



ANAIS DO II SIMPOSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Organizadores

Frederico S. Santos;
Leniederson R. Pinto;
Luciene S. S. Santos
Mário G. Ferreira
Paulo R. de Oliveira

Comissão Científica

André Luis Vieira Eloi
Cássio Malta Scuccato
Kelliny Gomes Silva
Kênia G. R. Magalhães
Paulo Enderson O. Teixeira



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Anais do II Simpósio de História do Direito

Anais do II Simpósio de História do Direito – Democracia, Cidadania e Direitos Humanos. Organizadores: Mário G. Ferreira, Frederico S. Santos; Leniederson R. Pinto; Luciene S. S. Santos; Paulo R. de Oliveira. Editoração: Mário Gomes Ferreira.

ISSN 2359-6260

Diamantina: Universidade do Estado de Minas Gerais –
Unidade Diamantina, 2015.

1. Ciências Humanas, 2. Título: II Simpósio de História do Direito: Democracia, Cidadania e Direitos Humanos.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitor

Prof. Dr. Dijon Moraes Júnior

Vice-Reitor

Prof. Dr. José Eustáquio Brito

Chefe de Gabinete

Prof. Dr. Eduardo Santa Cecília

Pró-Reitora de Ensino

Profa. Ms. Cristiane Silva França

Pró-Reitora de Pesquisa

Profa. Dra. Terezinha Abreu Contijo

Pró-Reitora de Extensão

Profa. Dra. Giselle Hissa Safar

Pró-Reitor de Gestão e Finanças

Prof. Adailton Vieira Pereira

Diretor Geral de Campus

Prof. Roberto Werneck

UNIDADE UEMG DIAMANTINA

Diretor

Prof. Ms. Mário Gomes Ferreira

Vice-Diretora

Prof. Ms. Silvana Regina Paslausk

II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

Comissão Organizadora

Prof. Ms. Mário Gomes Ferreira

Prof. Leniederson Rosa Pinto

Prof. Ms. Paulo Roberto de Oliveira

Prof. Dr. Frederico Silva Santos

Prof. Luciene Soares Silva Santos

Comissão Científica

Prof. Ms. André Luis Vieira Eloi

Prof. Ms. Cássio Malta Scuccato

Profa. Kelliny Gomes Silva

Profa. Ms. Kênia G. R. Magalhães

Prof. Ms. Paulo Enderson O. Teixeira



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

SUMÁRIO

O PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL/ADPF Nº 54 (FETO ANENCÉFALO): COMO SE PONDERA EM *TERRAE BRASILIS*.....6

CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DO DIREITO PARA O NÃO RECONHECIMENTO DO TRANSEXUAL ENQUANTO CIDADÃO17

GARIMPO DE AREINHA: ESPAÇO DE CONVIVÊNCIA, CULTURA HISTÓRICA, EXCLUSÃO E ESPERANÇA. POR UM PROCESSO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS, UM DILEMA25

ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA35

RELATOS DO ESTADO E DA SOCIEDADE PELA PROTEÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL.....44

PARA ALÉM DOS OLHOS: AS TRILHAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA56

ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS.....66

O OLHAR DOS VIAJANTES VIAJANTES EUROPEUS AUGUSTE DE SAINT-HILAIRE E JOHN MAWE SOBRE O VALE DO JEQUITINHONHA NO SÉCULO XIX75

SOBERANIA E JURISDIÇÃO MARÍTIMA BRASILEIRA: AMAZÔNIA AZUL E PRÉ-SAL.....84

INCONFIDÊNCIA MINEIRA: IDEAIS ILUMINISTAS E PRÁTICAS MAÇÔNICAS.....95

A IMPROBIDADE DO ESTADO NA RESOLUÇÃO DE ATOS JURÍDICOS: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA112

DIREITOS HUMANOS, CONQUISTAS HISTÓRICAS DA HUMANIDADE122

O PAPEL DO CHEFE DO EXECUTIVO NA ESCOLHA DAS DESPESAS PÚBLICAS132

A MUDANÇA DO PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL: A MINERAÇÃO NO VALE DO JEQUITINHONHA.....138



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O ENTENDIMENTO DA FORMAÇÃO CIDADÃ E HUMANÍSTICA DE SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA A PARTIR DA LEITURA DA OBRA RAÍZES DO BRASIL.....147

A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DOS157

LINCHAMENTOS SOCIAIS157

DEFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NO QUE TANGEM AS DECISÕES DOS MAGISTRADOS ACERCA DA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL.....167

O RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL NA PROTEÇÃO DAS BELAS ARTES177

RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO188

O PAPEL DO EMPREGADOR NA MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO.199

INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS EM GUANTÁNAMO E A CORRELAÇÃO COM A RELEVÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA...210

UMA POSSÍVEL SUPERAÇÃO À DICOTOMIA PRETO/BRANCO.....219

O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE NO TOCANTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRANSEXUAL228

OS LIMITES DA RAZÃO DEMOCRÁTICA237

DIÁLOGOS ENTRE HISTÓRIA E DIREITO: CONVERGÊNCIAS E DEFINIÇÕES DESSAS DUAS ÁREAS DO SABER250

BACHARELISMO E ENSINO JURÍDICO: *A IMPLANTAÇÃO DO MODELO TECNICISTA NA EDUCAÇÃO JURÍDICA E A PROLIFERAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO COMO FATORES PREPONDERANTES PARA O “DECLÍNIO” HODIERNO DO FENÔMENO BACHARELÍSTICO*267

SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NO QUE TANGE AOS DIREITOS HUMANOS E À RESSOCIALIZAÇÃO.....290

PROSTITUIÇÃO UNIVERSITÁRIA: PARA ALÉM DOS MUROS DAS UNIVERSIDADES.....298



O PROCEDIMENTO DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL/ADPF Nº 54 (FETO ANENCÉFALO): COMO SE PONDERA EM *TERRAE BRASILIS*

Américo Braga Júnior (UEMG) ¹

Tamirez Rodrigues Costa (UEMG) ²

Thamires Araújo Ávila (UEMG) ³

Resumo:

Trata-se de artigo científico que tem por objeto o Procedimento da Ponderação de Robert Alexy na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF nº 54, julgada pelo Supremo Tribunal Federal/STF no ano de 2012. No desenvolvimento do trabalho realiza-se uma incursão acerca do Procedimento da Ponderação estruturado por

¹ Aprovado no Concurso Público para Promotor de Justiça do Estado do Piauí. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes – UCAM/RJ. Pós-Graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMP/MG. Pós-Graduado em Criminologia pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG/ACADEPOL. Professor do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG/Unidade de Diamantina e da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC. Coordenador do Projeto de Pesquisa intitulado “O Procedimento da Ponderação de Robert Alexy e as decisões do Supremo Tribunal Federal/STF: como se pondera em *terrae brasilis*”. Coordenador do Projeto de Extensão intitulado “Reflexão Literária”. Projetos desenvolvidos na Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG/Unidade de Diamantina.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG/Unidade de Diamantina. Integrante efetiva do Projeto de Pesquisa intitulado “O Procedimento da Ponderação de Robert Alexy e as decisões do Supremo Tribunal Federal/STF: como se pondera em *terrae brasilis*”. Integrante efetiva do Projeto de Extensão intitulado “Reflexão Literária”.

³ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG/Unidade de Diamantina. Integrante efetiva do Projeto de Pesquisa intitulado “O Procedimento da Ponderação de Robert Alexy e as decisões do Supremo Tribunal Federal/STF: como se pondera em *terrae brasilis*”. Integrante efetiva do Projeto de Extensão intitulado “Reflexão Literária”.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Alexy. O Procedimento da Ponderação, fragmentado nas três máximas da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito ou Lei da Colisão, busca gerar racionalidade à argumentação jurídica, sempre que houver tensão, colisão entre direitos fundamentais. O ordenamento jurídico abarca, abstratamente, um extenso rol de direitos fundamentais, o que propicia, inexoravelmente, colisões entre eles no plano concreto. Na ADPF nº 54, o STF manifestou-se acerca da eventual colisão entre o direito à vida do feto anencéfalo e direitos fundamentais da gestante. Os votos dos Ministros foram objeto de estudo, cuja conclusão foi a de que o STF não pondera, mas decide conforme sua consciência.

Palavras-chave: Ponderação, Discricionariedade, ADPF nº 54, Supremo Tribunal Federal.

1. Introdução

É inegável a influência exercida pela teoria de Robert Alexy nos julgados do Supremo Tribunal Federal/STF. Em análise da prática decisória realizada pelo Poder Judiciário brasileiro, percebe-se que, em decorrência de estarmos inseridos em um momento da história no qual a sociedade caracteriza-se por ser complexa, plural e inclusiva, a colisão de direitos fundamentais ou princípios torna-se um fenômeno comum e frequente a ser decidido pelo Poder Judiciário. Pelo estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF nº. 54, procurou-se observar de que modo ocorre a aplicação do Procedimento da Ponderação proposto por Robert Alexy.

O Procedimento da Ponderação busca reduzir, na maior medida possível, a discricionariedade do julgador⁴, evitando que a decisão seja

⁴ Ronald Dworkin fala em três sentidos para o termo *discricionariedade*: um sentido fraco; um sentido forte; e um sentido limitado. O sentido limitado oferece poucos problemas para sua definição. Significa que o poder da autoridade à qual se atribui poder discricionário determina-se a partir da possibilidade de escolha “entre” duas ou mais alternativas. A esse sentido, Dworkin agrega a distinção entre discricionariedade em *sentido fraco* e



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

produzida com fulcro no subjetivismo deste, ou seja, naquilo que suas premissas pessoais acreditam ser conveniente naquele caso concreto e não nos termos do ordenamento jurídico elaborado legítima e democraticamente.

A ADPF n.º. 54 requereu ao STF a aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição, tendo por escopo afastar a criminalização da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, alicerçando-se nos direitos fundamentais da gestante à liberdade, à dignidade, à autonomia da vontade e à saúde. Por sua vez, o argumento contrário baseou-se no direito fundamental à vida do nascituro. A eventual colisão entre os direitos fundamentais ou princípios referidos é que legitimou o STF a utilizar o Procedimento da Ponderação desenvolvido por Robert Alexy.

discricionariade em *sentido forte*, cuja determinação é bem mais complexa do que a discricionariade em sentido limitado. A principal diferença entre os sentidos forte e fraco da discricionariade reside, segundo Dworkin, no fato de quem, *em seu sentido forte*, a discricionariade implica **incontrolabilidade da decisão segundo um padrão antecipadamente estabelecido**. Desse modo, *alguém que possua poder discricionário em seu sentido forte pode ser criticado, mas não pode ser considerado desobediente*. Não se pode dizer que ele cometeu um erro em seu julgamento. É neste **sentido forte da discricionariade** que Dworkin assenta sua crítica ao positivismo hartiano quando este afirma ter o juiz poder discricionário toda vez que uma **regra clara e pré-estabelecida não esteja disponível**. Ou seja, e aqui citamos expressamente Dworkin, “os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes não impõem obrigações a estes”. Discorrendo sobre a posição a posição de Hart, Dworkin afirma ainda: “quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele ‘tipicamente emprega’. Em sua crítica ao poder discricionário, Dworkin afirma que nestes casos, os “padrões que os juízes tipicamente empregam” são na verdade *princípios* que os **guiam em suas decisões** e que os **obrigam** no momento de determinar qual das partes possui direitos. Princípios estes que Hart desconsidera, pois permanece preso a uma imagem do direito que ele mesmo construiu segundo a qual o direito se articula segundo um modelo de regras. OLIVEIRA, 2008, p. 28.



2. Procedimento da ponderação de Robert Alexy:

A Teoria do Direito e a Filosofia no Direito objetivam assegurar maior transparência e legitimidade às decisões judiciais, denunciando a não superação da filosofia da consciência, possuindo por crítica precípua o subjetivismo presente nas decisões, fenômeno que propicia discricioniedades, decisionismos, privilégios, perseguições e, por conseguinte, fragiliza a autonomia do direito produzido democraticamente. O Procedimento da Ponderação pretende gerar racionalidade à argumentação jurídica, exigindo do magistrado a explicitação do fundamento de sua decisão nos casos de colisão de direitos fundamentais.

Em tal contexto, o Procedimento de Ponderação apresenta-se como método para substanciar o órgão julgador na colisão de direitos fundamentais ou princípios, permitindo a aplicação do direito de modo discursivo, objetivando combater arbitrariedades e decisionismos ao se utilizar da dialética e da razão para fundamentar a decisão jurídica de cada caso. Assim, atribui-se, além de racionalidade, maior legitimidade democrática às decisões.

Para tanto, a distinção teórico-normativa entre regras e princípios constitui a base da Teoria de Alexy. Segundo Alexy⁵, em uma análise qualitativa, regras são comandos definitivos, aplicados por meio da subsunção, e que, por comandarem, proibirem ou permitirem algo de forma definitiva, devem, quando aplicadas, o serem em sua integralidade. É o que se denomina o caráter tudo ou nada das regras.

Os princípios, por sua vez, são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível, levando-se em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas de cada circunstância e do momento histórico. Ou seja, são comandos de otimização, que, diferentemente das regras, podem ser aplicados em diferentes graus, por meio da ponderação.

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 86-91.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Demarcada a distinção entre regras e princípios, torna-se relevante a compreensão dos problemas da construção dos direitos fundamentais em regras. Segundo Alexy, o problema da construção em regras, por se evidenciar na restrição a direitos fundamentais, deve ser analisado em dois pontos: a da reserva da lei ordinária e a dos direitos fundamentais garantidos sem reserva.

O primeiro, ao garantir um direito fundamental, estabelece, por meio de uma cláusula, que este somente poderá sofrer intervenções por meio de lei. Neste diapasão, a problemática se encontra no fato de atribuir ao legislador o poder de interferir no direito fundamental, uma vez que este perde sua força vinculativa ao legislador. Já o segundo, ressalta Alexy que, por não estar prevista qualquer restrição aos direitos fundamentais, os direitos devem, inevitavelmente, ser ponderados.

Sobre a construção dos direitos fundamentais em princípios, destaca Alexy que tal concepção busca equacionar os problemas atinentes à colisão de modo mais racional, uma vez que, concebendo os direitos fundamentais como princípios, mandados de otimização, a concepção principiológica vincula-se à máxima da proporcionalidade, concretizando, portanto, intrínseca conexão entre direitos fundamentais e o procedimento da Ponderação.

A partir da construção dos direitos fundamentais como princípios, torna-se suscetível a existência de colisões e, na busca pela racionalidade e correção, utilizar-se-á o método da Ponderação para substanciar a decisão judicial. Contudo, antes de se observar o peso dos princípios em colisão, Alexy observa que a primeira análise a ser feita é quanto ao plano da validade do princípio, uma vez que, tratando-se de colisão de princípios, cujo resultado implicará em sua pertinência ao ordenamento jurídico, resolver-se-á pelo teorema da colisão.

Superada a dimensão da validade dos princípios em colisão, passa-se ao Procedimento da Ponderação propriamente dito. A máxima da proporcionalidade se subdivide em três máximas parciais, a saber,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Ressalta-se que a análise destas é sucessiva e ordenada.

Segundo a máxima parcial da adequação, deve-se analisar se a medida estatal é um meio adequado para promover o direito fundamental que se visa a proteger. Já o exame da necessidade, há que se perquirir se, além de adequado, o ato estatal é realmente necessário. Passadas essas etapas, realiza-se a proporcionalidade em sentido estrito, verificando se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro. Neste sentido, a Lei da Ponderação preceitua que “quanto maior o grau de descumprimento ou de interferência em um princípio, maior deverá ser a importância do cumprimento do outro princípio.^{2º}”.

Para o cumprimento deste preceito, a análise a ser feita implica em três níveis e, segundo Alexy, o primeiro nível trata do grau de descumprimento ou da interferência em um princípio. O segundo nível implica na identificação de interferência da importância do cumprimento do princípio oposto e o terceiro nível limita-se a analisar se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele.

Com a observância estrita das três máximas parciais, completa estará a aplicação da máxima da proporcionalidade conforme preceituado por Robert Alexy no Procedimento da Ponderação.

2. O Supremo Tribunal Federal/STF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF nº 54:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF 54, proposta em 17 (dezessete) de junho de 2004 (dois mil e quatro) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde/CNTS, requereu ao STF a aplicação da técnica da interpretação conforme à Constituição, de modo a considerar inconstitucional a interpretação no sentido de que a interrupção da gravidez de feto anencefálico constituísse conduta delituosa tipificada nos artigos 124 (aborto provocado pela gestante ou



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

com o seu consentimento), 126 (aborto provocado com o consentimento da gestante), ambos do Código Penal Brasileiro.

A ADPF nº 54 fundamentou o seu pedido nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, analogia à tortura, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde. Uma das premissas que lastrearam o pedido foi a de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa poderia ser sujeito passivo do crime de aborto, o que não ocorre com o feto anencefálico, uma vez que não teria a possibilidade de atingir vida própria. Isso porque, conforme entendimento corroborado pelos relatos de diversos profissionais da saúde, bem como de outros interessados, como políticos e religiosos, e em analogia ao conceito de morte cerebral contido na Lei de Transplantes de Órgãos (Lei nº 9.434/97), o feto anencefálico, ainda que venha a nascer, não é dotado de sentimentos, sensações ou quaisquer percepções do mundo externo, como reação a estímulos.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, seguindo o voto do relator Ministro Marco Aurélio Mello, decidiu pela procedência do pedido, declarando inconstitucional a interpretação que considera a interrupção da gravidez de feto anencefálico como aborto, afastando a aplicação dos tipos incriminadores dos artigos 124, 126 do Código Penal Brasileiro.

Importante frisar que, na fundamentação dos votos, parte dos Ministros se valeu do Procedimento da Ponderação de Robert Alexy, como método procedimental a solucionar colisão de direitos fundamentais ou princípios.

Com base na análise dos votos dos Ministros do STF, constata-se, a começar pelo voto do Ministro relator, referências à Ponderação de maneira expressa em quatro situações, nas quais apenas é mencionado que há um confronto entre princípios (dignidade humana, vida, liberdade, autonomia da vontade, saúde e direitos individuais), mas que tal confronto seria apenas aparente. Segundo o Ministro Marco Aurélio Mello,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

[...] que tal direito cederia, **em juízo de ponderação**, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral, e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República. (grifo nosso).

Constata-se que o Procedimento da Ponderação é mencionado, mas sem a observância estrita das máximas parciais da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, contendo uma baixa densidade argumentativa.

No voto da Ministra Rosa Weber, destaca-se a presença de um tópico específico intitulado “Ponderação de valores entre a vida do feto anencéfalo e a dignidade, a integridade, a liberdade e a saúde da gestante. Direitos reprodutivos da mulher”. A Ministra reflete sobre o princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores por meio de uma argumentação racional e da lógica matemática apresentada por meio da fórmula do peso. Dessa forma, ainda que presentes alguns equívocos metodológicos, a decisão foi fundamentada, afastando-se do decisionismo, discricionariedade.

Em sentido contrário, o Ministro Joaquim Barbosa, em voto sucinto e de modo extremamente discricionário, pedindo licença os que pensam em contrário, aduziu:

[...] Isso porque, **ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito**, a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, **entendo que**, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal. (grifos nossos).

Trata-se de uma decisão discricionária, que não supera a filosofia da consciência, pois o Ministro baseia a decisão em suas convicções



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

pessoais e não através do uso da lógica, da matemática e da linguagem comum, conforme Robert Alexy afirma ser necessário ao utilizar-se da Ponderação.

Em situação semelhante decidiu o Ministro Celso de Mello ao referir-se sobre a colisão entre direitos fundamentais e a Ponderação destes, utilizando da expressão **“tenho para mim”**, que inclusive aparece em destaque em seu voto.

Nos votos seguintes, os Ministros apenas citam a ponderação, fazem referência às colisões entre os princípios ou sequer mencionam a teoria, sempre sem a observância estrita das três máximas parciais do Procedimento da Ponderação. Ademais, por vezes fazem confusão entre proporcionalidade e razoabilidade, considerando que ambos sejam sinônimos.

Para ilustrar o raciocínio exposto, a Ministra Carmem Lúcia, em um subtópico de cerca de duas páginas denominado “A ponderação de Bens e a Interpretação da Constituição”, utiliza-se da lição de Ronald Dworkin, o mais conhecido crítico da teoria da proporcionalidade, para justificar a interpretação das normas legais e sua harmonia com os princípios constitucionais, abstendo-se de seguir o procedimento da ponderação e de fazer menção à teoria de Robert Alexy.

Torna-se inevitável a crítica no sentido de que o Supremo Tribunal Federal não vem ponderando com a devida observância à estrutura desenvolvida por Alexy acerca do Procedimento da Ponderação nos casos de colisão de direitos fundamentais. Ao contrário, O STF tem aplicado o Procedimento da Ponderação à margem do modo defendido por Alexy, com flagrante violação das máximas parciais da necessidade, da adequação e proporcionalidade em sentido estrito, o que tem gerado decisões discricionárias e afastadas da resposta constitucionalmente adequada.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Conclusão

Em seus votos, a maioria dos Ministros amparou-se no termo Ponderação. Contudo, não adentraram em sua técnica, não enfrentado a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse sentido, salienta-se que ponderar implica no procedimento, e a mera indicação deste não é capaz de investir a decisão de racionalidade e legitimidade democrática. O Supremo Tribunal Federal, portanto, não se valeu do Procedimento da Ponderação desenvolvido por Robert Alexy na ADPF nº 54. Forçosa a conclusão no sentido de que, na maior parte das vezes, a decisão já está formada na consciência do intérprete e a referência à Ponderação tem por escopo apenas esconder a discricionariedade em sentido forte, como denunciado por Ronald Dworkin, Habermas, Lênio Streck e outros.

