalista que somente se preocupou com o lucro, com o poder e com a dominação social.

E mais: há uma necessidade imediata de reconhecimento das identidades que não seguem a mesma linha pré-definida, uma vez que, em tempos de multiculturalismo e de direitos culturais, se faz importante a agregação de culturas diferenciadas. Por outro vértice, não há qualquer motivo para que os homossexuais e deficientes sejam isolados dos meios sociais, pois, como dito, a diferença não leva à anormalidade.

Portanto, cabe a todos que estão inseridos na sistemática heteronormativa saber entender e aceitar o outro na sua condição psicossocial. Ainda, cabe à sociedade que se diz não estar preparada para recepcionar deficientes e homossexuais, buscar alternativas para entender e aprimorar o processo de inclusão social. Aos desavisados, vivemos em uma sociedade multicultural.

CONCLUSÃO

Em tempos de Estado Democrático de Direito há muito que ser feito para que as desigualdades e discriminações sejam combatidas. A cultura intimamente imbricada no pensamento humano dificulta a aceitação daqueles indivíduos que não seguem a linha de controle firmada pela sociedade, ou seja, aqueles que não se assemelham com a normalidade imposta social e culturalmente.

Os grupos dos indivíduos que possuem uma orientação sexual diferenciada dos padrões convencionais ou que não apresentam uma normalidade física e intelectual aceitável encontram sérias dificuldades de serem incluídos socialmente, justamente pelo fato de serem considerados anormais/diferentes.

Não há, portanto, mais espaço para a indiferença com o diferente, pois a cultura atual não mais comporta qualquer discriminação que venha a causar prejuízos para o ser humano, ainda mais quando a todos é estendido o direito à igualdade.

O pensamento cultural e preconceituoso deve ser completamente eliminado, uma vez que a diferença não torna o ser naturalmente diabólico, pecaminoso ou

incapaz. Há a necessidade imediata de que os cidadãos e as instituições alterem suas concepções e se abram para o acolhimento de novas culturas e novas identidades. Conscientizem-se, enfim.

Não se pretende afirmar que a inclusão social seja um processo fácil, ainda mais quando a sociedade que se diz moderna faz protestos e ameaça de boicote uma marca de determinada empresa de venda de cosméticos em razão de uma propaganda de dia dos namorados que mostra diferentes tipos de casais, heterossexuais e homossexuais, trocando presentes (G1, 2015). Lembra-se que a “tolerância” não garante direitos. O que a sociedade deve fazer é com que os direitos dos desiguais e dos historicamente discriminados sejam efetivamente garantidos.

Não restam dúvidas, porém, acerca da dificuldade do acolhimento dos “diferentes” nos meios sociais. Entretanto, acredita-se que tal fase seja transitória e que, com o passar dos anos, não mais será considerada um problema. Isso porque as novas gerações humanas, em razão, especialmente, da educação, das políticas públicas e do acelerado acesso às informações pelos meios de comunicação de massa, os que conduzirá a outro tipo cultural de sociedade que não visualizará deficientes e homossexuais como “o outro”, “o diferente”, “o desigual”, mas, sim, como “indiferentes”, não no sentido de invisibilidade mas de aceitação.

O processo de adaptação cultural e de mudança de paradigma é dificultoso, doloroso e exige esforços; porém, ele é fundamental para o avanço da sociedade e do ser humano e, principalmente, para evitar que essa (a sociedade) fique estagnada culturalmente e afetivamente.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zigmund. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

IRWIN, Willian. **X-Men e a Filosofia**: visão espantosa e argumento assombroso no x-verso. São Paulo: Madras, 2009.

G1. O Portal de Notícias da Globo. **Propaganda de o Boticário com Gays Gera Polêmica ao Chegar ao Conar**. Disponível em:

<http://g1.globo.com/economia/midia-e-marketing/noticia/2015/06/comercial-de-o-boticario-com-casais-gays-gera-polemica-e-chega-ao-conar.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_campaign=g1>. Acesso em: 06 jun. 2015.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **A (In)Diferença no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, Valdeci Gonçalves da. **O Discurso da Inclusão Homossexual**. Disponível em: <<https://www.algosobre.com.br/comportamento/o-discurso-da-inclusao-homossexual.html>>. Acesso em: 18 mai. 2015.

TOURAINE, Alain. **Um Novo Paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2006.