Por fim, inevitável a conclusão de que, na ADPF nº 54, o STF aplicou uma vulgata do Procedimento da Ponderação de Robert Alexy. Tal conclusão nos permite afirmar a não superação da principal crítica às teorias positivistas, qual seja, a presença da discricionariedade em sentido forte, do decisionismo na decisão da Suprema Corte. Perpetua-se o decisionismo incontrolável, a discricionariedade, que se mascara com a utilização do termo Ponderação ou Proporcionalidade, livre de qualquer conotação jurídica, o que vem causando, por conseguinte, um enfraquecimento na autonomia do direito construído de modo legítimo e democrático. A decisão judicial deve ser extraída do ordenamento jurídico, ou seja, a resposta constitucionalmente adequada está distante da filosofia da consciência, da discricionariedade e do decisionismo. Como diz Konrad Hesse, é preciso vontade de Constituição.

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do direito* / Robert Alexy; organização, tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. – 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros, 2008.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/ADPF 54. Feto anencéfalo – Interrupção da gravidez – Mulher – Liberdade sexual e reprodutiva – Saúde – Dignidade – Autodeterminação – Direitos Fundamentais – Crime – Inexistência. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. Brasília, 12 de abril de 2012.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Direito: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. 3ª edição, revista, ampliada e com posfácio. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.



CONSEQUÊNCIAS DA AUSÊNCIA DO DIREITO PARA O NÃO RECONHECIMENTO DO TRANSEXUAL ENQUANTO CIDADÃO

Antonio Augusto Motta Barbosa – UEMG⁶
Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães – UEMG⁷

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo relacionar o Transexualismo com a ausência de legislação sobre as suas especificidades, trazendo assim dificuldades para a efetivação dos seus direitos, principalmente na esfera constitucional. Alguns dos fundamentos e objetivos regentes da Constituição da República serão abordados, e apontadas as falhas que o Estado comente na aplicação no que tange às possíveis efetivações de direitos e garantias fundamentais. Abarcaremos também tal relação no campo da Bioética, buscando alguns meios para que tais indivíduos sejam menos lesados em relação aos outros diferentes status sociais.

Palavras-chave: Transexual, Cidadania, Constituição, Bioética

Introdução

A Priori temos que procurar mostrar para todos os cidadãos que o transexual é aquele indivíduo que exterioriza no seu corpo, um sexo oposto àquele existente no seu psicológico. Desta forma, aquele que

⁶ Aluno do oitavo período da Universidade do Estado de Minas Gerais. Bolsista PAPq no projeto de pesquisa: “O Reconhecimento da Identidade Sexual do Transexual enquanto premissa a efetivação dos direitos fundamentais: incursões acerca da hermenêutica principiológica na contemporaneidade”.

⁷ Professora Mestre do corpo docente da Universidade do Estado de Minas Gerais, orientadora do presente artigo e do projeto de pesquisa O Reconhecimento da Identidade Sexual do Transexual enquanto premissa a efetivação dos direitos fundamentais: incursões acerca da hermenêutica principiológica na contemporaneidade, desenvolvido na Unidade UEMG – Diamantina com fomento da FAPEMIG e institucional PAPq.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

possui um corpo masculino, não necessariamente é um homem, tampouco aquela que possui um corpo feminino, pode ser afirmada como mulher. Importante destacar ainda que, aquele que não optar pela cirurgia de ablação dos órgãos genitais, não deixa de ser transexual. A cirurgia retromencionada tem o condão de apenas adequar o corpo ao psicológico da pessoa, sendo facultada a sua realização.

Portanto, a transgenia não se trata de uma opção em que o indivíduo faz. Não se escolhe ser transexual, ou homossexual, ou qualquer um dos demais status sexo/sociais. Independentemente de escolha, a nossa Constituição da República, também conhecida como “Constituição Cidadã”, traz um rol de direitos e garantias fundamentais que obrigatoriamente vincula a todas as pessoas sob a sua égide como iguais. Não há distinção de qualquer natureza, conforme reza o *caput* do Artigo 5º da Carta Magna.

Doutra vista, não é bem assim que os transexuais são denominados pela sociedade. Esses indivíduos são todos os dias privados de alguns dos seus direitos, principalmente aqueles que regem os atos da vida civil, tal como celebrar contratos, retificar seus registros, e até mesmo aqueles atos mais simplórios, tal como escolher o banheiro para se utilizar.

Com o presente trabalho, buscamos inserir os transexuais como sujeitos de direitos dentro do nosso Estado, para que esses possam usufruir sua liberdade constitucional. Além da Constituição e seus princípios, importante para os transexuais é o campo da Bioética, ramo autônomo do Direito, que tenta trazer mais proteção e garantias à essa minoria marginalizada pela sociedade.

A Constituição, seus fundamentos e objetivos;

A Constituição da República de 1988, em seu Artigo 1º, trouxe a seguinte redação:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

fundamentos: I – a soberania; **II – a cidadania**; **III – a dignidade da pessoa humana**; IV – os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; V – o pluralismo político.

Um dos Fundamentos presentes é a Cidadania. Tal fundamento significa obter o exercício dos direitos e deveres civis, políticos e sociais. Exercer a cidadania é estar em pleno gozo das disposições contidas nos textos legais. No entanto, a sociedade ao marginalizar o transexual, restringe o seu direito de ser cidadão, pois esse passa a não conseguir o seu vínculo como indivíduo obtentor de garantias, não conseguindo sequer realizar os seus atos da vida civil.

A maior parte dessa parcela de marginalização está relacionada a não haver um dispositivo legal no nosso ordenamento jurídico, que venha a regulamentar as especificidades que os transexuais necessitam. O mesmo Estado que dá as garantias na Constituição, não prossegue na regulamentação de tais, sendo inerte no Poder Legislativo, deixando a cargo do Poder Judiciário a tentativa de resolução de um problema que não é dele.

Extraordinária a observação do inciso III do artigo em questão. Alguns transexuais provocam o judiciário com o intuito de retificar o seu registro civil, e assim, alterar prenome e o sexo lá contido. Algumas decisões já proferidas mandavam averbar no registro a expressão “transexual” após a indicação do sexo. Não obstante, nos deparamos também com a retificação do registro e a colocação da expressão “operado”, afim de não deixar com que alguma pessoa se incidisse em erro quanto a pessoa. Ora, fica claro a violação da Dignidade da Pessoa Humana, uma vez que essa não obteve o seu sexo psicológico respeitado, tampouco o seu nome, que também é objeto de garantia de legislação infraconstitucional (código civil).

Seguindo o raciocínio Constitucional, nos deparamos agora com o Artigo 3º, que traz os seguintes dizeres:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – constituir uma sociedade livre,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; **IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.**

Novamente, o Estado “da com uma mão, e tira com a outra”. O mesmo Estado que tem como objetivo erradicar a discriminação, não faz nada para que os transexuais discriminados como minoria venham a obter uma legislação específica para dirimir as suas especificidades. O Estado não propicia ao transexual a oportunidade de se tornar cidadão, pois, aplicação análoga de leis não é reconhecer os direitos de uma parcela da população.

Tais aplicações análogas, por vezes ferem mais ainda direitos desses indivíduos. Os juízes, como formas de “braços do Estado”, deveriam não se valer tanto da discricionariedade, mas sim, procurar em outros ramos do Direito, princípios para que, esses sim, sejam aplicados de forma análoga.

Não se trata aqui de um ataque ao Estado Democrático de Direito, mas sim à uma defesa de uma parcela de indivíduos que têm no seu dia-a-dia a não obtenção da igualdade tão falada na Carta Constitucional. Se todos são iguais, se todos possuem os mesmos direitos, cabe ao Estado fazer valer esses direitos, e depois, fazer com que esses direitos cheguem a todos.

A Democracia se faz a partir da oportunidade que todos têm de exercer seus direitos e, contrário a muitos, Democracia não é a vontade da maioria. É a prática da liberdade individual humana que devem respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias, mesmo que por algumas vezes a vontade da maioria que vai ser respeitada. Dessa forma podemos dizer que os transexuais não vivem no Estado Democrático de Direito, mas sim num Estado de Direito, para eles ainda não Democrático, pois a eles ainda não é oferecido as oportunidades inerentes a esta forma de governo.



A Bioética e o seu auxílio aos transexuais

A Bioética é um ramo autônomo do Direito, que tem como objetivo o estudo interdisciplinar entre Ciências Biológicas, Ciências da Saúde, Filosofia (Ética) e o Direito. Estuda a problematização que o indivíduo traz no campo da medicina, buscando resolvê-la utilizando-se do Direito.

A cirurgia de adequação da genitália foi discutida primeiramente pela Bioética. Os médicos que até o ano de 1997 não estavam autorizados pelo Conselho Federal de Medicina a realizar a cirurgia de adequação sexual. Aqueles que realizavam a cirurgia, além de ir contra a ética médica, pelo fato do CFM não reconhecer a eticidade da cirurgia, estavam também contra o Ordenamento Jurídico pátrio, pois eram processados por lesão corporal dolosa na modalidade gravíssima. Dispõe o Código Penal em seu artigo 129:

Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena – detenção de três meses a um ano. § 1º - Se resulta: I – incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias; II – perigo de vida; III – debilidade permanente de membro, sentido ou função; IV – aceleração de parto: Pena – reclusão de um a cinco anos. § 2º - Se resulta: I – incapacidade permanente para o trabalho; II – enfermidade incurável; **III – perda ou inutilização de membro, sentido ou função; IV – deformidade permanente;** V – aborto; Pena – reclusão de dois a oito anos.

Para acabar com tal entendimento equivocado, o Conselho Federal de Medicina, no ano de 1997, reconheceu a eticidade na realização da cirurgia de ablação dos órgãos genitais. Júlio César Meireles Gomes e Lúcio Bulhões, conselheiros do CFM, afirmaram em parecer que⁸:

⁸ URBAN, Cícero de Andrade, *Bioética Clínica*. Rio de Janeiro: Livraria e Editora Revinter, 2003, p.415.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Até prova em contrário, o médico alcançou em sua plenitude a recomendação ética de restaurar a beleza, o brilho e a própria alegria de viver de um cidadão aturdido e massacrado por uma genitália aberrante, estranha aos desígnios insondáveis de sua alma...

A propósito, Elimar Szaniawski, doutrinador, ressalta o seguinte pensamento⁹:

Não podemos, simplesmente, deixar predominar a hipocrisia e continuar marchando na contramão da história e do desenvolvimento científico, pretendendo atirar, já às portas do século XXI, os médicos nas penitenciárias, tal qual faziam nossos antepassados, na longínqua Idade Média, arrojando médicos, cientistas e pensadores nas fogueiras, como bruxos.

Então, nos dias atuais, se aquele paciente for realmente transexual, e estiver sido acompanhado com assiduidade pela gama de médicos que se faz necessárias, tal como os psicólogos, este tem o seu direito de dispor de parte do seu corpo, para que o seu intelecto passe a perfazer por completo, a pessoa daquele indivíduo. Assim, podemos compartilhar as palavras de Alfredo Buzaid, que com clareza vincula a integridade física ao direito à saúde:

Qualquer que seja a doutrina adotada, o certo é que a filosofia reconhece que o homem pode dispor de membros ou órgãos do seu corpo, enquanto convenham ao todo. Não pode, porém, amputar um membro sã e consciente em sua natural disposição, senão excepcionalmente, enquanto pré-ordenado ao bem social.¹⁰

⁹ SZANIAWSKI, Elimar, Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p268.

¹⁰ BUZOID, A. Entrevista ao jornal O Estado de São Paulo em 29 de novembro de 1969.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Dessa forma, Direito e Medicina devem trabalhar juntos, contribuindo para que os transexuais tenham uma diminuição dos seus sofrimentos, reconhecendo o direito a identificação, correção e adequação do indivíduo ao verdadeiro sexo. Os direitos não devem ser respeitados apenas na esfera biológica da pessoa do transexual, mas também na esfera civil e ética. O que se espera da junção de Medicina, Direito e Ética, é a efetividade de uma vida digna aos transgêneros, proporcionando a esses a oportunidade de serem cidadãos, garantindo o exercício dos seus direitos.

Conclusão

Quando o Poder Legislativo queda-se inerte, não procurando reconhecer os direitos legítimos dessa gama de indivíduos, o Poder Judiciário vem tentando se posicionar sobre determinados casos. Não é o ideal de se acontecer, pois Tribunais têm por vezes, decisões antagônicas, proferindo acórdãos com sentido diferentes para casos muito semelhantes. Os indivíduos não deveriam ficar a mercê de decisões dos magistrados sobre assuntos já totalmente superados pela medicina, pela ética, e pela evolução social.

Não se faz mais possível nos dias atuais, ocorrer apenas uma aceitação desses pseudo-cidadãos (transexuais), como a autorização da utilização do nome social em instituições públicas e algumas particulares. Nenhum indivíduo deve ser tolerado pelo ordenamento e pela sociedade, mas sim reconhecido como sujeitos de direitos. A normatividade necessita de retirar todos os dogmas e preconceitos vigentes, aplicar de forma idêntica os Princípios Constitucionais que existem. É necessária a mudança de valores e a abertura para discussões frutíferas, para que os renegados do Estado Democrático de Direito, venham a obter os seus direitos por poucas vezes observados.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Referências bibliográficas

URBAN, Cicero de Andrade; *Bioética Clínica*; 1ºed-Rio de Janeiro, Revinter, 2003

Buzaid A. Entrevista ao jornal O Estado de São Paulo em 29 de novembro de 1969

JR., H. Tristram Engelhardt. *Fundamentos da Bioética*, 3ª ed, São Paulo. Loyola 2008.

SZANIAWSKI, Elimar, *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p268

Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988.

Decreto-Lei nº. 3.914, de 9 de Dezembro de 1941 (Código Penal)

Vade Mecum / obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha – 7ª ed. Atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2015



GARIMPO DE AREINHA: ESPAÇO DE CONVIVÊNCIA, CULTURA HISTÓRICA, EXCLUSÃO E ESPERANÇA. POR UM PROCESSO DE CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS, UM DILEMA

Arthur Saldanha dos Santos (UFMG)¹

Rodrigo Guimarães Silva (UFVJM)²

Resumo:

Este trabalho procura analisar através de visitas às regiões de garimpos, “entrevistas” (não diretas) com garimpeiros e moradores locais e leituras de bibliografias diversas sobre o assunto, a situação atual do garimpo em Areinha (considerado o maior garimpo do Alto Jequitinhonha), que se encontra fragilizado e requerente de atenção. Foi necessária uma observação e análise detalhada dos fatores relevantes que compõe o cenário do garimpo, bem como a posição social do garimpeiro em Diamantina e seus arredores (Guinda, São João da Chapada, etc.). Recorremos com devida atenção aos dados históricos relacionados e levantamentos de campo, como também subdividimos o “composto garimpo” em espaço de convivência, ambiente de cultura histórica, exclusão e esperança. A partir dos resultados dessa pesquisa, pode-se pensar numa relação mais propositiva e ética que funcione de fato entre o garimpo e o seu meio, seja social, jurídico e ambiental, relacionando o dilema cidadania e direitos humanos.

Palavras-chave: Garimpo, Cultura histórica, e História Oral.

1. Introdução

A história dos garimpeiros geralmente só é reconhecida em função das atribuições negativas que o poder público (pela promulgação de leis restritivas ou excludentes da atividade garimpeira) a iniciativa privada (mediante embate das grandes empresas minerárias com os garimpeiros) e parte da sociedade civil lhes conferem, pois é recorrente na sociedade que compõe o espaço



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

circular às áreas de garimpagem, especialmente em Diamantina - MG, a desvalorização e rebaixamento social desses trabalhadores, bem como de suas condutas na esfera moral. São atribuídos adjetivos e denominações de alta violência simbólica como “selvagens”, “criminosos”, “sem coração”, desdentados, “donos do pedaço”.

Após a descoberta do diamante em torno de 1729, no Alto do Jequitinhonha, Minas Gerais, o Arraial do Tejuco (hoje Diamantina) tornou-se um dos maiores produtores mundiais de diamante. Esse evento culminou no desenvolvimento cultural e social da região, apresentando um modo específico e complexo de viver dos garimpeiros, bem como, tornou o pequeno vilarejo do Arraial do Tejuco mundialmente conhecido.

Vale dizer que o espaço do garimpo é composto por diversificadas identidades culturais que possibilitam a “fácil” interação e a sociabilidade entre a comunidade cotidianamente. Há de se lembrar, que o garimpo, no Brasil, especificamente em Diamantina, incentivou as imigrações que culminaram repentinamente na criação de povoados, vilarejos, distritos e, conseqüentemente, na constituição de cidades.

Sendo Assim, a nossa compreensão e análise da relação garimpo e cidade, vai além da observação simplificada, conforme ressalta o autor Burke na seguinte passagem:

Não se limitou apenas a identificar o problema geral da reconstrução da experiência de um grupo de pessoas comuns. Percebeu também a necessidade de tentar compreender o povo no passado, tão distante no tempo, quanto o historiador moderno é capaz á luz de sua própria experiência e de suas próprias reações a essa experiência. (BURKE, 1992, p.42).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

A maioria dos garimpos apresenta um contexto de encontros culturais, pois é um recinto de reciprocidades e, ao mesmo tempo, de heterogeneidades. É um lugar que possibilita a troca de experiências e a assimilação de conhecimentos comuns entre as culturas, que, por sua vez, se compõem de imigrantes de diversas regiões, destacamos em larga escala, a imigração vinda de Diamantina para Areinha.

Diante disso, pode-se observar o que ressaltou Peter Burke na “interpretação dos encontros culturais” sobre a importância dos estudos culturais na compreensão do passado:

Uma das regiões pelas quais é improvável que a história Cultural desapareça, apesar das possíveis reações contra ela, é a importância dos encontros culturais em nossa época, gerando uma necessidade cada vez mais urgente de compreendê-los no passado. (BURKE, 2005, p.154).

Para Michel de Certeau (2008), o historiador deve atentar para as minúsculas coisas que compõem o processo natural de construção da história e ir além dos marcos cronológicos que compõem o cenário estudado, pois determinados elementos não são percebidos, na maioria das vezes, pela escala de estudos científicos que compõem uma cultura determinada. Portanto, o historiador possui o poder de transformar objetos de estudos em história cultural, a partir daí, promover uma “faixa” de análise maior e mais rica sobre determinado assunto.

[...] mas o historiador não se contenta em traduzir de uma linguagem cultural para outra, quer dizer, produções sociais em objetos de história. Ele pode transformar em cultura os elementos que extrai de campos naturais. Desde a sua documentação (onde ele introduz pedras, sons, etc.) até o seu livro (onde plantas, micróbios, geleiras, adquirem o estatuto de objetos simbólicos), ele procede a um deslocamento da articulação natureza/cultura. Modifica o espaço, da mesma forma que o urbanista, quando integra o



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

campo no sistema de comunicação da cidade [...].
(CERTEAU, 2008, p.80).

Nesse sentido, tornamos públicas as formas de vida que o garimpeiro leva em seu habitat, seus costumes, seus ritos e suas crenças que compõem uma identidade rica em diversidade cultural e reestabelecer as relações históricas que esse campo tem na construção, formação social ou mesmo turística que Diamantina tem hoje. Percebemos que o garimpo de Areinha faz parte da História Cultural e Social de Diamantina, talvez como elemento fundamental.

Esse campo do garimpo, até então, pouco explorado pelos historiadores, sociólogos ou mesmo antropólogos brasileiros, conseqüentemente nos proporciona contribuir para a futura ampliação e clareza dessa área de conhecimento, apontando caminhos e horizontes para os estudos científicos futuros, por meio das fundamentações teóricas específicas da área da História Cultural e Social, que passam a enriquecer a nossa historiografia, no sentido de contribuir para a desmistificação de ideias preconceituosas e excludentes, formadas pelo senso comum, sobre o mundo do garimpeiro. (sobretudo nas cidades ao entorno de areinha).

Este trabalho aponta, ainda, a problematização quanto às poucas fontes historiográficas científicas existentes no mercado que enfocam essas particularidades necessitadas de estudo. Mas é com o advento da História Cultural e Social, com seus conceitos de representação, imaginário, identitário é que se passou a valorizar as culturas consideradas marginalizadas, por meio dos estudos e pesquisas epistemológicas com resultados de publicações. Destacamos, também, que o garimpo é um espaço rico em diversidade, que possibilita a integração entre os povos, trocas de experiências e intercâmbio cultural com a convivência na busca para realizar o sonho de encontrar o minério e melhorar a situação social.

Em termos gerais, a presente pesquisa objetivou analisar, por meio de uma investigação crítica, a situação atual do garimpo em “Areinha” (considerado o maior garimpo do Alto Jequitinhonha situado às margens



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

do rio Jequitinhonha a 80 km de Diamantina), que se encontra fragilizado e requerente de atenção quanto a sua relação social (com as cidades vizinhas) e ambiental. Tivemos por objetivo ainda, propiciar intervenções e ações que possam dinamizar os complexos processos de ressignificações de identidades dos garimpeiros, bem como visibilizar dizeres e representações no imaginário social em que os próprios trabalhadores atuem como agentes transformadores na construção e determinação de suas histórias de vida e comunitárias. Como se trata de um objeto multifacetado, as análises se pautaram necessariamente por teorias interdisciplinares dos Estudos Culturais.

Logos após a descoberta do ouro no sertão das gerais, no século XVII, a colônia brasileira sofreu um forte impacto socioeconômico, atraindo uma grande leva de criminosos, degredados, aventureiros, vagabundos, escravos africanos. Percebe-se então, desde os primórdios, a construção do estigma em relação à identidade garimpeira. Ao navegar, ao longo da história, o perfil social e psicológico do garimpeiro, mediante a elaboração de um perverso estereótipo desses sujeitos, imaginário este reafirmado ao longo de quase três séculos de história, colocou-se à sombra uma rica formação identitária de uma “população culturalmente diferenciada” (SATHLER, 2008).

Desde 2007, quando a Mineradora *Novo Rio*, após duas décadas de extração de Diamantes com maquinário e recursos tecnológicos de ponta, concluiu sua operação de lavra no Jequitinhonha alegando exaustão da jazida (embora ainda permaneça com os direitos minerários), um fluxo surpreendente de garimpeiros, hoje estimados em torno de 2000 pessoas, trabalham, ilegalmente, na região conhecida como Areinha.

A partir de então, do ponto de vista jurídico (e não ético-moral), esses garimpeiros passaram a ser designados como “criminosos”, cujo crime precípuo é exercer sua atividade laborativa sem consentimento oficial, sendo que esses mesmos sujeitos, sobretudo, no Alto Jequitinhonha, dedicam-se à roça e outras atividades rurais na época das



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

águas, ou seja, vistos por outra perspectiva, como trabalhadores “legais” e necessários à nação.

Areinha, para muitos, é um lugar sem lei, de vagabundos, bandidos, traficantes e prostitutas. Outros por sua vez, argumentam, defensivamente, que quando a fiscalização ambiental lacra as máquinas em Areinha e os garimpeiros retornam para Diamantina há uma crescente onda de criminalidade na cidade, ou seja, mantê-los em Areinha tornou-se uma precária medida de segurança pública.

A prefeitura local e a Cooperativa Regional Garimpeira de Diamantina defendem uma liberação do garimpo, de forma sustentável e com recuperação da área degradada. Enquanto isso, o Ministério Público considera a proposta inviável, alegando que a área está protegida por lei. Parte significativa de comerciantes de Diamantina apoia o garimpo e lucram com o aumento de investimentos na cidade oriundos da complexa rede que envolve o sistema de extração de minerais (garimpeiros, empresários do garimpo, compradores de pedras preciosas, contrabandistas, etc.). Percebe-se aí os diferentes grupos sociais se apropriando dos dizeres, do poder de “poder dizer” sobre o outro, de representá-lo, de impor e dominar extratos sociais via construções simbólicas que buscam referendar estereótipos e operar na construção da dimensão imaginária (imaginário este, vale dizer, que objetiva-se em ações favoráveis ou não em relação aos garimpeiros).

Diamantina surgiu necessariamente e unicamente pela mineração, exercida através da força escrava. Por toda a cidade encontramos indício disso, seja na estrutura arquitetônica ou na observação de sua população ou localidades. Inicialmente, a extração dos minérios, sobretudo, o diamante, era responsabilidade da coroa portuguesa, posteriormente, muitos anos depois, passou a ser de empresas autorizadas pelo governo, do qual pagavam altas taxas de impostos para a livre extração. Contudo, anos depois, a mineração passou por complicações, a garimpagem foi proibida e o garimpeiro transformado num criminoso como podemos observar num pequeno trecho do artigo de Martins (1997):



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Dessa forma, na segunda metade do século XIX ocorreu forte processo de concentração dos terrenos minerais. Para milhares de homens que viviam da cata de diamantes, não restou outra saída se não integrar as “turmas” dos poderosos donos das lavras, trabalhando no sistema de praças. Os poucos que não se submeteram tornaram-se faiscaidores, mineradores isolados que tentam serviços modestíssimos nos córregos mais afastados e, em geral, pouco promissores. Novamente, portanto, os garimpeiros foram empurrados para o lusco-fusco da marginalidade econômica e social. (MARTINS, 1997).

A legislação minerária brasileira desde tempos remotos marginalizou a atividade garimpeira, colocando os garimpeiros na clandestinidade e no limiar da criminalidade. Simultaneamente nesse processo, contribuiu para as desavenças entre o garimpo e a empresa mineradora, favorecendo a multiplicação de conflitos pelas terras minerais.

Na região de Diamantina, os direitos minerários continuou e permanece até hoje dominado pela desorganização e pelo bloqueio de imensas áreas, sobrando espaço para a ocupação e forma irregular ou mesmo sem fiscalização do trabalho de extração dos minérios, como nos aponta Martins (1997):

Como, na experiência regional, a grande maioria dos interessados em Alvarás de pesquisa e concessões de lavra quer tão-somente arrendar aos garimpeiros ou negociar com empresas mineradoras, havendo também os que pretendem simplesmente bloquear o acesso nas suas propriedades, percebe-se que os garimpeiros não tiveram alternativa: tocaram suas catas na ilegalidade. Até grandes empresas que almejassem iniciar projetos de extração de ouro ou diamantes na região encontrariam dificuldades para obter áreas onde pudessem trabalhar. (MARTINS, 1997).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Nesse sentido, podemos observar que as relações entre o Estado e o garimpo, tem bastante oscilação ao decorrer do tempo histórico. Nas fases de expansão da economia, sobretudo no início do período colonial, geralmente o Estado estimulou a garimpagem, participando totalmente e exploratoriamente dos lucros através dos impostos na fiscalização. Porém, revertido o ciclo econômico do país, nas fases de recessão ou de desaceleração do crescimento da economia, o Estado empunhou política de repressão ou mesmo de bloqueio, feito de forma cruel e totalitária.

O garimpeiro estava e ainda se encontra envolvido diretamente numa atividade proibida aos olhares do império (período colonial) e do governo (atualmente). A “perseguição” ao garimpeiro estava relacionada à ruptura do monopólio do diamante e buscava, também, impedir a queda dos preços no mercado internacional, provocado pelo comércio paralelo e ilegal. Esse domínio sobre os preços e lucros era de suma importância para o governo, e permitir a divisão ou mesmo a perda dessa renda, estava relacionado à perda do poder sobre a colônia de modo geral.

Em nenhum momento eram levados em consideração aspectos ambientais eram estritamente preocupações econômicas. Mesmo havendo repressão e severas punições aos garimpeiros e aquilombados, havia também, certa tolerância com tais personagens. Nesse momento, estava “desenhada” de vez a imagem negativa e preocupante dos garimpeiros e aquilombados, como pessoas que transgrediam leis e regras, não respeitavam a corte, eram os degredados, criminosos, aventureiros, vadios, vagabundos, ciganos, biscateiros, desclassificados em geral. Essas termologias vinham a calhar e permanecerem totalmente fortes na atualidade, em que, sobretudo como a população de Diamantina considera-os, mesmo o garimpo sendo o berço de origem dessa população.

3. Considerações finais

O garimpeiro em sua nova condição de não perseguido, acaba assentando-se numa região que conhece bem, formando roças, povoados



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

e vilas, como é o caso de São João da Chapada, distrito de Diamantina. Eles reproduzem cultural e economicamente os meios de vida, tal qual nos primórdios da ocupação itinerante no século XVIII do Vale do Jequitinhonha.

Esse garimpeiro dito tradicional do Alto Jequitinhonha possui uma atividade de subsistência ligada ao regime de chuvas: no período das águas, de outubro a março, dedicam-se a roça e outras atividades rurais; já no período da seca, de abril a setembro, retoma o garimpo de diamantes.

Basicamente analfabetos em sua maioria, desconfiado de tudo e de todos, assim como no período colonial da extração dos minérios e de toda aquela fiscalização excessiva, embora livre, o garimpeiro é atualmente, prisioneiro de sua origem e dos outros: um excluído. A situação atual do garimpeiro é complicada e difícil, como podemos perceber nos escritos de Sathler (2008):

Na atualidade sua atividade econômica não se resume exclusivamente ao garimpo. Mesmo antes das proibições mais recentes, o garimpeiro já se dedicava também à extração de cristal-de-quartzo; à coleta de flores e botões silvestres, especialmente a sempre-viva (*Paepalanthus sp.*). Os garimpeiros também mexem com roça, cortam madeira para carvão e outros usos, criam bovinos, equídeos e muaras etc. Alguns de aventuram no garimpo em outras regiões, ou migram para os grandes centros, como Belo Horizonte, Rio de Janeiro e São Paulo. Os que foram e retornaram costumam contar a mesma história: sem qualificação acabaram subempregados; engrossaram favelas, seguiram marginais. Mas não deixaram de alimentar o sonho atávico de um dia bamburrar no garimpo. (SATHLER, 2008).

A atividade de colheita de flores, sobretudo da sempre-viva, hoje passa por um processo de restrição e fiscalização. Os garimpeiros não podem mais colher tais itens da mesma forma e período como faziam antes, existe hoje toda uma burocracia em cima da atividade. O Estado se



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

apoderou da produção e extração das sempre-vivas como havia feito com os minérios, o rigor adotado, distanciou os garimpeiros desse trabalho, colocando-os como os vilões da história, os destruidores de uma vegetação típica e exclusiva da região.

Dessa forma, resta pouca alternativa de meio de subsistência para esses trabalhadores nessa região desoladora. Encontramos hoje, poucos aposentados, alguns donos de micro vendas e outros que tentam a sorte no garimpo ilegal de Areinha, arriscando a vida, família e segurança. Outros como afirmado anteriormente, se jogam no tempo e no espaço em busca das grandes cidades em busca de uma qualidade de vida melhor, o que na maioria das vezes não acontece.

Referências:

BURKE, Peter. *O que é História Cultural?* Trad. Sérgio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BURKE, Peter (org.) *A escrita da História: novas perspectivas*. São Paulo: Unesp, 1992.

CERTEAU, Michel de. *A Escrita da História*. Trad. Maria de Lourdes Menezes. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

MARTINS, Marcos Lobato. *Identidades sociais e ação coletiva: o caso dos garimpeiros da microrregião de Diamantina*. Belo Horizonte: FAFICH/UFMG, 1997. (Dissertação de Mestrado).

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Memórias do distrito diamantino*. 4ª Ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1976.

SATHLER, Evandro Bastos. A população tradicional garimpeira do diamante no alto rio Jequitinhonha (MG) e a área de proteção ambiental – a.p.a. das águas vertentes: como conciliar tradição e lei?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n.51, mar 2008.

SERVILHA, Mateus de Moraes. *O vale do Jequitinhonha entra a “divisão” pela pobreza e sua resignificação pela identificação regional*. Tese apresentada ao curso de Pós Graduação em Geografia da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, 2012.



ABORTO: UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Aurísia Chaves Souza (UEMG) ¹¹

Resumo:

O presente artigo enfoca principalmente uma pesquisa realizada em 2010 pela universidade de Brasília e pela organização Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero a pesquisa nacional foi feita com mulheres entre 15 a 49 anos de idade, uma em cada cinco mulheres já realizou um aborto ilegal no Brasil é o que mostra a pesquisa nacional do aborto outro dado que chama atenção, a cada dois dias uma brasileira morre em decorrência de um procedimento ilegal. Este estudo busca destacar possíveis causas que leva as mulheres a cometer aborto, salientando suas principais consequências psíquicas físicas e jurídicas.

Palavras-chave: Aborto. Saúde. Depressão. Luto.

1. Introdução

Tramita na câmara desde março o projeto de Lei (PL) 882/15, elaborado por organizações e associações que lutam pelos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, o projeto descriminaliza o aborto e sua realização até a 12^a semana de gestação. Vale lembrar que o aborto nem sempre foi considerado uma pratica criminosa, na Grécia antiga esta pratica era aceita como forma de controle de natalidade, aborto é a interrupção da gravidez ou expulsão prematura do embrião que pode ser de forma natural ou artificial é uma decisão pessoal da mulher não é nenhum constrangimento dizer que esta pratica é matar um ser indefeso. Segundo dados do ministério da saúde o aborto induzido é a quinta causa de mortalidade materna no Brasil, esta pratica esta entre os temas mais polêmicos e discutidos de nossa atualidade diante a possibilidade de sua

¹¹ Discente do 4^o período de Direito Universidade do estado de Minas Gerais – UEMG- unidade Diamantina.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

descriminalização, os que defendem a legalidade alegam acesso gratuito a métodos contraceptivos e abortivos mais seguros para a vida da mãe, os que são contra se apoiam nos valores cristãos. Diversos autores tem analisado o aborto como sendo consequência da falta de informação, e outros dizem que isso não condiz com a nossa realidade, pois inúmeras são as campanhas do governo voltadas para a orientação sexual, milhões de camisinhas são distribuídas todos os anos e os casos de gravidez na adolescência só aumentam a questão não é a relação sexual com ou sem proteção, mas a escolha por uma relação totalmente desprotegida a perda de valores e da dignidade do próprio corpo, a conscientização do que é ser mãe pai. É necessário programas de educação sexual e planejamento familiar, o momento adequado para uma relação desta natureza, começa pela educação com diálogos que deve começar em casa na família nas escolas nas associações de bairros na mídia enfim toda a sociedade se comprometer, chamando atenção também para as doenças sexualmente transmissíveis que é inerente a pratica do sexo “sem compromisso”, e as consequências físicas e psicológicas que o aborto artificial ou mecânico pode causar.

2. Descriminalização do Aborto e a Constituição Federal

A partir de que momento começa a vida a constituição tutela o direito a vida sem dizer que momento ela começa no tratado que o Brasil é signatário o Pacto San José da Costa Rica (convenção interamericana de Direitos Humanos) assegura o Direito Humano desde a concepção, o embrião ou o nascituro é titular de direitos fundamentais segundo entendimento também do STF. Não obstante vale lembrar o que diz o texto constitucional a Constituição Federal de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, o código penal a este respeito lei sobre o aborto legal no Brasil código penal brasileiro, Decreto-Lei nº 3.688 de 3



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

de outubro de 1941, Art.18 a 23 – Pune qualquer prática de aborto, ainda que sem o conhecimento da gestante, com exceção dos abortos realizados pelos motivos citados no artigo 128 Art. 128 não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário entende-se por gravidez de alto risco: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A legalização do aborto é um tema que divide opiniões no Brasil principalmente por ser um país eminentemente cristão a maioria dos argumentos passam antes pelo enfoque religioso. A questão religiosa é uma das maiores entraves para a descriminalização do aborto mesmo se professando um estado laico é influenciado em suas leis pela religião vale salientar que paradoxalmente esta mesma religião não influencia na hora de optar pelo aborto o que é uma hipocrisia. O governo através do ministério da saúde desde 1988 começou a viabilizar o atendimento pelo SUS a mulheres vítima de estupro que optaram pelo aborto o médico não é obrigado a realizar o procedimento ele pode se recusar a fazer o aborto, é importante salientar que este somente pode ser realizado em hospitais públicos e nos casos que a lei determina.

Vale lembrar que a criminalização não conseguiu inibir a pratica do aborto a impunidade é alarmante nestes casos a pena é necessária más não é o suficiente precisamos de políticas publicas de amparo a gestante cuidar do assunto sobre outro enfoque essas mulheres precisam de apoio e assistência tanto física quanto psicológica. A verbalização de uma cliente em situação de aborto provocado: "Eu não queria perder meu filho, fiquei com raiva de mim por ter tomado, e do meu marido por ter comprado o remédio". A maior parte das clinicas de aborto são em bairros pobres e negros, tal situação já se tornou pratica corriqueira no Brasil, mesmo em países onde o aborto é legalizado e com toda a estruturada de um hospital a mulher pode morrer e ter consequências psíquicas e físicas.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde, mais de 30% das gestações no Brasil terminam em abortos, por ano ocorrem clandestinamente aproximadamente um milhão e quatrocentos mil abortamentos em condições precárias de higiene segurança e na sua maioria são mulheres entre 15 e 49 anos. E ainda de acordo com o Ministério da Saúde, 250 mil é o número médio de mulheres internadas anualmente em hospitais públicos para fazerem curetagem no útero após um aborto realizado em clínicas clandestinas. A maioria delas são jovens, pobres e negras e o mais alarmante a maioria são casadas. A prática de abortamentos em condições clandestinas no Brasil tornou-se um grave problema de saúde pública, responsável pela quinta causa de mortalidade no Brasil. Oitenta por cento dos abortos artificiais no Brasil são realizados com o uso de uma droga originalmente fabricada contra ulcera chamada cytotec usada como aborteiro, em vários países sua venda é proibida, mas de fácil acesso no Brasil através do contrabando, em média quatro compridos pode chegar a quinhentos reais a droga provoca contrações fortíssimas, com hemorragias internas sua eficácia depende do tamanho do feto que pode não sair, provocando uma infecção gravíssima ou deformações no embrião, o aborto em clinica particular varia de dois a três mil reais, existem vários métodos abortivos como a introdução através do colo do útero de sondas com soluções químicas de sal, água sanitária sais de chumbo, curetagem sem anestesia, uso de agulhas de tricô no intuito de perfurar a placenta, chá de ervas como babosa, arnica, boldo, caninha do brejo e outros.

3. Consequências do Aborto Ilegal e ou Legal

As consequências físicas para mulheres que abortam entre outras são gravidez ectópica (numa segunda gravidez após o aborto) infecção uterina esterilidade lesões na bexiga e ureteres, peritonite, perfuração uterina, infecções graves, hemorragias choque, coma, perda do aparelho reprodutor e morte. É preciso conscientizar o público feminino (já que este é o maior prejudicado) do risco que o aborto traz a sua saúde que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

muitas vezes são irreversíveis, “Problemas mentais estão relacionados direta ou indiretamente ao aborto, como acentua, na obra “A psicopatologia da vida cotidiana”, de Sigmund Freud, descrições sobre o assunto também, no livro “Além do princípio de prazer”, Freud salienta:” resultados inesperados que se podem seguir a um aborto artificial, à morte de um filho não nascido, decidido sem remorso e sem hesitação”.

A revista veja numa publicação de 2001 trouxe o texto de capa "Nós fizemos aborto", relatos de artistas famosas como a Hebe Camargo, Cassia Kiss, Elba Ramalho e outras falam do preconceito suas experiências com o aborto induzido três gerações de mulheres que enfrentam o preconceito as normas e falam abertamente de um assunto que ainda é tabu, todas resumem e classificam o aborto como dor culpa e solidão. Mulheres que abortam carregam um sentimento de culpa no âmago de sua psique, elas se livram de um problema momentâneo e provoca outro que irá trazer um sofrimento psicológico no futuro haja vista que o ser humano é mente e corpo.

As consequências psicológicas que o aborto deixa na vida da mulher são muito serias em um primeiro momento é o luto uma reação normal, o vínculo foi quebrado a mulher procura se reconstruir se adaptar a mudança em virtude da perda ocorrida, pois é impossível não se sensibilizar com o fato, sua estrutura psíquica a crença a cultura a religião seu histórico de perdas e o apoio recebido neste momento, vai influenciar diretamente no sentimento de perda, é preciso trabalhar o problema a principal dificuldade vivida pela mulher é falar sobre o fato, já que se trata de um crime, a mulher precisa conviver com o preconceito e esse quadro pode desencadear um processo de depressão profunda, ansiedade, angústia insônia, alcoolismo, raiva, tabagismo problemas com a saúde mental essas mulheres são duas vezes mais propensas ao suicídio essa é uma área que precisa ser analisada e avaliada por um profissional, pois a pessoa não se aceita é uma dor da alma e na maioria das vezes solitária e reprimida ela precisa negar e ignorar como trabalhar esta questão porque



ela não reconhece o feto como sendo uma vida a consciência e a culpa a persegue.

Segundo a psicoterapeuta Maria Helena Bromberg (1994) que realizou estudos sobre o luto não autorizado, no luto do aborto a mãe não reconhece a perda que se transforma em um trauma psicológico que vai acompanhá-la pela vida resultando numa depressão que nasce da culpa, pois mesmo não admitindo pra si mesma que aquele ser é uma vida com DNA e tem um coração, é uma morte aplicada a um inocente, indefeso, aquele útero que deveria ser de proteção da lugar a rejeição, era um laço de sangue que por mais que se repita era preciso, ou que se justifique com condições econômicas afetivas a consciência não aceita a perda, o elo que foi cortado de forma tão brutal.

4. O caráter moral do aborto

A decisão sobre o aborto envolve questões morais insolúveis, pois lidam com a vida e a morte além é claro de se virem ameaçadas por denúncias e punição judicial. As mulheres que procuram os hospitais para realizar os abortos legais sofrem com o preconceito e a indiferença dos profissionais da saúde que muitas vezes se recusam a realizar o aborto ainda que por decisão judicial, a nossa cultura condena não aceita esta prática nem mesmo quem realiza o aborto legal esta isento de culpa e remorso, pois vai contra suas convicções sociais, só reiterando precisamos de uma educação sexual séria, haja vista que uma das maiores causas da gravidez indesejada é a baixa escolaridade. Esta discussão deve partir da premissa dos direitos fundamentais das mulheres que morrem todos os dias. A nossa legislação vigente em nada contribui para reverter essa triste realidade.

Independente de cultura credo ou classe social mulheres estão morrendo em casa nos banheiros nos atendimentos inadequados do SUS, nas mãos de curiosas, são elas as maiores “prejudicadas” haja vista que neste momento estão sozinhas quase nunca tem o apoio dos seus parceiros. Muitos ainda acreditam que não é função do medico a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

denuncia, pois estas mulheres já foram penalizadas no momento da prática abortiva, vão precisar conviver com o remorso pro resto de suas vidas. Mesmo o aborto sendo proibido e criminalizado até quando vamos continuar assistindo essa omissão das autoridades públicas.

Considerações finais

É necessário investir em políticas educativas para a maternidade e paternidade responsável, precisamos discutir sobre os problemas de uma gravidez indesejada ao invés de atacar somente o resultado. O aborto é considerado crime contra a vida previsto no art. 128, o código penal criminaliza esta prática com pena de um a três anos de cadeia a descriminalização do aborto não vai fazer com que o aborto deixe de existir, exceção feita quando o feto é fruto de estupro, quando há risco de morte para a mãe e feto com problemas graves de formação. A vida é um bem inalienável não podemos nos dispor dela precisamos ter um respeito profundo pela vida, pois ela não nos pertence os que defendem o aborto, consideram inaceitável mulheres morrerem em abortos clandestinos mas estas mesmas pessoas se contradizem ao defenderem a morte de crianças em abortos legais, a questão então seria qual vida tem mais valor. Contudo o caminho mais seguro ainda é a prevenção a descriminalização do aborto só aumentaria o descaso com a vida deixando ainda mais evidente o despreparo por parte do estado diante desse problema não se resolve um problema criando outro, qualquer casal que por descuido não usou métodos contraceptivos durante, ou antes, da relação sexual deve ambos assumir as consequências dos seus atos. Aborto não é um direito da mulher, gravidez é consequência, ou inconsequência, de duas pessoas. A mulher e o homem têm o dever de se prevenir e não se comportarem como animais irracionais, e colocando a própria vida em risco, aborto não pode ser usado como método contraceptivo.