FILOSOFIA DA CIÊNCIA: INTRODUÇÃO AO JOGO E SUAS REGRAS.

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e suas regras. 17. ed. São Paulo: Loyola Jesuítas, 2012.

O senso comum e o pensamento científico

Camila Pauli Damke¹
Daiana Dreissig²
Márcia Adriana Dias Kraemer³

Rubem Alves nasceu em Dolores da Boa Esperança (Minas Gerais), em 1933. Torna-se Bacharel e Mestre em Teologia em 1964, Doutor em Filosofia em 1968, Livre Docente em Filosofia Política em 1980 (ALVES, 2015). Dividindo-se entre o Brasil e o exterior, o pianista, professor, psicanalista e escritor Rubem Alves publica 146 obras literárias. Faleceu em 2014.

“Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras”, de 1981, é uma obra com perspectivas atuais, que desconstrói mitos criados pelo senso comum, apresentando comparações e diferenças relacionadas a temas importantes presentes no cotidiano. Infere relações lógicas para o desencadeamento dos atos de pensar e de questionar, além de correlacionar as abstrações e as percepções da vanguarda e da retaguarda cultural.

O autor inicia a obra questionando sobre o que se compreende por *ciência* e *cientista*, listando, em seguida, as mais recorrentes possibilidades de resposta – especialmente ligadas a alguém que lida com experimentos, fórmulas, conhecimento

¹ Acadêmica do Curso de Direito – 8º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. camila_damke@hotmail.com

² Acadêmica do Curso de Direito – 8º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis. daianadreissig@yahoo.com.br

³ Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Bolsa Capes. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social/CNPq, da Universidade de Santa Cruz, Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Docente de Língua Portuguesa e de Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica do Curso de Direito e das Pós-Graduações das Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, RS, Brasil. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – NPPGE/FEMA. marciakraemer@fema.com.br

superior ao das demais pessoas. Indica que essa sensação de que os cientistas são *superiores* é utilizada, por exemplo, pela mídia, para influenciar o comportamento da massa. Isso acontece porque, como o cientista é considerado uma autoridade, as pessoas se sentem confortáveis com o seu parecer, sem refletir ou questionar.

Nesse contexto, configura-se a necessidade de desmitificar a ideia de que as construções feitas pelas pessoas em geral são menos válidas do que as construções feitas pelos cientistas. Para Alves, a ciência é um aprimoramento de habilidades comuns em relação a outras. Essa escolha nem sempre pode ser compreendida como, um vez que o resultado é conhecer muito sobre apenas um pequeno aspecto ou assunto.

A perspectiva de Alves é confirmada por outros filósofos como Morin, em sua obra “A Cabeça Bem-Feita”, de 2003, que compactua com essa premissa afirmando que o pensamento cartesiano da modernidade trouxe a disciplinaridade científica com vantagens para a divisão do trabalho, contudo com “[...] inconvenientes da superespecialização, do confinamento e do despedaçamento do saber. Não só produziram o conhecimento e a elucidação, mas também a ignorância e a cegueira.” (MORIN, 2003, p. 14-15).

A ciência, no pensamento de Alves, é algo a ser aprendido. A aprendizagem é construída, necessariamente, a partir do senso comum de quem aprende; é a ampliação, o aperfeiçoamento das aptidões do indivíduo. Para tanto, senso comum pode ser definido, por exclusão, como tudo o que não constitui ciência. Entretanto, a existência do senso comum é indispensável para a criação da ciência. Com efeito, o processo de aprendizagem, que envolve senso comum e ciência como meios de evolução e de compreensão do mundo, almeja a possibilidade de constituição de uma melhor forma de vida à sociedade.

Alves constata: é o problema que impulsiona o pensamento. O problema quebra uma dada sequência, ele interrompe. Consequentemente, a percepção e a definição do problema são o ponto de partida da ciência, porque a partir daí é que são elaboradas possibilidades que visem a sua solução. Para tanto, é preciso compreender o problema de forma holística.

O problema está para algazarra assim como a solução está para ordem. A solução de um problema é um modelo de ordem, permitindo que, a partir dela, os fenômenos sejam previsíveis, já que obedecerão a um padrão. A ordem é uma necessidade humana. Tanto é que tão somente por isso o ser humano a procura: porque precisa ter a sensação de segurança sobre o ambiente em que se insere e saber comportar-se nele. Nesse objetivo, igualam-se senso comum e ciência.

A ciência baseia-se nos fatos conforme sua utilidade para o desenvolvimento de uma teoria. As teorias, por sua vez, são validadas de acordo com a sua capacidade de previsão, apesar de (ou, justamente, por) não haver uma garantia absoluta da continuidade de determinada ordem da forma como antes apresentada.

O autor traz a assertiva de que a ciência desencanta o universo. Reflexo da capacidade humana de manipulação, de pensamento crítico, de questionamento, por meio do qual se consegue entender e prever a forma do acontecer dos fenômenos. Há que se notar: as perguntas elaboradas pelo homem nascem da sua necessidade de sobrevivência.

A razão trabalha com aquilo que ela mesma desenvolve, dentro de um contexto trazido por si. Nesse sentido, mensagens cifradas são provocações à razão e esse é o impulso da ciência: questionamentos perspicazes. A procura da ciência já não é sobre a essência do objeto pesquisado, mas sim, sobre sua aplicação, sua finalidade.

Rubem Alves usa uma analogia para explicar ciência, comparando cientistas a pescadores. O cientista lança sua rede para pescar exemplos, sua rede é constituída por palavras, que tem por nome teorias. A rede do cientista é o objeto de conhecimento dele, ela não tem o seu valor só naquilo que capta, mas também por aquilo que deixa passar. O cientista pode optar pelo uso do anzol, pois a rede traz objetos que ele não necessita; com o anzol ele tem a opção de escolher o que deseja, o anzol é o método que predetermina o resultado.

Dados, por si só, adquirem significado somente quando contextualizados em relação a uma teoria. A partir disso, destacam-se: o raciocínio indutivo, pelo qual se utiliza do passado, por comparação, para discutir o futuro; e o raciocínio dedutivo, que se utiliza de experimentação para discutir o futuro. De qualquer forma, para

investir em uma teoria, para *fazer a ciência acontecer*, é necessário, primeiro, acreditar.

Citando Karl Popper, o autor afirma que é a convicção humana na continuidade do universo que estrutura a concepção de teorias. Já, nas palavras de David Hume, o filósofo observa duas possibilidades de material de trabalho da razão: relação de ideias (lógica) e matérias de fato (relações de eventos do mundo), sendo que, ao final, as ideias sobre a matéria são provenientes de relações causais.

Estas, entretanto, podem ser bastante abrangentes quando concebidas a partir da experiência. Observa-se isso, por exemplo, a partir da psicologia comportamentalista, que defende o desenvolvimento da ciência a partir de causas (estímulos) e respostas (efeitos): o contexto explicativo, tanto das causas quanto dos efeitos, pode modificar profundamente o sentido de cada uma delas.

A simples constatação das relações causais não pressupõe reflexão, conforme o autor. Em contraponto, vem a ciência, que surge justamente, do questionamento, da necessidade de explicações mais contundentes, da reflexão, da imaginação, da criação de um esquema teórico-explicativo. A ciência se utiliza de métodos, certamente. Contudo, não somente deles. Há algo que é anterior, concomitante e mesmo posteriormente aos métodos. Esse *algo* é a criatividade, a imaginação, a capacidade de pensar e formular ideias.

Conforme o autor, apresentam-se, ao longo da história, tempos em que a criatividade é suprimida do processo científico, porque se julga que conturba o conhecimento. Nesse viés, o cientista deve ter um olhar puramente objetivo, livre de cargas emocionais, por exemplo. Esse contexto propicia a divisão entre senso comum (ligado ao emocional) e a ciência (objetiva). Consequentemente, um falso engrandecimento de ego dos cientistas, que entendem ser diferentes do demais por *não se utilizarem* do senso comum, mas sim da logicidade.

Desconsidera-se, na óptica racionalista, o amor intelectual (a curiosidade, a teoria, o questionamento) sobre o objeto da experiência, aplicando-se o mito da rigorosidade sobre a imaginação, que, afinal de contas, sequer pode ser efetivamente avaliada. Até mesmo grandes pensadores, no percurso da

humanidade, consideram a ciência como livre do emocional e, os cientistas, como descartadores de imaginação.

Não compreendem, entretanto, que a ciência é feita por pessoas comuns e que as teorias são primeiramente sonhadas, idealizadas, para então serem defendidas. Alves defende que isso é, sim, amor intelectual. Que há, por trás da ciência, mesmo que intrinsecamente, questões emocionais. Não considerar esse conjunto significa descartar a própria origem dos pensamentos humanos.