Assista ao documentário, ‘Aborto – O grito silencioso de um feto indefeso’, apresentado pelo Dr. Nathanson, médico ex-abortista dos



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Estados Unidos. Ele mostra mediante imagens de um ultrassom realizado na mãe, o momento do aborto, o que acontece com o bebê que agora se sabe já reflete as características humanas: sente medo, sente dor e tem apego á vida. É assustador a luta do feto para não morrer.

Referências

BRASIL, Constituição de (1988).Constituição da Republica Federativa Do Brasil,Brasilia:Senado,1988.

BROMBERG, M. H. P. F. A Psicoterapia em Situações de Perdas e Luto.Campinas: Editorial PsyII, 1994.

CAMPOS, Mello,Aborto na Rede Hospitalar Publica.13oed.revista atualizada ampliada,São Paulo:ed.Abril ,2009.

DINIZ, Debora,Bioetica e Aborto. Tese de conclusão de concurso, Universidade Federal Fluminense,2009.

FREUD, Sigmund. Além do princípio de prazer.[1925-1926] v. XVIII. Ed Standard Brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

FREUD, Sigmund. Sobre a psicopatologia da vida cotidiana [1901] v. VI. Ed. Rio de Janeiro.

<http://g1.globo.com/ac/acre/noticia/2014/10/documentario-o-aborto-dos-outros-sera-exibido-neste-sabado-no-ac.html>: Imago, 1996.

FONSECA, J. P. da. Luto Antecipatório. Campinas: Editora Livro Pleno, 2004.

MORAIS, Walter,A Farça do Aborto Legal,São Paulo,2009.

<http://missionariaandrea.blogspot.com.br/2015/06/o-grito-silencioso-filme-completo.html>

BARROS, Andréa; CRUZ,Angélica;SANCHES,Neuza ,“Nós fizemos aborto” Rio de Janeiro: Editor Abril S.A,Ano.v,n13set\2001 p.104.

BRASIL. Ministério da Saúde. 20 anos de pesquisas sobre aborto no Brasil. Brasília: Ministério da Saúde; 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, volume 2. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

REVISTA CIÊNCIA HOJE. Aborto no Brasil: morte sem silêncio. Rev. Ciência Hoje, 2010. Disponível em:<<http://cienciahoje.uol.com.br/colunas/por-dentro-das-celulas/aborto-no-brasil-mortes-em-silencio>>. Acesso em 23 out. 2015



RELATOS DO ESTADO E DA SOCIEDADE PELA PROTEÇÃO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO BRASIL

Carolline Leal Ribas (FUMEC)¹²
Astreia Soares FUMEC¹³

Resumo

Este trabalho analisa a relação estabelecida entre sociedade civil organizada e a esfera jurídica no Estado brasileiro para promoção do direito à igualdade e à diversidade. Descreve o caso do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal da união estável para casais do mesmo sexo, decorrente da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, comparando o discurso dos ministros com o debate público em circulação na sociedade. A partir daí, discute a questão da constituição de direitos das minorias no contexto do Estado Democrático, em que o governo da maioria vem sendo obrigado a reconhecer o dever de proteção do Estado aos interesses de grupos historicamente excluídos. A correspondência que o trabalho descreve sugere um possível paralelismo entre as ações da sociedade civil organizada e a jurisprudência amparada no direito das minorias, demonstrando que não se devem desconsiderar costumes e opinião pública.

Palavras Chave: Debates públicos. Minorias. União Homoafetiva.

1. Introdução

¹² Assessora Jurídica na Fundação de Educação para o Trabalho de Minas Gerais. Mestranda em Estudos Culturais contemporâneos pela Universidade Fumec. Especialista em Direito público pela PUC MINAS e em gestão pública pela UEMG.

¹³ Doutora em Ciências Humanas Sociologia pelo PPGSA/IFCS da Universidade Federal do Rio de Janeiro (2006), com bolsa sanduiche na Universidade de Estocolmo/Suécia; Mestre em Sociologia da Cultura (1993) e Graduada em Ciências Sociais (1981) pela Universidade Federal de Minas Gerais



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

No presente trabalho, projeta-se averiguar correspondências entre debates públicos e julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário brasileiro, com base na teoria dos direitos das minorias. Para tanto, parte-se da seguinte questão: é possível correlacionar a opinião pública, oriunda de debates públicos, com a jurisprudência amparada no direito das minorias a fim de se obter decisões legítimas em um contexto democrático?

O objetivo geral consiste em elucidar a existência de interdependência entre o direito e os debates públicos. Como objetivos específicos, têm-se: a apreciação do direito das minorias sob o paradigma do Estado Democrático de Direito; apresentação do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar no Brasil, proveniente do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132; e, por fim, demonstrar uma equiparação entre opinião pública e decisões judiciais no contexto de redemocratização do país pós Constituição Federal Brasileira de 1988.

A partir de uma revisão doutrinária e normativa, bem como de levantamento público por dados secundários, dá-se ênfase aos debates públicos e à opinião pública, os quais, inclusive, geraram precedentes recentes em países como Estados Unidos e Irlanda no sentido de legalizar o casamento homoafetivo. Por meio de tal percepção, tentar-se-á elencar uma série de questões relacionadas às minorias, mostrando que, na democracia, deve-se prezar pela efetivação dos princípios da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, será analisada a importância da corrente doutrinária que vem ganhando destaque a qual defende ser imprescindível levar-se em consideração a opinião pública, bem como manifestações sociais acerca das controvérsias levadas a julgamento. À vista disso, quanto mais o Judiciário participa da vida em sociedade, mais esta busca nele solução para problemas de alta litigiosidade, e, como consequência,



maior será o desgaste da instituição e a crítica contra ele, uma vez que passa a ter seu caráter de apolítico e imparcial questionado.

2. Desenvolvimento

A análise do reconhecimento do direito das minorias no contexto democrático brasileiro não pode dispensar o exame da ascensão da promoção dos princípios constitucionais que embasam a da construção de um Estado de Direito. Para levar a cabo tal pretensão, é preciso conhecer, ainda que em breve linhas, o paradigma do Estado Democrático, a fim de se demonstrar como o instituto da democracia deve ser compreendido na modernidade.

No contexto recente da redemocratização, percebe-se que o direito das minorias pautou-se na necessidade de se buscar debates públicos acerca de igualdade, respeito às diferenças, pluralismo e cidadania, o que demanda, no campo jurídico, revisão de previsões que não coadunam com a evolução social.

Nessa seara, deu-se destaque a concepção de igualdade e inclusão social, em virtude do compromisso assumido pela Constituição de 1988 em promover a verdadeira democracia.

A liberdade e igualdade dentro de um sistema de governo do povo e verdadeiramente do povo – ou seja, segundo a preferência do povo – não podem estar desvinculadas do dia a dia concretamente vivido por cada componente desse povo. A democracia exige liberdade e igualdade como direitos passíveis vivenciados individual e coletivamente (MATTOS NETO, LAMARÃO NETO & SANTANA, 2012, p. 17).

A liberdade tem como intuito garantir à pessoa humana busca pela autorrealização, bem como lhe propiciar a escolha de suas potencialidades. Logo, busca-se estimular as liberdades, o que pode se dar por meio de medidas que propiciem maior igualdade entre seres humanos (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009, p. 402).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O princípio da igualdade, por sua vez, busca garantir tratamento isonômico aos membros da sociedade, asseverando que não haverá distinções de direitos entre pessoas, conforme critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Logo, tal princípio faz papel de “princípio da justiça social”, conforme preceitua Canotilho (2003, p. 430).

Com efeito, busca-se uma efetiva equivalência das condições sociais, econômicas e culturais entre os cidadãos, diminuindo as desigualdades entre os grupos da sociedade que se encontra em situação de desvantagem. Nota-se que é possível haver um tratamento desigual desde que haja uma razão suficiente para tanto ou uma razão evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual conforme imposto pela lei. Caso não haja uma razão suficiente, eventual diferenciação será arbitrária, e, portanto, ilegítima (ALEXY, 2008, p. 407- 411).

Nesse contexto, aos grupos minoritários foram dadas prerrogativas para que sejam permitidas discriminações positivas em razão de sua situação de vulnerabilidade. Tais discriminações encontram respaldo nos princípios da isonomia e da liberdade, a fim de que se preze pela dignidade da pessoa humana.

O propósito desse artigo é apurar como os julgadores acabam sendo pressionados para produzir decisões que apresentem uma resposta à população da maneira que lhes pareça mais razoável e justa, sem abandonar seu caráter apolítico e imparcial. Para tanto, será realizado um estudo de um caso jurisprudencial, de forma a demonstrar como se conjuga a opinião pública, embasada nos debates públicos, com a jurisprudência a qual tutela pela proteção de minorias, com base nos princípios da igualdade e justiça social.

Por opção metodológica, contida pela proximidade do caso com a matéria versada no trabalho, escolheu-se a apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277¹⁴ e da Arguição de Descumprimento

¹⁴ A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 foi proposta em 2009 pela Procuradoria Geral da República visando ao reconhecimento da união entre



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

de Preceito Fundamental (ADPF) 132¹⁵ pelo Supremo Tribunal do Código Civil e ao Estatuto dos Servidores Civis do Estado.

5Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

6Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. Por meio dessa técnica, entende-se que, no caso de uma norma infraconstitucional ser plurissignificativa, como no caso do artigo do Código Civil, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Carta Magna (CANOTILHO, 2003, p. 1226). Ressalta-se que, ao se interpretar a Constituição como um todo, no caso da união homoafetiva, recorreu-se ao fenômeno da mutação constitucional, que consiste “na revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional” (CANOTILHO, 2003, p. 1228).

Federal, em que os ministros reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

Trata-se de ações constitucionais julgadas conjuntamente em 05 de maio de 2011 em que a Corte, de forma legítima e em votação unânime, atendeu aos anseios sociais para adotar posicionamento adepto

peçoas do mesmo sexo como entidade familiar, preenchido os mesmos requisitos indispensáveis para estabelecer a união estável entre homem e mulher.

¹⁵ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº132 foi proposta no ano de 2008 pelo Estado do Rio de Janeiro buscando tratamento igualitário entre casais heterossexuais e homossexuais no que se referia ao art. 1.723



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

ao reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo. Com efeito, a união homoafetiva abandonou status de mera sociedade de fato e passou a ser reconhecida como entidade familiar.

No Brasil, a Carta Magna de 1988, em seu art. 2265, consagrou entidade família em seu sentido plural, de modo a incorporar modificações ocorridas em decorrências dos costumes da sociedade moderna, influenciada por fatores sociais, econômicos e políticos. Em vista disso, o *caput* desse artigo atribui à família um significado de núcleo doméstico, pouco importando se integrada por casais heteroafetivos ou homoafetivos. O § 3º do art. 226, todavia, trouxe a dualidade relação homem e mulher, o que, posteriormente, fora elencado também no Código Civil de 2002, em seu art. 17236.

Acontece que, por meio de uma técnica denominada de interpretação conforme a Constituição⁷, o STF entendeu por excluir qualquer significado que possa ser dado ao texto normativo que impeça a cognição da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Veja-se:

Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a autoestima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011a).

Nesse diapasão, o julgamento aduz que a terminologia entidade familiar elencada no texto constitucional não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. A entidade familiar deve compreender qualquer família que preencha os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade, segundo interpretação extensiva que a Constituição admite desde que seja constituída com base no afeto e com o intuito de preservação e promoção da dignidade de seus membros. Assim,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

devem ser garantidos aos casais homoafetivos as mesmas prerrogativas dadas aos casais heteroafetivos, como facilitação da conversão da união em casamento. Cabe mencionar que o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013, determinou que cartórios de todo o Brasil não poderão recusar a celebração de casamentos civis de casais do mesmo sexo ou deixar de converter em casamento a união estável homoafetiva (BRASIL, 2013). Relevante citar, na oportunidade, que, por se tratar de uma Resolução, e não de uma lei, tal norma não possui efeitos gerais, mesmo porque não fora elaborada pelo Poder Legislativo, de modo que ainda se verificam casos em que cartórios se negam a celebrar casamento homoafetivo, cabendo aos interessados recorrer ao Judiciário para que este promova uma decisão mandamental para que se cumpra a medida.

Além desses fatores, a decisão do Supremo baseou-se na dignidade da pessoa humana, direito à intimidade e à não discriminação, bem como no princípio da igualdade e da liberdade, pluralismo e livre planejamento familiar.

A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011a).

Historicamente, a diversidade de sexos era exigida pelo legislador, em ordenamentos jurídicos diversos, como características das entidades familiares. No Brasil, tal requisito faz-se apontado, conforme já exposto, na própria Carta Magna em seu art. 226, parágrafo terceiro, bem como na legislação infraconstitucional, especificamente no art. 1723 do Código Civil de 2002.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Ressalta-se que tais normas decorrem de uma construção ideológica e doutrinária a qual entende apenas se enquadra, como uma relação conjugal natural, as relações heteroafetivas, sendo que comportamento sexual que se diverge do heterossexual seja tratado como “anormal” uma vez que se encontra fora dos padrões estereotipados.

Consoante se pode compreender, paralelamente a esses fatores, deu-se maior importância a regulamentação de direitos atinentes aos casais homossexuais em diversos ordenamentos jurídicos, o que introduziu tal assunto no meio forense, ultrapassando discussões que antes se restringiam à seara social. Tendo em vista ausência de normas positivadas pelo Legislativo que tratem expressamente dos direitos de homossexuais, bem como a inércia do Executivo em efetivar políticas públicas em favor desse grupo, ao Judiciário cabe a coragem necessária para abordar o tema e a sociedade o papel de reconhecer as evoluções sociais para se alcançar o senso de justiça.

Assim, as conquistas sociais dos direitos de minorias consistem em um processo de lutas, o que, no caso dos grupos homoafetivos, demandou a análise do Poder Judiciário para que este pudesse adequar o fato ao direito por meio de decisões pioneiras, agindo em estrita legitimidade na sua função de guardião do texto constitucional.

Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tabula rasa. [...]

Em outras palavras, uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição. [...]

Os fatos concretos, como antes afirmado, apontam para o enquadramento jurídico – e, com isso, o oferecimento de segurança jurídica às uniões homoafetivas – na moldura jurídica estabelecida para as uniões heterossexuais, à míngua de qualquer distinção (BRASIL, 2011, ADPF nº132).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Inferese-se que, na medida em que a norma não acompanha a evolução da sociedade e a mudança de mentalidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Tendo em vista que posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças, incumbe a Justiça a responsabilidade de atribuir juridicidade às uniões extraconjugais (DIAS, 2009, p. 71-83).

Ao se analisar essa questão na atualidade, pode-se supor que se tem dado uma maior relevância ao debate público por parte do Poder Judiciário, já que este, na incumbência de proteger a Constituição como um todo, tem como papel de proporcionar a efetivação da vida democrática e a manutenção da tranquilidade social.

Sob esse aspecto, vem ganhando destaque corrente doutrinária que defende ser imprescindível levar-se em consideração a opinião pública nos julgados, bem como as manifestações sociais acerca das controvérsias levadas a julgamento. Tal corrente surgiu no contexto do Estado Democrático de Direito em que a via judiciária passou a fazer parte da arena política como meio de promover a guarda da vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais e nos princípios (STRECK, 2004, p. 38-40, 55-57).

Sob esse mesmo enfoque, critica-se o fato de as Cortes julgadoras serem entidades despolitizadas e imparciais, devendo resistir à opinião pública quanto demandados. Tais críticas decorrem do fato de o Judiciário não ser um órgão político, mas sim jurídico. Como consequência, o Judiciário, dotado de imparcialidade, deve estar consciente de sua responsabilidade de arcar com os ônus decorrentes de decisões impopulares, já que a opinião pública não pode ser um fator relevante na formação da convicção judicial.

Entretanto, nota-se que o próprio Supremo Tribunal Federal entende que os magistrados devem ser permeáveis à opinião pública, a fim de que haja um equilíbrio alternando-se momentos de ativismo e contenção, bem como momentos de alinhamento e desalinhamento com a aspiração majoritária (BRASIL, 2012-a).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Portanto, ao se trazer as questões relativas ao reconhecimento de um direito, pleiteado por uma minoria, e sujeito a debates públicos, cabe ao Poder Judiciário proferir decisão embasada nas normas e princípios constitucionais, prezando pela dignidade da pessoa humana, podendo sua decisão corresponder ao clamor público ou não.

3 Conclusão

O desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito, concretizado na Constituição Federal de 1988, fundamenta-se nos princípios da cidadania, dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade.

Nesse sentido, dá-se relevância ao direito das minorias, as quais reivindicam no ambiente público o reconhecimento de suas especificidades, bem como a proteção de seus direitos, sob o enfoque dos princípios constitucionais elencados na Constituição Federal de 1988.

No decorrer do desenvolvimento deste trabalho, deu-se maior destaque ao caso de reconhecimento das minorias homoafetivas como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal. Em consonância com relatos dos ministros, o Judiciário não pode ignorar as alterações nas concepções sociais, devendo reconhecer que, assim como a sociedade evolui, cabe ao direito acompanhar as mudanças sociais, zelando pela efetividade dos princípios constitucionais que embasam a dignidade da pessoa humana.

Tal tendência coloca em questão a imparcialidade dos julgadores, o que tem sido alvo de críticas por parte da doutrina clássica a qual preza pela neutralidade e apolitização do Judiciário, sob o embasamento de o ordenamento jurídico brasileiro se enquadrar no sistema *civil law*, em que predomina o direito positivo, de modo que os costumes sejam fontes secundárias. Com efeito, dá-se ênfase, prioritariamente, a normas e regramentos positivados no ordenamento, e não aos costumes decorrentes das mudanças sociais.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

No entanto, constata-se que, na contemporaneidade, há uma possível correlação entre os debates públicos e os julgamentos, o que demonstra que o Poder Judiciário tem legitimidade para decidir a favor clamor social, desde que busque seu próprio convencimento pautado pela estabilização do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, percebe-se a importância que os movimentos sociais e a participação da sociedade no que tange a promoção dos direitos de minorias, como forma de se incentivar na luta pela concretização dos princípios da igualdade e liberdade. Espera-se que os Poderes de Estado e a sociedade compreendam a relevância em se articular o direito com a evolução das demandas sociais, mesmo que tal fato não implique alteração das normas constitucionais.

Referências

ALEXY, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo, Brasil: Malheiros.

BRASIL. *Constituição da República do Brasil*. Brasília, DF, Brasil: Senado Federal, 1988.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. *ADI 4277. Relator Ministro Ayres Britto*. Brasília, DF, Brasil: Supremo Tribunal Federal. 2011-a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400547&tipo=TP&descricao=ADI%2F4277>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 132. Relator Ministro Ayres Britto*. Brasília, DF, Brasil: Supremo Tribunal Federal. 2011-b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2598238>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013*. Brasília, DF, Brasil: Conselho Nacional de Justiça. 2013. Disponível em



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/resolu%C3%A7%C3%A3o_n_175.pdf. Acesso em 03 jun. 2015

CANOTILHO, J. J. G. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra, Portugal: Brochura.

DIAS, M. B. (2009). *União Homoafetiva: o preconceito e a justiça*. 4ª Ed. São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais.

MENDES, G. F. & COELHO, I. M. & BRANCO, P. G. G. (2009). *Curso de direito constitucional*. 4ª Ed. São Paulo, Brasil: Saraiva.

STRECK, L. L. (2004). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre, Brasil: Livraria do Advogado.



PARA ALÉM DOS OLHOS: AS TRILHAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Cássia Farnezi Pereira¹⁶ (UEMG)

Rodrigo Ricardo Tameirão Duarte¹⁷ (UEMG)

Resumo

Este artigo analisa a evolução do conceito patrimônio nos textos constitucionais brasileiros, recorrente preocupação na elaboração das políticas públicas de preservação do patrimônio. O avanço na concepção de patrimônio cultural no texto constitucional de 1988, com dispositivos legais pertinentes, congrega poder público e sociedade civil nas ações de preservação do patrimônio cultural brasileiro. A ênfase é ao instituto do registro para os bens imateriais tomando, por exemplo, no estado de Minas Gerais a política do ICMS Cultural. Abordar a eficácia do registro e a participação da sociedade civil neste processo é o norte do trabalho, a partir de princípios da História Cultural. Valorizar o Patrimônio Cultural, a memória coletiva e social, abarca os direitos culturais. Avanços no ordenamento jurídico e em espaços para a efetivação de ações de cidadania na construção de políticas públicas preservacionistas asseguram a defesa da memória coletiva e social para as gerações futuras.

Palavras-chave: Patrimônio Cultural, bens imateriais, direitos culturais, cidadania, memória.

1. Introdução

A preocupação do Estado Brasileiro na construção de uma identidade nacional está atrelada à valorização da memória de seu povo e

¹⁶ Acadêmica 3º período curso de Direito – Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Diamantina

¹⁷ Acadêmico 3º período curso de Direito – Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG/Diamantina



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

das formas como ela é externada. No início do século XX, a par do desenvolvimento da noção de patrimônio, a ideia do que seria nacional passou a expressar-se através dos belos e excepcionais monumentos, sejam obras de arte, ou edificações. A mudança na interpretação e tratamento ao patrimônio como cultural orientou este trabalho para a importância da memória coletiva e social. Neste ponto, abordou-se a memória como direito cultural, na perspectiva da História Cultural.

A atual Constituição brasileira, dentre o rol dos direitos fundamentais, traz em seu texto os direitos culturais e, como dever do Estado, garantir seu exercício. A compreensão dos direitos culturais está em reconhecê-los como direitos que o indivíduo tem em relação à cultura da sociedade da qual faz parte, que vão desde o direito à produção cultural, passando pelo direito de acesso à cultura, o direito à memória histórica, o direito ao patrimônio comum da humanidade.

A trajetória do conceito de patrimônio no ordenamento jurídico até o texto constitucional de 1988 guiou-se pela ideia de preservação do passado como algo isolado, até a instituição do instrumento legal, o tombamento. Esta visão mudou a partir da postura das pessoas em relação ao universo de bens materiais e imateriais que contemplam o patrimônio cultural. A identificação destes bens e de seus detentores é essencial para efetivar ações de proteção. É a particularidade dos grupos que enriquece a diversidade cultural do país; consolidar e fortalecer esta relação é essencial para que os próprios grupos assumam a participação na defesa e implantação de políticas públicas preservacionistas.

Ao abordar o emprego do instituto registro de bens imateriais, tomamos como exemplo o caso do estado de Minas Gerais, que trata da proteção e preservação do patrimônio cultural, dentro da política do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), no critério patrimônio cultural.

2. Conceito de Patrimônio no ordenamento jurídico brasileiro

O período pós-revolucionário de 1789, instituidor de uma nova ordem política, jurídica, social e econômica, procurou consolidar o Estado Moderno nos pressupostos do documento Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. No bojo do ideário desencadeado pela Revolução Francesa, desenvolveu-se a noção de um bem comum que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

compõe a riqueza material da nação: obras de arte, castelos, prédios: daí emergiu a noção de patrimônio como bem coletivo associado ao sentimento nacional. A importância do patrimônio cultural no século XIX consolidou-se como aporte para o fortalecimento do Estado e sentimento nacionalista, com valorização da monumentalidade, dos bens móveis imóveis, mas com significação contextualizada.

No século XX, o Brasil viveu acentuado processo de integração nacional e construção da identidade brasileira impulsionado pelo movimento modernista de 1922, Semana de Arte Moderna. A década de 30 foi momento em que a necessidade premente era tratar da cultura, identidade nacional e romper com os valores artísticos e estéticos referenciados pela Europa. Esta condição levou os modernistas a empreender o resgate do passado colonial brasileiro.

A Constituição de 16 de julho de 1934 foi a primeira a tratar dos elementos do patrimônio, de modo mais detalhado no capítulo II - Da Educação e da Cultura do título VI, no caput do artigo 10, inciso III, dispondo proteção às belezas naturais e aos monumentos de valor histórico ou artístico, para impedir a evasão de obras de arte, assim como no artigo 148, que instituiu a competência da responsabilidade para com o patrimônio, também nos municípios.

O expoente modernista Mario de Andrade, defensor da ideia de patrimônio histórico e artístico, apresentou no ano de 1936 um anteprojeto de lei que tratava o patrimônio sob a ótica de que a arte equivalia à cultura, considerando as ações humanas como arte, fruto da habilidade com que o engenho humano se utiliza das ciências, das coisas e dos fatos. Este anteprojeto não foi codificado em termos legais, mas levantou provocações para uma legislação pertinente, que foi posteriormente apresentada.

No Estado Novo, governo de Getúlio Vargas e momento da exaltação ao nacionalismo, foi criado o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN), com atividades norteadas pela valorização de monumentos edificados e objetos, pelo seu excepcional valor para a história do Brasil. Neste contexto, os elementos do Brasil moderno como estilo arquitetônico predominante foram o barroco mineiro do século XVIII, a historiografia com os “heróis nacionais” e seus atos, compondo o amálgama no processo de identidade nacional.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

No campo legislativo, o Decreto-Lei nº 25¹⁸ de 30 de novembro de 1937 abarca o tema do patrimônio e registra em seu artigo 1º:

Art. 1º Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

O avanço legislativo proporcionado pelo Decreto-Lei nº 25, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, teve como significado o reconhecimento do patrimônio então sob a denominação “*pedra e cal*”, materializado pelas casas-grandes, igrejas barrocas, fortes militares, casas de câmara e cadeias, casas da intendência, enfim, representativos da arquitetura que identificava uma parcela da sociedade brasileira, fragmentando uma memória nacional, ao eleger seus elementos numa preservação parcial e de conotação classista.

A política de preservação do patrimônio histórico e artístico nasceu sob a égide estatal, institucionalizada com tendência a registrar um passado que remete à busca da grandiosidade materializada pela suntuosidade de bens móveis e imóveis, contrapondo-se a uma realidade marcada pela pluralidade de ideias e grupos sociais. Dentro deste universo, a política de preservação desenvolvida foi pautada pela ação do instrumento legal, tombamento, reforçando a ideia de valorização dos monumentos e edificações.

A Constituição de 18 de setembro de 1946, no capítulo II - Da Educação e da Cultura do título VI, em seu artigo 175, trata textualmente da inserção de documentos como bem protegido, ampliando além do até então descrito as obras e monumentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza. O significado é de que novas fontes de informações que estão legalmente protegidas passam a servir de base para diferentes trabalhos na temática do patrimônio.

¹⁸ Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937 (Organiza a proteção do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional).



2.1. Constituição Federal de 1988: Patrimônio Cultural e ações de cidadania

Thomas Marshall, sociólogo inglês, com a obra “Cidadania, Classe Social e Status”, tornou-se referência nos estudos sobre cidadania. Ambientado na transição do liberalismo e do Estado Social, o autor resgatou o conceito de cidadania a partir da análise da Inglaterra de meados do século XX. Chama atenção aos importantes momentos na evolução do conceito de cidadania: a Antiguidade Clássica, em que a cidadania foi expressão da condição de civitas pela qual os homens contraem relações fundadas em direitos e deveres mutuamente respeitados. Posteriormente, à condição de civitas somou-se a de polis, em que moradores das cidades participavam dos negócios públicos. Já no século XIX, a condição de cidadania está na proteção do morador da cidade contra o arbítrio do Estado.

Marcam-se os aspectos: liberal (civitas), o democrático (polis) e o social. Avalia-se que o conceito de cidadania deixou de ser ligado à titularidade e exercício de poder político (votar e ser votado) para assumir o caráter mais abrangente - ter direitos e deveres: a cidadania como participação política e exercício dos direitos e deveres que o sujeito possui.

A cidadania não se restringe a delegação ao Estado da tarefa de promover a justiça social, concepção eivada nas ideias de assistencialismo e paternalismo, mas compreende uma postura ativa dos cidadãos, uma vez que são eles que possuem as condições para promover a transformação de sua realidade (BITTAR, 2004).

Os anos 1980 marcaram a sociedade brasileira pelo processo da redemocratização, com o fim do governo militar e do cerceamento da liberdade e exercício da cidadania. Neste contexto, ocorreu a elaboração da Constituição de 1988, também intitulada Constituição Cidadã, e este deverá ser o foco dos textos constitucionais. Nos termos do art. 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, a cidadania é um dos fundamentos do Estado brasileiro. Considerando que a legislação brasileira sobre patrimônio artístico nacional mostrou-se inicialmente com lacunas, para tratar o tema patrimônio cultural, segue abaixo a menção de José Eduardo



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Ramos Rodrigues, acerca da conceituação de patrimônio cultural referenciada no texto da Constituição de 1988:

Como se vê, o legislador constitucional brasileiro aceitou integralmente o moderno conceito de “patrimônio cultural” suprimindo expressões prolixas, imprecisas e incompletas, como patrimônio artístico, histórico, arquitetônico, arqueológico e paisagístico’, que foram utilizadas nas Cartas Magnas anteriores. Merece aplausos o legislador, pois adotando essa moderna definição, banuiu dos meios jurídicos uma série infindável de discussões sobre a questão, que ainda assolam os ordenamentos de outros países, como Estados Unidos da América. Destarte, não se discute mais se o patrimônio cultural constitui-se apenas dos bens de valor excepcional ou daqueles de valor documental cotidiano; se inclui monumentos individualizados ou também conjuntos; se dele faz parte apenas a arte erudita ou também a popular; se contém apenas bens produzidos pela mão do homem ou também os naturais; se estes bens naturais envolvem apenas aqueles de excepcional valor paisagístico ou inclusive ecossistemas; se abrange bens tangíveis e intangíveis. Todos estes tipos de bens acima citados estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores nos exatos termos constitucionais. (RODRIGUES, 2001, p.314).

O termo cultura, tratado na acepção de bem, deve ser protegido sob a competência comum da União, estados, Distrito Federal e municípios, proporcionando aos cidadãos meios de acesso eficientes, como no texto constitucional de 1988, que versa sobre os Direitos Fundamentais no caput do art. 5º, e no inciso LXXIII, a expressão patrimônio cultural, confere aos cidadãos propositura de ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

A proteção ao patrimônio cultural insere-se no conceito de direito fundamental de terceira geração, por materializar poderes de titularidade



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

coletiva, ao preservar a memória e seus valores, consagrando o princípio da solidariedade como direito ao patrimônio comum da humanidade. Os bens culturais adquirem natureza jurídica: são protegidos por representar ou identificar uma expressão cultural relevante, um especial interesse público - seja ele de propriedade particular ou não. A proteção e a preservação patrimônio cultural estão atrelados às ações de cidadania: a preservação da memória coletiva e social é o direito à informação como condição básica ao exercício da cidadania, que ultrapassa o tempo da ação, pois é fonte de informações para as próximas gerações; é a importância da memória coletiva e social, campo da História Cultural, “boom da memória”, preconizado nos estudos de Peter Burke.

O registro textual dos artigos 215 e 216 da Constituição Brasileira de 1988 trata patrimônio associado à noção de cultura. É o patrimônio material e imaterial: é o diálogo da pluralidade cultural na formação do povo brasileiro. O bem imaterial tem sua relevância na manifestação do espírito humano em relação ao suporte físico que lhe dê consistência.

Segundo a Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, da UNESCO,

Entende-se por patrimônio cultural imaterial as práticas, representações, expressões, conhecimentos e técnicas - junto com os instrumentos, objetos, artefatos e lugares culturais que lhes são associados - que as comunidades, os grupos e, em alguns casos, os indivíduos reconhecem como parte integrante de seu patrimônio cultural. Este patrimônio cultural imaterial, que se transmite de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade e continuidade e contribuindo assim para promover o respeito à diversidade cultural e à criatividade humana. (UNESCO, 2003, p.04).

O patrimônio cultural abarca bens imateriais sob a classificação: a) formas de expressão, b) modos de criar, fazer, viver, c) criações artísticas e científicas, d) obras, objetos, manifestações artístico-culturais, edificações, e) conjuntos e sítios de valor histórico, artístico e



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

paisagístico. Instituídos os seguintes instrumentos legais de proteção a estes bens: inventários, registro, vigilância, tombamento e desapropriação. É significativo o disposto no artigo 216, § 1º da Constituição Federal de 1988, em que a ação da comunidade junto ao poder público na proteção ao patrimônio e na elaboração de políticas públicas, toma corpo através dos conselhos municipais, audiências públicas e fóruns deliberativos, é a representatividade da sociedade civil fomentando ações de preservação e proteção, enfim, é protagonizar o exercício de cidadania.

Outro avanço legislativo para o patrimônio imaterial é o Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, assim como os livros de registros passaram a ser: 1) Livro dos saberes, 2) celebrações, 3) formas de expressão, 4) lugares. O Registro é instrumento de salvaguarda de bens de natureza imaterial, bens culturais que, por suas características, exigem permanente recriação pelos homens, e tem por objetivo valorizar os diversos grupos sociais que compõem a comunidade local, fazendo com que sua cultura seja reconhecida como parte integrante do patrimônio cultural onde esteja inserida e puder oferecer meios que para garantir sua recriação, permanência e continuidade.

No campo das políticas públicas do patrimônio cultural, o estado de Minas Gerais, através do Instituto Estadual do Patrimônio Histórico e Artístico de Minas Gerais (IEPHA-MG), implantou a política do ICMS cultural, por meio da Lei Estadual nº 12.040/1995, denominada Lei Robin Hood - que trata da distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios. Através do critério patrimônio cultural, o município recebe um repasse financeiro com destinação específica às ações e políticas de preservação e proteção do patrimônio. O IEPHA fiscaliza e avalia o cumprimento e a qualidade das ações realizadas, o que gera uma pontuação e torna-se instrumento de referência para cálculo do repasse aos municípios.

Enfim, esta é uma política que intensificou o processo de municipalização nas ações de cunho patrimonial, ao mesmo tempo em que fomenta o diálogo entre grupos na busca do aprimoramento das ações, políticas e engajamento social na defesa do patrimônio cultural.



3. Conclusão

A análise do patrimônio cultural no ordenamento jurídico brasileiro mostra uma evolução do momento em que fora considerado pedra e cal, para assumir junto às aspirações sociais, um patrimônio que se constrói como verdadeiro mosaico cultural, fruto da Constituição Federal de 1988, que representou avanços significativos, localizando patrimônio cultural no campo dos direitos culturais, cuja principal guardiã é a sociedade.

A edição do Decreto nº 3.551, de 04 de agosto de 2000, que instituiu o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, intensificou o conhecimento sobre o patrimônio cultural e aproximou a sociedade da preservação de seu patrimônio. O registro dos bens imateriais é dispositivo que apresenta limitações, e necessita de outros instrumentos de salvaguarda para executar-se com eficácia.

Urge, portanto, a necessidade de aperfeiçoar dispositivos constitucionais na temática do patrimônio cultural. Descortinar a ideia de patrimônio circunscrita a objetos materiais e identificá-lo também, no âmbito das significações e valorização do cotidiano das sociedades, é conhecer um patrimônio com sensibilidade além dos olhos.

Referencias Bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 19 set. 2015.

_____. **Decreto nº 3.551**, de 2 de outubro de 2000. Institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <www.iphan.gov.br> Acesso em 17 set. 2015.

_____. **Decreto-lei nº 25**, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em 17 set. 2015



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- FONSECA, Maria Cecília Londres. **O patrimônio em processo:** trajetória da política federal de preservação no Brasil. Rio de Janeiro: UFRJ, IPHAN, 1997
- INSTITUTO ESTADUAL DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO DE MINAS GERAIS (IEPHA).** Disponível em: <www.iepha.mg.gov.br>. Acesso em 19 set. 2015
- INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN).** Disponível em: <www.iphan.gov.br>. Acesso em 19 set. 2015
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO).** Recomendação para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial. Disponível em: <www.unesco.org.br>. Acesso em 17 set. 2015.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Ética, educação, cidadania e direitos humanos.** Barueri: Manole, 2004, p.11.
- BURKE, Peter. **O historiador como colonista.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p.31.
- MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro:** doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.50.
- RUBIM, Antonio Albino C. Políticas culturais no Brasil: tristes tradições, enormes desafios In: BARBALHO, Alexandre e RUBIM, Antonio A. C. **Políticas Culturais no Brasil.** Coleção CULT. Salvador: EUFBA, 2007, p. 11-36.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 5. ed., de acordo com a EC 56/2007. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 1030.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **Bens Culturais e Proteção Jurídica.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Unidade Editorial, 1999. In: MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do patrimônio cultural brasileiro:** doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 55.



ADOÇÃO POR CASAS HOMOAFETIVOS

Daniela Jardim Pinheiro

Resumo:

Este artigo tem como objetivo o estudo da adoção de crianças por casais homoafetivos. Visa mostrar se um casal formado por pessoas do mesmo sexo pode vir a adotar uma criança, e seu entendimento civil, equiparado à família.

Palavras-chaves: adoção, criança, casais homoafetivos, família, entidade familiar.

1. Introdução

O presente trabalho versará em um primeiro momento acerca do conceito de família, analisando que casais homossexuais se equiparam à entidade familiar, a possibilidade da adoção por casal homoafetivo, seu objetivo é entender o cenário jurídico nacional.

Na segunda parte, versará sobre a adoção, analisando seu conceito, sua natureza jurídica e requisitos legais.

Por fim, analisará a possibilidade de adoção por casais homoafetivos, e o reconhecimento dos direitos postulados a qualquer entidade familiar.

2. Família

O texto do caput do artigo 226, da Constituição Federal traz: “A família, a base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Dessa forma, vimos que a lei maior do ordenamento jurídico tem a família como base de toda a sociedade. Porém a conceituação de família não é tão simples.

RIZZARDO leciona que:

“Dentre estes quadros de acepções, eis o conceito de família que mais se adapta aos novos regramentos jurídicos: o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados.”

O mesmo doutrinador finaliza da seguinte forma: *“Há consideráveis mudanças nas relações de família, passando a dominar novos conceitos em detrimento de valores antigos.”*

Desta maneira, vemos que o sentimento afetivo têm mais importância que o convívio.

A família vigente pode ser compreendida de forma mais ampla, ou seja, para a caracterização de uma família, é importante o fato de existir consanguinidade entre os seus integrantes, bem como não se falar em exigência do casamento civil do casal, já que a união estável está categoricamente prevista em lei.

Com as recentes mudanças do cenário jurídico brasileiro, mais precisamente com o julgamento do ADPF nº132 e ADInº 4277, o STF pacificou o entendimento quanto reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Portanto, o Superior Tribunal Federal, guardião da carta magna, reconheceu como entidade familiar a relação vinda do casamento entre pessoas do mesmo sexo. Daí, se pode avaliar a evolução do conceito de família no ordenamento jurídico nacional.



3. Adoção

3.1. Conceito

Evidentemente, o instituto da adoção deve ser tratado com zelo, pois é o meio que é capaz de inserir no aconchego familiar uma criança desprotegida, desamparada, seja por maus tratos, abandono ou qualquer situação que a coloque em desabrigo social e afetivo.

RIZZARDO conceitua adoção da seguinte maneira:

“Em termos singelos, nada mais representa esta figura que ato civil pelo qual alguém aceita um estranho na qualidade de filho. Em última análise, corresponde à aquisição de um filho através de ato judicial de nomeação.”

BEVILÁQUA aduz que:

“O que é preciso, porém, salientar é a ação benéfica, social e individualmente falando, que a adoção pode exercer na sua fase atual. Dando filhos a quem os não tem pela natureza, desenvolve sentimentos afetivos do mais puro quilate, e aumenta, na sociedade, o capital de afeto e de bondade necessário a seu aperfeiçoamento moral; chamando para o aconchego da família e para as doçuras do bem estar filhos privados de arrimo ou de meios idôneos, aproveita e dirige capacidades, que, de outro modo, corriam o risco de se perder, em prejuízo dos indivíduos e do grupo social, a que pertencem.

Desta feita, a grandiosidade do instituto em estudo neste tópico é facilmente detectada a partir do momento em que se dá a uma criança ou a um adolescente que, por algum infortúnio, não tenham a possibilidade de crescer no conforto e na proteção da sua família consanguínea, a oportunidade de desfrutar do convívio de pessoas estranhas, porém que anseiam propiciar tais benesses, como se pais fossem.”

Com a efetivação da adoção, não só os adotados tem aproveitamento daquilo que antes não lhes era possível, pois os adotantes



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

também passam a usufruir de uma relação valiosa na vida de uma pessoa, o amor de pai para filho.

Com o objetivo de justificar o ato de adoção, RIZZARDO afirma que:

“[...] está insito na índole humana, ou nasce com a própria natureza do homem, a tendência de se perpetuar a pessoa através dos filhos, o que representa um modo de afastar aparentemente a ideia da própria finitude no tempo. Nesta ideia inata em todas as pessoas, a incapacidade ou impossibilidade de gerar é substituída, pelo menos em parte, através da adoção, que reflete uma forma de realização do próprio indivíduo.”

No ponto de vista do jurista citado, é ligado ao ser humano o interesse de se perpetuar no tempo, o que, em termos, é possível através dos filhos deixados após a morte. Com isso, aqueles que não tem a possibilidade de ter filhos de maneira natural, podem utilizar o instituto da adoção a fim de perpetuar sua geração.

3.2. Natureza Jurídica e requisitos

Quanto à natureza jurídica da adoção, discute-se ser contratual, ato solene, filiação criada pela lei, ou instituto de ordem pública, de modo que a doutrina não compartilha de um entendimento uníssono neste aspecto.

Os que defendem que a adoção possui natureza contratual, afirmam que, para que ela se concretize, basta a manifestação das partes no sentido de adotar e ser adotado, tornado-se, assim, um ato bilateral precursor de um contrato.

Todavia, tem-se que o entendimento que não leva em consideração o fato de, para que a adoção se efetive necessário se faz o atendimento de alguns requisitos, como, por exemplo, sentença judicial, de modo que a simples vontade das partes não torna concluída a adoção.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Neste caminho, para a formalização da adoção, inicialmente deve existir a questão contratual, que é a vontade das partes. Seguidamente, deve se iniciar o processo judicial, onde serão apuradas todas as questões legais que cercam o instituto. Assim, somente após o início do procedimento através da manifestação da vontade das partes, concluído pelo devido processo legal, se tem a adoção.

Visto isto, é possível afirmar que a adoção apresenta natureza jurídica híbrida, pois somente com a soma de vários requisitos ela pode se tornar possível.

Citando SOARES LOTUFO, GRANATTO conclui que:

“adoção apresenta-se como figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituição, onde a vontade das partes, bem como o exercício de seus direitos se encontram limitados pelos princípios de ordem pública”.

A natureza jurídica da adoção, portanto, deve ser compreendida de forma híbrida, já que a simples vontade das partes não é o suficiente para que o ato se conclua.

4. Casais homoafetivos

Como já enfatizado no primeiro capítulo, a conceituação do termo “família” sofreu mutações ao longo do tempo, modernizando-se de tal forma que, atualmente, duas pessoas do mesmo sexo, que vivem em união estável, podem ser equiparadas à entidade familiar.

Não obstante o claramente proclamado pelo artigo 1.723, do Código Civil de 2002 no sentido de que:

“É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

É de enfatizar que a interpretação taxativa do dispositivo transcrito colide com o que preconiza o inciso IV da Constituição Federal, no sentido de que constitui objetivo fundamental da República *“promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”*.