A ciência, que objetiva a produção de conhecimento, não tem como ponto de partida a verdade das teorias, mas a capacidade de pensar sobre elas. Consequentemente, podem ser as teorias verdadeiras ou falsas, comprovando-se isso a partir de métodos de testes. É preciso esclarecer, contudo, que as teorias não devem ser testadas pelo aspecto da veracidade e sim, pela impossibilidade de comprovar a falsidade. Nesse viés, o cientista, para defender sua teoria, deve, em primeiro, contrariá-la. As teorias adquirem sentido conforme são apropriadas pelos seus criadores. Estes, por sua vez, nem sempre estão dispostos a ver suas teorias contestadas.

O filósofo defende que o indivíduo é um resultado social. Nesse sentido, a inserção e a obediência às instituições científicas são regra aos que pretendem desenvolver ciência. Por conseguinte, as teorias se apresentam como instrumentos da comunidade científica, como formas de poder. Enfim, o *desejo puro de saber* não condiz com o *desejo impuro de viver*: Entre novos conhecimentos e teorias firmadas, tende-se pela manutenção do *status quo*, por uma questão de conveniência e de interesses.

Alves conclui, muito próprio ao seu modo de desenvolver reflexão, propondo indagações. Questiona sobre a possibilidade de ser mais proveitoso se a ciência voltar-se à relevância das necessidades sociais, contrapondo a obstinação em relação à *verdade*, à detenção de poder científico. Para ele, o conhecimento está para servir ao homem e não o homem ao conhecimento. O autor preconiza que a ciência deve ser utilizada para crescer à sociedade, para auxiliar nas suas perspectivas e aspirações.

Pode-se, a partir dos pressupostos de *Filosofia da Ciência*, estabelecer uma relação com o preconizado por Warat, na obra “Introdução Geral ao Direito: interpretação da lei, temas para uma reformulação”, em seu primeiro capítulo no qual discute acerca do senso comum teórico dos juristas (WARAT, 1994). Para o pensador, é necessário o questionamento sobre o que é o conhecimento crítico do Direito. De acordo com Warat, não há uma resposta amena, uma vez que existe um rol de argumentos considerados intelectualmente críticos, porém revestidos de *doxa*, de saberes jurídicos institucionalizados e não reflexivos, em contraposição à *episteme*, produzidos pelo contexto acadêmico e profissional.

Com efeito, percebe-se que há primazia do senso comum, reconhecido tanto no conhecimento popular como no científico, como demonstram Alves e Warat. Assim, compreender que os saberes constroem-se no contexto social, na cultura, na história, nas ideologias é fundamental. Em decorrência dessa análise, é possível refletir sobre os paradigmas que são apresentados cotidianamente nos diferentes estratos sociais, para que os sujeitos não percorram trajetórias pouco analíticas, de conhecimento fragmentado e centrado em marcos conceituais que se relacionam de maneira flexível e problemática.

É imprescindível compreender as condições históricas de elaboração dos enunciados e os vários sentidos sociais dos hábitos teóricos aceitos como discursos competentes dos cientistas. É preciso disseminar o senso crítico que se encontra presente em vozes assonantes e dissonantes necessárias ao pensamento plural e multifacetado.

Logo, boas teorias estão relacionadas a bons questionamentos e o pensar crítico e a indagação estão ligados ao surgimento e à construção de resoluções. É pertinente, portanto, a análise sem equívocos tanto do senso comum quanto do pensamento científico, desmitificando as superioridades conceituais em prol de indagações acerca da adequação da *doxa* e da *episteme*, cada uma persistindo, mesmo que de forma distinta, em sua busca da ordem essencial para a sobrevivência humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Rubem. **Biografia**. Disponível em:
<http://lojarubemalves.com.br/novosite/?page_id=101>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. **O legado de Rubem Alves**. Disponível em:
<http://lojarubemalves.com.br/novosite/?page_id=158>. Acesso em: 16 set. 2015.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem-Feita**: repensar a reforma, reformar o pensamento. 8. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. E-book disponível em: <<https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!384&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!ACnnXQT1dq-do-Q>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução Geral ao Direito**: interpretação da lei, temas para uma reformulação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1994.