Cabe, portanto, à república federativa do Brasil promover o bem de todos, sem qualquer tipo de preconceito ou discriminação.

Logo, não há como se negar que o texto do artigo 1.723 do Código Civil, acaba por tratar com preconceito e discriminação aqueles que possuem afetividades homossexuais, pois é taxativo ao prescrever que o reconhecimento da entidade familiar depende da existência da relação entre homem e mulher, ou seja, depende exclusivamente de uma relação heterossexual.

No entanto, com o julgamento pelo Superior Tribunal Federal da ação direta de inconstitucionalidade nº 4277, a hermenêutica do texto do artigo 1.723 do Código Civil passou a seguir a técnica da *“interpretação conforme à Constituição”*, de modo a se concluir que a relação estável, pública e contínua entre casais homoafetivos também caracteriza entidade familiar.

Do voto do Ministro Relator Ayres Britto:

“No mérito, julgo procedentes as duas ações em causa. Pelo que dou ao art. 1.723 do Código Civil interpretação conforme à Constituição para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública, e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como *“entidade familiar”*, entendida esta como sinônimo perfeito de *“família”*. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

Ou seja, uma vez que a Constituição Federal objurga qualquer tipo de discriminação e preconceito, a taxatividade do texto do artigo 1.723 do Código Civil deve ser relativizada ao ponto de se admitir a



união estável entre pessoas do mesmo sexo. Admitido isto, o casal homoafetivo passa a dispor de todos os direitos e garantias proporcionados aos casais heterossexuais.

Não há diferenças entre relações afetivas heterossexuais e relações afetivas homossexuais, pois em ambas existem o amor, o afeto, a assistência mútua, o bem querer do parceiro. Sendo assim, existindo a mesma linha de afeição em ambas as relações, não há como se distinguir uma da outra, muito menos tratá-las com desigualdade.

Para arrematar, não foi à toa a unanimidade do julgamento da ADI nº. 4277, no sentido de considerar válido o reconhecimento de entidade familiar para os casais homoafetivos, pois já era sem tempo a modernização do entendimento jurídico quanto ao caso em enfoque.

Não é de hoje que vários casais homossexuais vivem como família, merecendo, portanto, a especial proteção do Estado, nos termos do que dispõe o artigo 226 da Constituição Federal.

5. Adoção por casal homoafetivo – Entendimento jurisprudencial

Visto que se reconhece como união estável uma relação pública, estável e duradoura existente entre duas pessoas do mesmo sexo, novas discussões surgem acerca dos direitos inerentes a tal reconhecimento, como, por exemplo, o direito de adotar uma pessoa.

Neste sentido, solicita trazer o que preconiza o artigo 1.622, do Código Civil: *“Ninguém pode ser adotado por duas pessoas, salvo se forem marido e mulher, ou se viverem em união estável.”*

Depreende-se, do dispositivo de lei acima transcrito, que a adoção somente será deferida a duas pessoas se forem marido e mulher, ou, na ausência do casamento, se viverem em união estável.

Logo, ao se admitir que um casal homoafetivo, se preenchidos os requisitos legais, poderá ver reconhecida a sua união estável.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul foi um dos pioneiros a admitir a adoção por casal homoafetivo. Neste sentido, insta transcrever a bem lançada ementa da decisão do recurso de apelação nº 70013801592, de relatoria do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos:

APELAÇÃO CÍVEL. ADOÇÃO. CASAL FORMADO POR DUAS PESSOAS DE MESMO SEXO. POSSIBILIDADE.

“Reconhecida como entidade familiar, merecedora da proteção estatal, a união formada por pessoas do mesmo sexo, com características de duração, publicidade, continuidade e intenção de constituir família, decorrência inafastável é a possibilidade de que seus componentes possam adotar. Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). Caso em que o laudo especializado comprova o saudável vínculo existente entre as crianças e as adotantes.

Ainda, do corpo do acórdão se extrai:

Partindo então do pressuposto de que o tratamento a ser dado às uniões entre pessoas do mesmo sexo, que convivem de modo durável, sendo essa convivência pública, contínua e com o objetivo de constituir família deve ser o mesmo que é atribuído em nosso ordenamento às uniões estáveis, resta concluir que é possível reconhecer, em tese, a essas pessoas o direito de adotar em conjunto.

Entendeu o desembargador relator que, no momento em que se admite que um casal homoafetivo possa usufruir de todas as prerrogativas inerentes à união estável, não há alternativa senão proporcionar-lhe todos os direitos e garantias afetos aos casais ordinários, ou seja, formados por homem e mulher.”



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

6. Conclusão

Há de se concluir que, se preenchidos os requisitos legais, um casal homoafetivo tem o direito de adotar.

Antes de tudo, deve-se analisar os benefícios que os adotados terão com o deferimento da adoção, pouco importando o fato de as postulantes formarem um casal homoafetivo, primando, assim, pelo o que preconiza o artigo 43, do ECA, que aduz: "a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos".

Outrossim, na decisão proferida pelo Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, depreende-se que, para o deferimento da medida, os julgadores encontraram amparo não só na legislação pertinente ao caso, mas também em estudos científicos que apontam que nenhum prejuízo sofrerá uma criança se adotada por um casal homoafetivo, chegando-se à conclusão de que o indeferimento do pedido de adoção somente causaria prejuízos aos adotandos.

Por todo o exposto, no momento em que um casal homoafetivo se equipara à entidade familiar, todos os direitos decorrentes de tal equiparação esse casal passará a dispor. Assim, como a adoção é um direito previsto na legislação pátria, conclui-se que o casal homoafetivo que preencher todos os requisitos legais não poderá enfrentar qualquer óbice para adotar uma criança.

Referências bibliográficas

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família - 9ª Ed. 2014
<http://www.antoniogettardiadvogados.com.br>



O OLHAR DOS VIAJANTES VIAJANTES EUROPEUS AUGUSTE DE SAINT-HILAIRE E JOHN MAWE SOBRE O VALE DO JEQUITINHONHA NO SÉCULO XIX¹⁹

Daniela Souza Rocha²⁰

Prof. Ms. Mário Gomes Ferreira²¹

Resumo:

No século XIX, o vale do Jequitinhonha recebeu muitos estrangeiros. Todos queriam ver suas belezas naturais e conhecer seu povo. John Mawe foi um mineralogista inglês que veio para o Brasil e publicou um livro titulado "Viagens ao interior do Brasil" Onde fala sobre as particularidades de cada lugar que visitou; a vegetação e cultura do povo do Vale. O outro autor que o presente artigo mostra, é Auguste de Saint-Hilaire botânico Francês que veio para o Brasil em 1816 e viajou muitos anos pelo país, relatando sua viagem em várias obras, entre elas "Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais" onde fala detalhadamente sobre o Vale do Jequitinhonha.

¹⁹ Artigo apresentado no I Seminário de História do Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais –UEMG / Unidade Diamantina. Produção do Grupo de Estudos e Pesquisas em Conservação e Divulgação de Obras Raras e Especiais do Memorial da FEVALE.

²⁰ Estudante do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais –UEMG / Unidade Diamantina. Bolsista do Programa Institucional de Apoio à Pesquisa da UEMG – PAPq / UEMG.

²¹ Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Letras de Diamantina (2008) e Mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (2013). Professor e Diretor de unidade na Universidade do Estado de Minas Gerais, Membro do Corpo Editorial da Revista Zeitgeist de Filosofia e Direito (Diamantina), Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Administração de Sistemas Educacionais, atuando principalmente nos seguintes temas: Arte Sacra, História da Educação, Filosofia.



Introdução

O Vale do Jequitinhonha no século XIX recebeu muitos viajantes europeus, todos com a finalidade de estudar as riquezas naturais e conhecer os nativos da região. Escritores como John Mawe e Auguste de Saint-Hilaire, visitaram o Vale com a perspectiva de encontrar aspectos de cunho biológico, antropológico, mineralógico, sociológico, geográfico e geológico.

Eles estudavam tudo acerca do lugar que estavam. Iam aos arredores, visitavam as casas, estudavam a vegetação local, os rios, e descreviam tudo que viam em seus cadernos de viagem. As anotações eram ricas em detalhes. Eles descreviam simplesmente tudo o que viam, e suas palavras fazem o leitor voltar ao passado. Neste trecho da obra de Saint-Hilaire, dá para se ver o detalhamento e o encantamento com que fala do rio Jequitinhonha:

Julgue-se do prazer que experimentei quando, fatigado de tanta monotonia, avistei um belo rio, o Jequitinhonha, cujas águas límpidas correm com lentidão e majestade. Suas margens, cobertas da mais fresca vegetação, contrastavam com as matas vizinhas despojadas de folhagem, e o que talvez não tivesse acontecido em nenhuma outra parte do mundo, tinha ao mesmo tempo sob os olhos a imagem do inverno e a dos dias mais deliciosos da primavera.²²

Este artigo tem por objetivo mostrar como era a visão dos europeus sobre o Vale do Jequitinhonha no século XIX, seguindo os passos de John Mawe e Auguste de Saint-Hilaire.

1. O Vale na visão de John Mawe

²² SAINT-HILAIRE, Auguste de. Viagem pelas província do Rio de Janeiro e Minas Gerais. Belo Horizonte, São Paulo. P. 240



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

No século XIX, o vale do Jequitinhonha recebeu escritores do mundo inteiro, principalmente europeus, que se encantaram pela terra. Nas obras do viajante mineralogista inglês John Mawe por exemplo, ele leva o leitor para uma viagem no tempo, contando com muitos detalhes de como era a vida social, política, econômica e religiosa de todos que habitavam o vale do Jequitinhonha.

Em sua obra, Mawe contou sobre sua passagem por vários municípios do vale e falou sobre as particularidades de cada um deles, tanto na economia, quanto os regulamentos. Neste trecho de seu livro "Viagens ao interior do Brasil", por exemplo, ele relata o cotidiano de uma comunidade, seus regulamentos, os hábitos e a vida dos habitantes:

A cidade hoje conta cinco mil habitantes, dos quais a maior parte são lojistas; o resto é composto de artesãos, fazendeiros, mineiros e operários. Há um escritório de controle ao qual todos os mineiros do distrito trazem o ouro que encontram e pagam o quinto. Como em Vila Rica. o ouvidor é ao mesmo tempo diretor da fundição, o que torna seu emprego dos melhores que o rei possa dar. Aqui se encontram oficiais inferiores pertencentes aos diversos departamentos do serviço público. Estando situada a cidade perto dos confins do Distrito Diamantino e no seu caminho, existem regulamentos muito severos para todos os viajantes. Com exceção daqueles que aí tem negócios, o que deve ser atestado por documentos autênticos, não se deixa passar ninguém antes de se fazer notificação oficial ao governador do distrito. As leis são tão severas que, quem quem quer que seja encontrado fora da grande estrada, estará sujeito a ser detido como suspeito e submetido a exames e interrogatórios, que acarretam muitas vezes embaraços e demoras.²³

Ao decorrer da obra, nota-se que Mawe é sempre muito sincero no que escreve. Ele elogia o que gostou, e não esconde qualquer desapontamento quando o teve. Outro ponto a se notar, é a riqueza de

²³ MAWE, John. Viagens ao interior do Brasil. Belo Horizonte; São Paulo. p. 150,151.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

detalhes em seus relatos sobre o Vale. Ele enfatiza para falar das casas, dos jardins e também das belezas naturais, alimentando a imaginação de quem lê. No trecho abaixo, observa-se claramente o que foi citado acima:

Aí as casas, em numero de cem, são isoladas e geralmente de forma circular, com tetos pontudos de palha, semelhantes as cabanas dos africanos, embora muito mais largas. As paredes formadas de estacas fincadas perpendicularmente na terra, entrelaçadas de ramos de arvores e rebocadas de barro por dentro e por fora. As casas dos oficiais são feitas dos mesmos materiais, mas de forma mais cômoda, sendo caiadas interiormente. Ao lado de algumas havia jardins cercados, o que animava a perspectiva, dando um ar de abundância a essas habitações simples e grosseiras.²⁴

Mawe é também muito detalhista ao falar sobre as pessoas. Ele analisa e escreve sobre cada um que ele teve contato e que fora marcante para ele. Mawe fala muito também sobre as profissões e como cada um exerce a sua, especialmente sobre a mineração, objeto primordial de sua pesquisa, já que era mineralogista. Em um trecho do livro, ele faz observações sobre os habitantes do Tijuco, e obviamente sobre as riquezas do lugar. Ele faz a seguinte observação:

Puras e honestas almas! Estrangeiros no país, pensei que essa boa gente estivesse realmente compenetrada dos sentimentos expressos por suas palavras e gestos, e como as pessoas de todas as classes parecessem tremer falar desse assunto, imaginei a principio que no Tijuco não veria outros diamantes além do tesouro, mas, depois de travar conhecimento mais íntimo com a cidade, convenci-me de que não passava de um neófito. Efetivamente, em visitas que fiz as pessoas às quais fora apresentado, vi que, os diamantes eram trocados por toda espécie de objetos e que circulavam em muito maior número que as moedas. Deles

²⁴ Ibid. p. 154.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

lançavam mão até para comprarem indulgências. Poder se ia suspeitar de que o vendedor de bulas de Sua Santidade consentisse em gozar do fruto proibido do Tijuco?²⁵

Para finalizar sua obra já citada, Mawe não economizou nas palavras e elogios, tanto a terra, quanto as pessoas e seus modos. Elogiou o modo como o receberam em suas casas, a música, as danças. Elogiou muito as mulheres: o modo como se vestiam, a graça com que tocavam violão e dançavam e até assimilou suas vestimentas as vestimentas das mulheres de Londres.

Como já foi dito a princípio, assim como Mawe, muitos pesquisadores europeus visitaram o Vale do Jequitinhonha no século XIX, onde fizeram pesquisas e relatos sobre a sociedade e as riquezas naturais desta exuberante terra. Agora será apresentada a visão de Auguste de Saint-Hilaire, um botânico francês que viajou por anos no Brasil e expos muito conteúdo em sua obra sobre o Vale do Jequitinhonha.

2. O Vale na Visão de Auguste de Saint-Hilaire

Auguste de Saint-Hilaire foi um botânico francês que visitou o Brasil em 1816 viajando alguns anos pelo país. Ele publicou várias obras, entre elas "Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais", onde falou sobre sua passagem pelo Vale do Jequitinhonha.

Ele falou sobre as diversidades de vegetação no alto Jequitinhonha: Os vários tipos de vegetação, as formas de relevo, dos solos, dos regimes dos rios e dos climas., que segundo Saint-Hilaire "Era capaz de extasiar cientistas".

Ele percorreu o Médio Jequitinhonha bem no início de sua ocupação colonial. Ali era área de fronteira, e sua abertura dependia da instalação de quartéis, comandados pelo Alferes Julião Fernandes Leão.

²⁵ Ibid. p. 172.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Atrás das pequenas guarnições, seguiram pouco a pouco colonos e escravos. A maioria dos moradores era pobre. Assim foram surgindo muitas fazendas que faziam plantio de várias coisas como arroz, feijão, cana de açúcar, mamona, fumo e algodão. Sobre as plantações, Saint-Hilaire escreve:

Um dos terrenos onde encontrarão maior quantidade de vegetais é o que atravesssei imediatamente antes de chegar á povoação. [...]Um de meus cuidados foi de ir herborizar nesse local e posso dizer que, durante minha estadia no Brasil, não vi em parte alguma nada de semelhante.²⁶

Assim como John Mawe, Saint-Hilaire é muito detalhista, dá para se notar isto nos trechos de sua obra Ele escreve sobre absolutamente tudo; não apenas o que vê, mas todos os seus sentimentos e suas emoções. Se está frio ou calor, a distância que percorreu para chegar a algum lugar, o relevo, a fauna, a flora, se há água, a sensação que teve ao chegar em algum lugar. Fala também das particularidades de cada planta. Se tem folhas grandes ou pequenas, como era a casca, o tronco, se haviam galhos secos, ele passava tudo para seu caderno. Em outra passagem de seu livro, ele mostra sua satisfação ao se hospedar em uma das casas e tece elogios a ela: A fazenda de Itanguá, que pertencia ao capitão-mor Antônio Gomes de Oliveira Meirelles, era certamente a mais bela que vira depois de Ubá.²⁷ Saint-Hilaire dá detalhes também do bom apetite dos mineiros, e mostrou-se assustado com a quantidade que comem. Saint-Hilaire enfatizou a riqueza da vegetação e da diversidade das paisagens naturais do Vale do Jequitinhonha e mostrou-se maravilhado com tudo.

Disse ainda ha pouco que a vegetação era mais variada quando os campos se deviam unicamente a mudanças na

²⁶ SAINT-HILAIRE, Auguste de. Viagem pelas províncias do Rio de Janeiro e São Paulo, Belo Horizonte, São Paulo. p. 197

²⁷ Ibid.p. 198



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

natureza do solo que, de fértilse torna ferruginoso, pedregoso ou saibrento.²⁸

Em visita a alguns lugares do vale, ele relatou a presença de algumas tribos indígenas que habitavam o local em meados do século XIX e sobre isto ele escreveu: *Alíngua dos Macunis se pronuncia da mesma maneira que a dos coroados, Malalis e Monoxós.*²⁹ Ele fala também ds costumes dos habitantes, e assim como Mawe, apreciou a boa música e as danças. Nota-se também, que ele reparou nos costumes mais reservados das pessoas que habitavam aquela região.

Os habitantes pouco numerosos que residem permanentemente em Penha, são homens de cor, pobres, ignorantes e ociosos. Achei-os a princípio indelicados e pouco comunicativos.³⁰

Ele falou não só dos costumes reservados dos habitantes, mas teceu muitos elogios, à cultura do povo; as músicas, a alegria com que dançavam, e o que dançavam. Ele mostrou um grande encantamento com as festas na qual frequentou, gostou das danças, da música e de ver mulheres tocando algum instrumento.

Além de falar sobre a vegetação e o povo, ele fala muito também sobre o rio Jequitinhonha, que o encantou. As suas muitas ilhas, as praias grandes, a areia fina. E nem só o rio Jequitinhonha chamou sua atenção; ele falou também sobre os pequenos riachos que abasteciam os povoados. Saint-Hilaire falou também sobre alguns problemas que poderiam afetar alguns lugares futuramente. Ele previu que o constante uso do pari provocaria uma grande perda de peixes no Jequitinhonha e seus afluentes, já que os peixes eram capturados no momento em que subiam as correntezas para desovar.

²⁸ Ibid. p. 202

²⁹ Ibid. p. 211

³⁰ Ibid. p. 196



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Assim como John Mawe, Auguste de Saint-Hilaire falou sobre as pessoas, a vegetação, os rios, e todos os detalhes do Vale do Jequitinhonha, tudo com muitos detalhes que mostrou um encantamento de ambos pelo Vale. Porém nenhum dos viajantes que percorreram o Brasil mostrou-se tão observador quanto ele. Saint-Hilaire mostrou muito bem todos os aspectos, geográficos e mostrou também a agricultura, o comércio, a arte, a vida religiosa, administrativa e judiciária, todos os costumes tanto da gente civilizada quanto dos índios. O estudo dos produtos vegetais do Brasil constituía, sem dúvida, o objetivo principal da viagem; não negligenciei, no entanto, de recolher luzes que possam, sob outros aspectos, dar uma ideia perfeita de região tão interessante. Não me limitei a seguir os caminhos frequentados, internei-me pelos lugares mais desertos, e estudei as tribos indígenas. Favorecido pelas autoridades locais, acolhido por toda parte com a mais generosa hospitalidade, pude ver tudo o que há de mais notável e reunir.

Conclusão

John Mawe e Auguste de Saint-Hilaire foram apenas dois dos inúmeros estudiosos que visitaram e se encantaram pelo Vale do Jequitinhonha. Estas duas obras foram e são um grande sucesso até os dias de hoje, não só pelas riquezas dos detalhes, mas sim, porque algumas das características que eles citaram em seus relatos, permanecem, como a rica vegetação, a alegria do povo, e algumas festas tradicionais.

John Mawe vivenciou muitas situações cotidianas e muitos hábitos do povo do Vale do Jequitinhonha. Além disso, como mineralogista, ele explorou a geologia e a mineralogia, buscando encontrar alguns minerais e vende-los ao ingleses quando voltasse. Segundo relatos, John mawe foi o primeiro estrangeiro a deixar suas impressões sobre o Brasil no século XIX.

Com Auguste de Saint-Hilaire não foi diferente, o botânico demonstrou um grande encantamento pela flora do Vale do Jequitinhonha.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Ele deu mais ênfase às plantas, descrevia cada uma com muitos detalhes. A viagem de Saint-Hilaire ao Brasil, foi comentada na Academia de Ciências de Paris. O relator, disse que os resultados da expedição foi uma realização precisa e competente de um trabalho científico.

Bibliografia

MAWE, J. *Viagens ao Interior do Brasil*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1978. Coleção Reconquista do Brasil, v.33.

SAINT-HILAIRE, A. *Viagem Pelas Províncias do Rio de Janeiro e Minas Gerais*: Belo Horizonte: Ed. Itatiaia: São Paulo: Ed. Da Universidade de São Paulo, 1975. Coleção Reconquista do Brasil, v.4



SOBERANIA E JURISDIÇÃO MARÍTIMA BRASILEIRA: AMAZÔNIA AZUL E PRÉ-SAL

Daniele Soares e Silva (Funorte)
Luciano Soares Maia (Funorte)

Resumo:

Analisa a proposta de expansão da plataforma continental brasileira enviada à ONU pelo Brasil, em razão da descoberta de uma área de petróleo e gás natural na zona denominada “pré-sal”, podendo ser o primeiro país do mundo a ter a proposta acolhida. Avalia, também, a divisão do território marítimo brasileiro no âmbito Constitucional, o chamado “Amazônia Azul”, considerando o efetivo desenvolvimento da soberania e jurisdição marítima do País frente às normas de Direito Internacional, bem como as decorrências de exploração no mar internacional. Diante disso, existe a necessidade de meditar sobre as consequências que esse aumento de área poderá trazer para o Estado brasileiro. Debate, também, a maneira que o Brasil fiscalizará o território, que é extenso. Com o possível acréscimo, o Estado terá grandes responsabilidades uma vez que o mesmo será submetido às normas internacionais, já que essa exploração coloca o país em evidência mundial em matéria energética.

Palavras-chave: Amazônia Azul; Direito Marítimo; Zona Econômica Exclusiva, Pré-Sal.

1. Introdução

O Brasil possui atualmente³¹ um lugar de destaque na produção de petróleo e gás natural, havendo uma concentração de jazidas na Amazônia e principalmente na Zona Econômica Exclusiva, em alto mar. As descobertas iniciaram-se no ano de 2007 na camada pré-sal, localizada

³¹

Atualmente se refere à década de 2010-2020.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

em águas profundas da bacia de Santos (GONÇALVES;GRANZIERA, 2012, p. 7).

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 18, considera o mar territorial como um dos bens da união, bem como os recursos naturais da plataforma continental e zona econômica exclusiva.

Segundo Mazzuoli (2010, p. 709), o mar territorial pode ser conceituado como a faixa marítima que banha o litoral de um Estado, o qual exerce jurisdição, tratando-se de uma zona intermediária que se encontra entre o alto mar e a terra firme, zona esta que se encontra no domínio exclusivo do Estado costeiro.

A discussão sobre a camada pré-sal acontece desde a década de 1970 e, com as novas descobertas, houve grande avanço para o setor petrolífero mundial, o que torna um marco histórico para o Brasil que poderá ser a quarta maior reserva de petróleo do mundo, tornando-se uma potência mundial em exploração. Acredita-se que a camada de pré-sal poderá render em torno de 1,6 trilhão de metros cúbicos de óleo e gás e alcançar, em 2017, mais de 01 milhão e 300 mil barris de petróleo por dia. Ademais, a zona da camada “pré-sal” está localizada em uma área que possui em média uma extensão de 800 quilômetros em meio aos estados do Espírito Santo e Santa Catarina, abaixo do leito mar, contemplando três bacias sedimentares: Espírito Santo, Campos e Santos. (MARTINS, 2010, p. 2).

Os limites do território marítimo brasileiro são demarcados e conceituados pela Lei 8.617/93, que está de acordo com as determinações da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar (CNUDM III). A terceira Convenção foi realizada em 1982, em MontegoBay, na Jamaica, a qual foi um marco para as relações quanto o mar e durou cerca de nove anos para que fosse concluída, contando com a adesão de mais de 144 países. Em novembro de 2014, o Brasil comemorou 20 anos da recepção da CNUDM III.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

A Convenção das Nações Unidas do Direito do mar é considerado o maior empreendimento já realizado pela ONU, sendo, ainda, o principal instrumento jurídico que organiza e regula a utilização dos oceanos, onde é considerada a verdadeira “Constituição do Mar”, pelo fato de abranger toda uma estrutura do mar (PAIM; BEIRÃO, p.314).

O artigo 76, §2º, da CNUDM III aduz que os seus Estados signatários, após 10 (dez) anos de ratificação, com admissível fundamentação, poderão solicitar a expansão das suas Plataformas Continentais, observando os limites dispostos no mesmo artigo.

Diante disso, preenchendo os requisitos exigidos, o governo brasileiro, em 2004, apresentou à ONU uma proposta para aumentar a sua área marítima além das 200 milhas da sua Plataforma Continental, atendidas as disposições do artigo 76 da CNUDM III, tendo como pretensão o direito sobre mais 900.000Km², aumentando as dimensões do espaço marítimo brasileiro para 4,4 milhões de Km². Deste modo, o Brasil poderá explorar os recursos minerais, biológicos, fósseis e demais pertinentes, especialmente as possíveis reservas de petróleo, observando a preservação e o desenvolvimento sustentável (GONÇALVES; GANZIERA, 2012, p. 69).

Em 2007, a ONU emitiu um relatório de recomendação, devido a uma reclamação dos Estados Unidos, quanto o tamanho da área de mar internacional que o Estado pretendia agrupar ao seu território, solicitando ao Brasil que reduzisse a área pretendida, sendo que, além de uma possível aprovação, o Brasil talvez tenha que contar com a autorização da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISBA)³² para explorar,

³² A Autoridade Internacional dos fundos marinhos é um conselho criado pela Convenção das Nações Unidas Sobre o Direito do Mar, criado em 10 de dezembro de 1982/28 de julho de 1994. Sua função é organizar e controlar as atividades nos fundos marinhos particularmente com vista à gestão de seus recursos.



de forma econômica, a área pretendida (GONÇALVES; GRANZIERA, 2012, p. 69).

O Brasil pode ser o primeiro país do mundo a ter a solicitação de expansão da plataforma continental aceita pela ONU, compatível com as disposições normativas dessa convenção, observadas a importância de criação de políticas que viabilizem a exploração sustentável, considerando que a efetivação da expansão não incluiria somente alguns direitos, mas, também, importantes deveres. O aumento da nova área na “Amazônia Azul” torna-se ainda mais importante, uma vez que as novas descobertas de reservas de petróleo na zona “pré-sal” que será adicionado ao território brasileiro, como consequência será destaque para o país na agenda internacional de negociações (MARTINS, 2010, p. 5).

2. A Sistematização Internacional dos Espaços Marítimos

O mar e as relações que dele dependem possuem uma relevante história mundial desde tempos remotos, o que, junto com o crescimento das relações jurídicas existentes entre países, ocupou um patamar de alto conceito por se tornar objeto mais ambicionado na economia globalizada. A necessidade de uma norma que regulamentasse a utilização do mar nasceu desde o momento em que os comércios de relações internacionais eram realizados através de navegações. A Convenção das Nações sobre o Direito do Mar III (Convenção de Montego Bay – Jamaica), de 10 de dezembro de 1982, foi considerada a maior ação concretizada pela ONU, já que é considerada a Constituição do mar, um documento, uma legislação que prepara linhas gerais sobre a matéria de direito marítimo internacional e possui trinta anos de concretização e hoje conta com a adesão de grandes países, documento de direito internacional imprescindível para a divisão e a organização dos limites marítimos (MATOS, 2014, p. 21).

Em 1994 a Convenção foi atualizada na tentativa de atrair outros países considerados grandes potências de economia mundiais para



adesão do plano, sendo que o Brasil aderiu a Convenção, realizando a ratificação em 22 de dezembro de 1988, seguindo lei específica sobre a matéria, Lei nº 8.617 de 04 de janeiro de 1993.

2.1 O Pré-Sal e o Plano de Levantamento e Extensão da Plataforma Continental Brasileira (Leplac)

O grande crescimento da demanda energética faz com que seja maior a busca por novos pontos e jazidas em lugares mais difíceis de explorar e pontos no oceano que ultrapassam o espaço de soberania e jurisdição de determinado Estado que iniciam no mar internacional, o qual é regulamentado por Leis Internacionais específicas que dispõe em linhas gerais quanto ao monopólio dos recursos vivos e não vivos, principalmente de petróleo.

Em razão disso, o Brasil, almejando área maior para fins de exploração da área de pré-sal em estudo, instituiu o Plano de Levantamento da Plataforma Continental (Leplac) através do Decreto 95.787/88 atualizado posteriormente pelo Decreto nº 98.145/89, que se inicia após a zona econômica exclusiva (ZEE), local que o país possui soberania plena para exploração e aproveitamento dos recursos nela existentes, tanto no leito como no subsolo, direito este que foi concedido pela própria Convenção e encontra-se fundamentado em seu artigo 76, o qual também trata de sua definição.

3. A CONVENMAR III e a Influência na Constituição Federal e na Lei 8.617/93

A discussão sobre soberania exercida no mar ocorre há vários séculos. Acreditavam-se que as águas marinhas e todo seu complemento jamais poderiam ser submetidos à determinada soberania de um país específico.

Segundo Zanin (2010, p.83) as normas que regulamentam o uso dos oceanos existem desde meados do século XXXIII a.c, no código de Hamurabi, contendo disposições sobre navegação, construção naval,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

questões sobre abaloamento de embarcações, entre outros. No séc XIII a.C, no Código de Manu dos Hindus, já existiam normas de peso que regulamentava o comércio marítimo.

Cumpre salientar sobre as normas que são submetidas ao controle de constitucionalidade, sistema essencial para a organização do Estado.

A forma piramidal que estrutura o Direito, já dizia Kelsen, tem em seu topo a Constituição Federal, a ela tudo deverá guardar respeito, seja materialmente, seja formalmente. Embora existam correntes doutrinárias que afirmam, atualmente, que o topo não seja mais a Constituição e sim os Tratados Internacionais, não há como negar que qualquer norma interna do país deve passar por algum controle da constitucionalidade que demonstre sua coerência lógica e sistemática para com a Lei Maior do Estado (ZANIN, 2010, p. 08).

A Lei 8.617/93 também traz disposições quanto à soberania brasileira exercida no mar, como também reconhece o direito de passagem inocente dos demais países, os quais deverão observar questões que não sejam prejudiciais à ordem do Estado:

Art. 2º A soberania do Brasil estende-se ao mar territorial, ao espaço aéreo sobrejacente, bem como ao seu leito e subsolo.

Art. 3º É reconhecido aos navios de todas as nacionalidades o direito de passagem inocente no mar territorial brasileiro.

§ 1º A passagem será considerada inocente desde que não seja prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Brasil, devendo ser contínua e rápida. (BRASIL, 1993).

O direito do mar possui função essencial e decisiva para a sociedade brasileira, uma vez que suas normas foram trazidas para o plano interno constitucional brasileiro.



É perceptível a importância que uma incorporação territorial traz para o país no cenário internacional, de forma que a questão do pré-sal e do aumento da Plataforma Continental, a pesca e a conservação do meio ambiente marinho devem ser analisadas partindo do pressuposto da soberania, indagando-se sobre qual jurisdição serão submetidos determinados territórios marítimos, fazendo duas normas conflitarem, a norma internacional e a norma constitucional (ZANIN, 2010. p.84).

3.1 Os efeitos da expansão da Plataforma Continental sob os pontos que envolvem as questões Econômicas, Científicas e de Soberania.

Existem pontos importantes que devem ser destacados sobre o projeto de expansão da plataforma continental e seus resultados que são ligados de forma direta.

Avaliando as o interesse econômico, o aumento do território brasileiro é diretamente estratégico, já que o mar é responsável pela realização de 95% do comércio mundial através de transportes marítimos, um assunto ainda pouco conhecido, revelando que navios mercantes não é coisa passada, mas de grande relevância e utilidade atual no âmbito da economia mundial globalizada, salientando ainda que a exploração de petróleo é o maior fator de economia do Estado, recurso capaz de colocar uma nação em total evidência no mundo (MARINHA DO BRASIL, 2015).

Exemplo disso é o petróleo extraído da plataforma continental, sem ele uma crise energética poderia assolar o país de uma maneira assustadora, alastrando dúvidas sobre a competência brasileira para manter a auto-suficiência energética. Cumpre ressaltar, que o Brasil produz em torno de 85% de seu petróleo, o que pode se tornar um país autossuficiente com a aprovação da proposta uma vez que estudos indicam a possibilidade de grandes reservas do produto nas camadas de pré-sal. Em pouco tempo, o Brasil estará em um patamar reconhecido fazendo companhia para grandes potências mundiais ou talvez, com a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

soberania sobre o pré-sal, possa se tornar um dos maiores em assunto energético (MARINHA DO BRASIL, 2015).

Em relação à análise quanto às consequências do aumento territorial sob a questão científica, verifica-se que o meio marinho possui importantes grupos de recursos que são utilizados na área de pesquisa científica. De modo igual, a área incorporada no território possivelmente será fonte para pesquisas científicas de mérito para o país, destacando as descobertas de novas espécies que podem acontecer, atentando-se também para a pesca que deverá ser realizada de maneira sustentável, respeitando as disposições da Convenção, como o cumprimento da própria Constituição Federal que determina a obrigação de atividades com sustentabilidade.

Na Amazônia Azul, os limites jurisdicionais são feitos através de linhas que não existem fisicamente, são imaginárias e o patrulhamento e fiscalização são realizadas através de navios que realizam ações de presença (MARINHA DO BRASIL, 2015).

Conclusão

Conclui-se que a proposta de expansão da plataforma continental brasileira é um projeto grandioso que, se recepcionada pela ONU, trará avanços importantes para o Estado.

Considerando que o Brasil foi o primeiro país que solicitou o acréscimo de 900km² na plataforma à ONU, pode também ser o primeiro a ter o pleito atendido, podendo possuir uma área de 4,5 milhões de quilômetros quadrados de Amazônia Azul, na qual exercerá plena soberania.

Contudo, o principal interesse do país na expansão solicitada são as jazidas de petróleo que se encontram além das 200 milhas de soberania, a chamada zona de “pré-sal”, um tesouro imensurável que trará certezas e preocupações para o Estado brasileiro, colocando o Brasil em evidência mundial, pois as plataformas marítimas são basilares para o desenvolvimento econômico com tamanha importância, permitindo a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

exploração de petróleo e gás no mar, considerados as maiores fontes de energia essenciais para o mundo atual.

Essa área objeto de aumento, passará a integrar o território de jurisdição brasileira que será submetida a sua soberania para fins de exploração dos recursos naturais. As normas internacionais e as constitucionais brasileiras se encontram sobre a mesma matéria de interesse.

Percebe-se que a COVEMMAR busca em seu texto normativo internacional equilibrar os interesses dos Estados, sem dar preferência a determinado país possuidores de maior tecnologia em relação a outros detentores dos recursos naturais.

Nesse sentido, o planejamento de políticas que possam auxiliar na exploração sustentável, de modo que não se deva voltar apenas para o lado econômico da questão, mas nos deveres e responsabilidades que o direito a ser adquirido pelo Brasil atrai para si.

Nessa senda, significado econômico e estratégico do mar é novidade para muitos. Mais de 95% do comércio exterior brasileiro é realizado pelo mar, o que em valores somam mais de U\$180 bilhões de dólares. No mar, o Brasil produz cerca de 85% do seu próprio petróleo, cerca de 1,84 milhões de barris por dia que no ano somam em torno de U\$40 bilhões de dólares, além das grande reservas de gás natural descobertas na bacia de Santos-SP e Campos - SP, considerado o combustível do século XXI.

Se o Brasil fosse privado do mar e de seus recursos mais importantes como o petróleo, que é considerado o maior recurso de interesse nacional, a nação estaria em uma crise catastrófica capaz de paralisar o Estado.

Para que isso não aconteça, é importante investir em fiscalização do mar territorial brasileiro. É imperioso reconhecer que a última fronteira do país que é a Amazônia Azul está sendo construída no mar e não possui barreiras físicas para delimitar o território, sendo necessário adotar uma fiscalização contínua e efetiva com emprego de navios de



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

patrulha no mar brasileiro com monitoramento feito através de satélites. São 4,5 milhões de quilômetros quadrados para serem fiscalizados. Caso não houver uma ação efetiva, casos como pirataria, poluição ocasionada pelo despejo ilegal de materiais poluentes, além de contrabando, exploração da fauna entre outros ilícitos podem acontecer.

Sendo assim, a expansão da plataforma continental colocará o Brasil entre os grandes grupos de economia mundial, sendo que o futuro econômico do Brasil está nos recursos proporcionados pelo mar.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2014.
- BRASIL. **Decreto Nº 98.145, De 15 De Setembro De 1989**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98145.htm>. Acesso em: 13 jun. 2015.
- BRASIL. **LEI Nº 8.617/93** CovenmarIII. MontegoBay 1993. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 21 ago. 2014.
- BRASIL, Marinha Do Brasil. **Amazônia Azul**. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/sites/default/files/hotsites/amz_azul/index.html>. Acesso em: 20 mai. 2015.
- GONÇALVES, A.; GRANZIERA, M. L. M. **Petróleo, Gás e Meio Ambiente**. Santos: Leopoldlanum, 2012. Disponível em:<<http://elivro.unisantos.br/petroleo-gas-e-meio-ambiente/petroleo-gas-e-meio-ambiente.pdf>>. Acesso em: 16 abr. 2015.
- MARTINS, E. O. **Amazônia Azul, Pré-sal, Soberania e Jurisdição**. Revista CEJ, Brasília, Ano XIV, n. 50, p. 83-88, jul./set. 2010. Disponível em:<<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1398/1371>>. Acesso em: 15 nov. 2014.
- MATOS, A. M. Os Novos Limites Dos Espaços Marítimos Nos Trinta Anos Da Convenção Das Nações Unidas Sobre O Direito Do



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Mar. In: BEIRÃO, A. P.; PEREIRA, A. C. A. **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília, Funag, 2014.

MAZZUOLI, V.D.O. **Curso de Direito Internacional público**. 4ª ed.rev., atual. eampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2010.

PAIM, M. A. A expansão da amazônia azul: a plataforma continental do brasil além das 200 milhas náuticas,p. 314. In: BEIRÃO, A. P.; PEREIRA, A. C. A. **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília, Funag, 2014.

ZANIN, R. B. **O Direito Do Mar e a Legislação Brasileira: A Influência Da Convenção De MontegoBay Na Constituição Federal**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 16 – jul./dez. 2010. Disponível em:<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-083Artigo_Renata_Baptista_Zanin_%28O_Direito_do_Mar_e_a_Legislacao_Brasileira%29.pdf>.Acesso em 15 jun. 2015.



INCONFIDÊNCIA MINEIRA: IDEAIS ILUMINISTAS E PRÁTICAS MAÇÔNICAS.

Danilo Henrique Cunha Neves³³
Mário Gomes Ferreira³⁴

Resumo

O presente artigo tem por objetivo finalístico, apresentar dados que estão fora do alcance de pesquisa – e também de interesse – no que tange ao assunto tratado como: A Inconfidência Mineira. Trata-se, portanto, de se fazer valer com que mentiras e verdades não sejam resolvidas ou solucionadas, mas sim, apenas apresentadas para se que se tenha uma base de noção do que realmente se trata o ideário e o movimento em si, conhecidos por todos por: Inconfidência Mineira. Este artigo aborda a Inconfidência Mineira com um “quê” de Maçonaria, e também correlaciona os ideais que fundamentaram o movimento com o Iluminismo e outras revoluções como a Francesa e a Norte Americana. Em muitas das informações que apresentaremos a seguir, não se tem certeza de que condizem com a verdade. São apenas convicções de autores, suposições a partir de pesquisas que supostamente não foram baseadas em dados concretos.

³³ Graduando do Curso de Direito do 6º Período – Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Diamantina.

³⁴ Graduado em Filosofia pela Faculdade de Filosofia e Letras de Diamantina (2008) e Mestre em Filosofia pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (2013). Professor e Diretor de unidade na Universidade do Estado de Minas Gerais, Membro do Corpo Editorial da Revista *Zeitgeist de Filosofia e Direito* (Diamantina), Tem experiência na área de Educação, com ênfase em Administração de Sistemas Educacionais, atuando principalmente nos seguintes temas: Arte Sacra, História da Educação, Filosofia.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Palavras Chave: Inconfidência Mineira, Maçonaria, Iluminismo, Tiradentes, Padre Rolim.

1 Introdução

Durante o final do século XVIII, o Brasil ainda se encontrava como Colônia do reino de Portugal. Durante o ciclo do ouro, era grande a taxa de impostos cobrados, o famoso “Quinto” retirava 20% da produção da Colônia e destinava ao tesouro da Coroa Portuguesa. Devido à queda de produção, ficou estabelecido o imposto que ficou conhecido como “Derrama”. Estipulava-se:

previamente um mínimo a ser pago anualmente ao governo real. Se ele não fosse conseguido através das formas usuais da cobrança do quinto, aplicava-se a derrama - isto é, toda a comunidade teria que contribuir até atingir-se o limite.³⁵

A maioria dos historiadores defendem que o principal motivo que levou a Inconfidência Mineira foi a imposição do Derrama. Os brasileiros estavam cheios dos abusos cometidos por parte da Coroa portuguesa, isso somado a experiências de alguns brasileiros (principalmente mineiros) com ideais que floresciam na Europa construiu a base formal e material para a busca por uma Revolução.

2. Princípios Ideológicos: Revolução Francesa, Revolução Americana e Maçonaria

Durante o século XVIII observa-se duas grandes revoluções em duas partes do mundo. A Revolução Francesa, impulsionada por ideais Iluministas derruba governos absolutistas; e a Revolução Norte Americana, impulsionada por ideais

³⁵ CHIAVENATO, Júlio José. As várias faces da Inconfidência Mineira, 4. Ed., São Paulo, Contexto, 1994', p. 35.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Maçônicos (Iluminismo), liderada por pessoas iniciadas na Maçonaria como Thomas Jefferson e Benjamin Franklin. Tem como seu principal objetivo à luta das colônias estabelecidas na América do Norte, para se tornar independentes da Grã-Bretanha.

Voltando nossos estudos ao Brasil, mais especificamente na região de Minas gerais ainda no século XVIII, os interesses portugueses possibilitaram uma região de extração no norte e agricultura no sul. Dessa forma formou-se um “grande número” de famílias tradicionais portuguesas que enviavam seus filhos para estudar nas universidades européias. No século XVIII, dos 1752 brasileiros estudantes em Coimbra, 357 eram filhos de mineiros; no ano de 1786 dos 27 brasileiros, 12 eram mineiros; e em 1787 dos 19 brasileiros estudantes, 10 eram de Minas Gerais.

Fica claro que o contato dos estudantes que moraram durante esse período na Europa faria com que os mesmos trouxessem os ideais iluministas que disseminavam por todo continente europeu. Pode-se então deduzir uma correlação entre os três fenômenos: a Revolução Francesa, a Revolução Americana e a Inconfidência Mineira. Tudo indica que as pessoas que iniciaram e desenvolveram tais movimentos “beberam água da mesma fonte”: O Iluminismo.

Em relação à Maçonaria, regada de ideais iluministas, sabemos que só foi fundada *oficialmente* em 1801, doze anos após a conjuração. Porém alguns estudantes que moraram na Europa foram iniciados na ordem maçônica e a trouxeram consigo tanto fisicamente (instrumentos) quanto ideologicamente. Esses maçons iniciaram, já em território brasileiro, outros membros que passaram a absorver os ideais maçônicos:

De certa forma, estes três eventos podem sim ser correlacionados. O historiador Tarquínio José Barbosa ressalta que muitos estudantes brasileiros em Coimbra (Portugal) e Montpellier (França) iniciaram-se na maçonaria européia e trouxeram seus valores e idéias para o Brasil. Talvez, o registro



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

mais concreto da participação da Maçonaria na Inconfidência Mineira seja exatamente o encontro do estudante carioca e inconfidente José Joaquim Maia com o Maçom norte-americano Thomas Jefferson, que, nesta época, era embaixador dos Estados Unidos na França. O encontro tinha por objetivo obter o apoio dos americanos à revolta que se articulava nas Minas Gerais.³⁶

Há de se saber, que os inconfidentes também buscaram influencia de pensadores famosos:

O professor da UFMG Luiz Carlos Villalta ainda ressalta que as fontes intelectuais dos inconfidentes foram bastante ecléticas. Nisso eles se assemelharam aos maçons norte-americanos que fizeram a Independência dos EUA em 1776. Da Antiguidade Clássica, apropriaram-se de Virgílio: “Libertas quae sera tamen”, lema da bandeira imaginada. Beberam também das Luzes, representadas por Montesquieu, mas, sobretudo por Raynal. Baseados neste autor os inconfidentes acreditavam que o Brasil poderia ser a colônia mais feliz do mundo se ficasse livre do monopólio comercial e se o fisco não fosse tão pesado.³⁷

Embora as outras revoluções tenham sido declaradamente idealizadas por maçons, não é comprovado que a Inconfidência Mineira seguiu a mesma linha:

Desta forma, inconfidentes mineiros e os revolucionários maçônicos americanos possuíam

³⁶ CARVALHO, Igor Guedes. A Inconfidência Mineira e a Maçonaria, uma tradução inventada. Revista UNIVERSO MAÇONICO. 21 de Julho de 2011. FONTE: < <http://www.revistauniversomaconico.com.br/historia/a-inconfidencia-mineira-e-a-maconaria-uma-tradicao-inventada/>> acesso em 22/11/2013, 15h20min.

³⁷ Ibidem.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

uma aproximação intelectual. No entanto, enquanto a maçonaria talvez tenha sido o elo central da independência americana: Thomas Jefferson, Benjamin Franklin e George Washington eram comprovadamente maçons, o mesmo não podemos afirmar de Cláudio Manuel da Costa, Tomás Antônio Gonzaga e Tiradentes.³⁸

De fato, a situação nas terras brasileiras não era muito favorável aos maçons, havia muita perseguição aos integrantes da ordem. Pode-se ter certeza de que haviam sim maçons fixados no Brasil durante o século XVIII, porém eles deveriam seguir o anonimato; declarar-se maçom poderia ser a assinatura da própria sentença de morte.³⁹

O segredo da inconfidência deveria ser guardado a “sete chaves”. A eficiente facilidade de comunicação e de guardar segredos dos maçons era essencial para o desenrolar da revolução. Com poucas palavras e sinais discretos um maçom consegue identificar e se comunicar perfeitamente com outro membro da ordem, inclusive para marcar reuniões indicando local e horário da sessão.

Não existiam lojas e tampouco templos para que a comunidade maçônica pudesse se reunir. No entanto os

³⁸ Ibidem.

³⁹ “Ora, se haviam Maçons, logicamente haviam Lojas Maçônicas! Nem sempre! Estes maçons a que estamos nos referindo foram iniciados na Europa, pode até haver algum que fora iniciado no Brasil, mas documentalmente a primeira Loja Simbólica brasileira foi a “Loja Cavaleiros da Luz” fundada em Salvador em 1797. Em 1800 Irmãos vinculados ao Grande Oriente Lusitano fundaram a Loja “União” (Rio de Janeiro); vejam que interessante: esta loja brasileira seguía a diretriz de um Grão-Mestre português, pouco tempo depois se desentendem e passam a ser jurisdicionados ao Grande Oriente da França, inclusive adotando pela primeira vez no Brasil o Rito Moderno.” FONTE: <<http://www.revistauniversomacnico.com.br/historia/primordios-da-maconaria-no-brasil/>>



inconfidentes marcavam as reuniões secretas nos porões dos casarões e exigiam códigos para fazer a identificação de um intruso.

Após conjurada a revolta, sobrou a senha, que acabou virando costume entre as pessoas das alterosas.

3. O herói Mártir

Voltemos, pois, no que tange ao movimento e a seu “mártir”. Como todos sabem, no dia 21 de abril é celebrado o dia de Tiradentes, sendo por escolha do Estado, tal dia configurado como feriado nacional. Mas por quê?

Sabemos nós, de fato, a veracidade da participação do alferes Joaquim José da Silva Xavier na Inconfidência – ou Conjuração – Mineira, mas não sabemos o que de fato proporcionou suas atividades a favor do Movimento. Muito menos o porquê da celebração por sua morte – 21 de abril.

É de se pensar que tal decisão do Estado abarca tão somente o objetivo de uma propaganda fajuta a estrangeiros e a mais um dia sem trabalho, “a merecida folginha”.

O Brasil abarca, infelizmente, um expressivo percentual de pessoas “não-cultas” e desinteressadas, sendo fácil ludibriá-las, tal qual foi a criação da imagem de um “grande” Tiradentes, o herói, o mártir da Inconfidência Mineira.

Seria uma perda muito grande à imagem política e cultural do Brasil, se fosse revelado aos cidadãos à verdadeira faceta da conjuntura mineira, em que aqueles, supostamente, almejavam o poder apenas para não mais pagar impostos à Coroa Portuguesa.

Para alguns críticos ao movimento, este nem se quer pensou no fim da escravatura, muito menos os ideais que formaram a imagem da Inconfidência Mineira nos dias de hoje, aquela que se relaciona à expressão UAI. Não se identificavam como Iluministas



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

de fato, eram apenas homens com interesses sórdidos, que não se conformavam com a remeça do muito dinheiro vindo por parte deles pela Coroa Lusitana, por arrecadação de impostos. Não consideravam os índios, além de não levantarem nenhuma bandeira em favor do povo já consolidado como brasileiro.

Segundo o autor Roberto Lopes: “Tiradentes pode ser considerado um importante ativista da Inconfidência Mineira, um propagandista – mas nunca seu líder.”⁴⁰

Tal argumento pode ser explicado no que a oficial história tem nos contado, em que sendo a conjuração traída por Joaquim Silvério dos Reis, todos os Inconfidentes foram capturados e interrogados, todos negando sua participação, menos um que assumiu a liderança da conjuração, o alferes, o Tiradentes.

Segundo Roberto Lopes, Joaquim José da Silva Xavier apenas foi executado como uma resposta da Coroa Portuguesa a todas as pessoas que pensassem que com uma patente tão baixa levaria algum movimento adiante: “A Corte Portuguesa mandou executar Tiradentes para mostrar que um movimento representado por um oficial de baixa patente – que arrancava dentes – não podia ser levado a sério”.⁴¹

Para outros, até mesmo a morte de Tiradentes foi uma grande farsa. Segundo teses apontadas pelos mesmos, há relatos que o alferes logo após sua “morte” vivia saudável e feliz, na França.⁴²

Tiradentes foi forjado pela política pátria, a qual precisava criar uma identidade nacional, com vista à recente proclamação da república. Pensou-se em homenagear Marechal Deodoro da Fonseca, mas devido ao fato do estado de Minas Gerais ter na época uma grande influência cultural, política e econômica,

⁴⁰ LOPES, Roberto. Tiradentes – Os Mistérios e Mentiras da Inconfidência. São Paulo, SP. Discovery Publicações, 2013.

⁴¹ Ibidem.

⁴² CAMARGO, Guilhobel Aurélio. Tiradentes, uma farsa criada por líderes da Inconfidência Mineira.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

foi escolhido o “líder” da conjuração mineira. Sua criação em herói nacional agradava tanto a política quanto o povo.

Diferentemente dos demais conspiradores, Joaquim José da Silva Xavier não possuía muitos poderes aquisitivos nem uma intelectualidade avançada. Órfão desde muito cedo, Tiradentes foi viver com um tio – o qual era cirurgião – e aprendeu com ele a arte de tirar dentes podres das pessoas que viviam ao redor; alguns anos mais tarde ingressou nas Forças Armadas, onde serviu primeiramente como soldado, passando, posteriormente, à patente de alferes (análogo ao tenente nos dias de hoje); também se iniciou na Maçonaria, de onde, aliás, teve grande ajuda; não concluiu seu ciclo estudantil.⁴³

Quando Tiradentes foi removido da Bahia, trazia instrumentos secretos da maçonaria para os patriotas de Minas. Em Tijuco o primeiro que se iniciou foi o Padre Rolim, depois o Cadete José Joaquim Vieira Couto e seus irmãos.⁴⁴

Por ser um sujeito de baixa patente – tirava dentes – e por não ter uma técnica intelectual ao nível dos demais membros do movimento, Tiradentes era apenas mais integrante, não oferecendo muito perigo, o que, portanto, não poderia fazer dele um líder da Inconfidência Mineira.

Tiradentes era o único inconfidente sem família, e almejava casar-se com a sobrinha de José da Silva de Oliveira e Rolim (Padre Rolim), por motivos econômicos. Era considerado o mais frágil dos inconfidentes. Sem dinheiro e sem família, seria ele cotado para “livrar a cabeça” dos principais chefes.

⁴³ Não existem tanto provas documentais existentes da real iniciação de qualquer um dos inconfidentes na Ordem Maçônica. Porém diante de alguns fatos que aconteceram muitos historiadores (como Joaquim Felício dos Santos) sustentam a idéia de que tanto Tiradentes quanto outros inconfidentes haviam ingressado na Maçonaria.

⁴⁴ SANTOS, Joaquim Felício dos. Memórias do Distrito Diamantino, 1868.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Conforme relatos de alguns historiadores a vida de Tiradentes não era muito pacata. Teria sido muito boêmio, para alguns um verdadeiro alcoólatra. Em razão disso supostamente Tiradentes teria, em várias noitadas ao estar embriagado, explanado aos quatro ventos segredos da Inconfidência. Talvez esse possa ser um dos motivos que levaram a descoberta do movimento.

Foi então que a conjuração foi traída, e Tiradentes entregue por Sylvério dos Reis. Foi preso, e a todo momento dizia voluntariamente ser o líder do movimento, com promessa que por pena de morte, livrariam sua cabeça. Foi assim que então, tendo sido sentenciado à morte, o alferes é trocado por seus irmãos maçons por um homem chamado Isidro Gouveia. O ladrão apenas aceitou a troca, por ter a Maçonaria oferecido ajuda financeira a sua família.

Em 21 de abril de 1792, com ajuda de companheiros da maçonaria, foi trocado por um ladrão, o carpinteiro Isidro Gouveia. O ladrão havia sido condenado à morte em 1790 e assumiu a identidade de Tiradentes, em troca de ajuda financeira à sua família, oferecida a ele pela maçonaria. Gouveia foi conduzido ao cadafalso e testemunhas que presenciaram a sua morte se diziam surpresas porque ele aparentava ter bem menos que seus 45 anos. No livro, de 1811, de autoria de Hipólito da Costa ("Narrativa da Perseguição") é documentada a diferença física de Tiradentes com o que foi executado em 21 de abril de 1792. O escritor Martim Francisco Ribeiro de Andrada III escreveu no livro "Contribuindo", de 1921: "Ninguém, por ocasião do suplício, lhe viu o rosto, e até hoje se discute se ele era feio ou bonito..."⁴⁵

⁴⁵ CAMARGO, Guilhobel Aurélio. Tiradentes, uma farsa criada por líderes da Inconfidência Mineira.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Isidro foi esquartejado e seus restos mortais tento sido espalhados pela estrada do Rio de Janeiro- RJ à Vila Rica- MG. A cabeça foi roubada, como forma das autoridades lusitanas e dos cidadãos comuns não pudessem descobrir o verdadeiro fato ocorrido – a troca.

A farsa só foi desvendada em 1969, quando o historiador Marcos Correa esteve em Lisboa, realizando uma pesquisa sobre José Bonifácio de Andrade e Silva. Consultando fotocópias da lista de presença na galeria da Assembléia Nacional francesa em 1793. Tendo achado a assinatura de seu objetivo, bem ao lado observou a assinatura de um tal Antônio Xavier da Silva. Por obra do destino, Marcos Correa havia há muito, estudado detalhadamente a assinatura de Tiradentes, e espantou-se com a semelhança. O alferes teria embarcado logo após sua “morte” com seus irmãos maçons, na Nau Golfinho, para Lisboa em agosto de 1792.

4. Diamantinense no movimento

Não há nenhuma prova documental, concreta de que outro diamantinense a não ser Padre José da Silva e Oliveira Rolim participasse do movimento, nos Autos da Devassa da Inconfidência Mineira ele é o único diamantinense a ser acusado. Porém segundo Joaquim Felício dos Santos, houve reuniões com a presença de vários diamantinenses na casa do pai de Padre Rolim:

Os conciliábulos faziam-se alta noite em casa de José da Silva e Oliveira , pai do Padre Rolim...mas guardava-se o maior segredo sobre suas deliberações e nomes dos comprometidos. Os conjurados eram todos iniciados na maçonaria, introduzida por Tiradentes, quando por aqui passou vindo da Bahia para Vila Rica. Contavam com o apoio de toda a população...Dos conjurados do Tijuco, só foi condenado o Padre Rolim por ter



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

estado no Rio de Janeiro com Joaquim José da Silva Xavier.⁴⁶

Conforme diz Felício dos Santos, Padre Rolim foi o primeiro a ser iniciado na Maçonaria, depois foi o Cadete José Joaquim Vieira Couto e seus irmãos.

José Joaquim Vieira Couto foi a Lisboa no final do ano de 1799 para representar os habitantes do Arraial do Tijuco contra o despotismo do intendente geral dos diamantes João Inácio de Amaral Silveira.⁴⁷

Em março de 1803 José Joaquim Vieira Couto foi preso pelo Santo Ofício por fazer parte da Maçonaria. Com a invasão francesa no reino de Portugal em 1807 foi libertado pelas tropas de Junot que afirmou: “Sr. Couto, já o conhecia. Sei que o seu crime é ser maçom, e também maçom é o Imperador, meu amo”.⁴⁸

Tudo leva a crer que Napoleão Bonaparte também fazia parte da Maçonaria. Teve participação importante na Revolução Francesa, e, embora tenha instalado uma “ditadura” na França, compartilhava de ideais iluministas.

Após 15 interrogatórios, Padre Rolim recebe em 18/04/1792 a sentença: prisão em Portugal. Em 1803 recebe a visita do Embaixador de Napoleão Bonaparte, Jean Lannes, que “não se sabe a razão” intercedeu a favor do padre perante o regente Dom João VI, que o liberta.

Dentro da ordem Maçônica os iniciados se referem a irmãos. É evidente que nenhum irmão, que compartilhava dos mesmos ideais e segredos, gostava de ver outro

⁴⁶ SANTOS, Joaquim Felício dos. Memórias do Distrito Diamantino, 1868.

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Ibidem.



irmão preso, principalmente pelo fato de colocar os ideais iluministas em prática. Portanto, supostamente, a ordem de Napoleão era de que deveria ser libertado qualquer preso que fizesse parte da Maçonaria.

Já em 1805, Padre Rolim estava de volta ao Brasil com a esposa e filhos. Lutou, então, para reaver seus bens que haviam sido confiscados, mas só o conseguiu com a declaração da Independência do Brasil, quando foi também indenizado. Em 1835 foi sepultado na Igreja do Carmo após ter sido velado com paramentos maçônicos.⁴⁹

5. Dos Julgamentos e outras razões que incitaram a inconfidência

Deve-se pensar, contudo, no direito em vigência em tal época, este pelo qual decidiu o destino dos Inconfidentes traídos por Silvério dos Reis, e que determinou a morte de Joaquim José da Silva Xavier e os demais ao exílio em colônias portuguesas na África. Agora se pretende é uma breve análise, sob perspectiva da legislação vigente à época, do processo que culminou na condenação de diversos inconfidentes.⁵⁰

Se propõe, então, a uma análise das Ordenações Filipinas vigentes em Portugal, coincidentemente no Brasil, à época do ocorrido.

Temos a necessidade de citar então a origem do Direito português, como de fato surgiu, para que, por conseguinte, pudesse posteriormente fazer com que seu ordenamento fosse eficaz.

Como se sabe, o Direito português tem seu nascimento paralelamente à fundação de Portugal, em 1140, por Dom Afonso Henriques, tendo como base o direito romano vulgar, o visigótico e

⁴⁹ FONTE: < <http://passadicovirtual.blogspot.com.br/2009/03/o-devasso-padre-rolim.html>>. Acesso em 23/11/2013, 03h30minh.

⁵⁰ SALGADO, Karine. O Direito no Brasil colônia à luz da Inconfidência Mineira.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

o franco, dentre outros. Anteriormente, o Direito português era tido como confuso, onde vigiam o direito romano, canônico e o costumeiro. Prevalecendo este último através do isolamento da sociedade e a ausência de um Estado que se faça presente em todo o seu território.

Assim Sylvério dos Reis lança sua famosa carta à Coroa Lusitana, entregando a conjuração como ato de salvar sua dívidas com a Coroa. É citada tal carta nos “Autos da Devassa da Inconfidência Mineira” escrita por José Caetano Cezar Manitti – escrivão dos Autos da Devassa; muito contestado.

‘Reconheço a letra, e firma da Carta retro ser do próprio punho do Coronel Joaquim Sylverio dos Reis por outras semelhantes, que lhe tenha visto. Villa Rica 15 de junho de 1789’, sentenciou na devassa, acerca da carta-denúncia do traidor da Inconfidência, José Caetano Cezar Manitti – que era como esse escrivão se assinava em fins do século XVIII.⁵¹

O que não se conhece ao certo é o real espírito que anima tal escrivão em tão complexa situação.

Muito se discutia sobre a veracidade do que era escrito por José Caetano em seus autos, temendo a manipulação dos depoimentos dos presos inconfidentes em seus escritos, alegava-se distorção de palavras ou invenção, sendo que mais tarde testemunhos exigiram que esses seus “depoimentos” fossem regular e devidamente assinados.⁵²

Houve um caso, em que um depoente acusa o escrivão de ter manipulado suas declarações:

⁵¹ LOPES, Roberto. Tiradentes, Mistérios e Mentiras da Inconfidência Mineira. Pág. 10.

⁵² Ibidem.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O réu Francisco Antônio de Oliveira Lopes, mistura de fazendeiro, mineiro e coronel da tropa auxiliar da milícia colonial, acusou Manitti de ter manipulado as suas declarações em juízo, cujo termo já chegou lavrado para receber sua firma – (3) fornecida em ambiente de evidente pressão, sem que o subscritor tivesse sequer a chance de ler o que estava confirmado ser de sua autoria.⁵³

Não só se deve levar em conta o perfil jurídico do movimento, mas também aquele pelo qual foi a origem de todo o alvoroço idealista. O setor econômico.

Como já relatado aqui e em tantos outros estudos direcionados à Inconfidência Mineira, apenas por motivos econômicos é que os inconfidentes decidiram reunir suas forças intelectuais e “lançaram à praça” uma nova causa de luta, porém, disfarçada.

Durante maior parte do século XVIII, a economia portuguesa passa por séria crise, sentindo a necessidade de uma maior exploração de recursos em suas colônias – principalmente o Brasil. Sendo o Brasil grande gerador de riquezas para Portugal, este sente sua economia acudida frente a inovadora Inglaterra – pela qual passava pela sua famosa Revolução Industrial. Isto fez com que aumentasse a exploração em suas colônias e utilizando para isso uma forma de reorganização do próprio Estado, influenciado pelo avanço das ideias iluministas, que intitulou-se como sendo um “Despotismo Esclarecido”. Ideário este, que fez com se plurificasse a exploração no Brasil.

Em Minas Gerais, por exemplo, maior capitania aurífera e diamantífera de toda a colônia, o modelo da espoliação lusitana se fez sentir com maior peso.

⁵³ LOPES, Roberto. Tiradentes, Mistérios e Mentiras da Inconfidência Mineira. Pág. 10.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Portugal exerceu o monopólio da exploração diamantinense desde 1731, demarcando a região e impedindo a entrada ou saída sem o consentimento da Coroa. Paralelamente, as minas de ouro esgotavam-se, em partes por ser ouro de Aluvião, em partes pelas técnicas precárias empregadas para o manejo de sua exploração, e esses esgotamentos refletiam nos impostos arrecadados pela Coroa fixados em “um quinto” – o pagamento do quinto – vinculado à produção. *“Para a Coroa, no entanto, a redução no pagamento de impostos devia-se à fraude e ao contrabando e isso explica a mudança na política tributária”*.⁵⁴

No ano de 1750, o quinto foi substituído por um pagamento fixo de imposto relacionado à produção, definindo em 100 arrobas por ano (1500 kg). Como a produção não parava de cair devido às jazidas de ouros que estavam praticamente esgotadas, a renda fixa imposta pela Coroa nunca era paga pelo seu preço máximo, dificultando ainda mais a situação econômica de Portugal, a cada ano mais tendo sua dívida aumentada; até quem 1763, a Coroa “institui o derrama”. O preço do imposto haveria de ser pago. A cobrança era exercida com extrema violência pelas autoridades portuguesas no Brasil, gerando não só um problema de cunho financeiro na colônia, mas também o aumento da revolta à situação de dominação.

Interfere até mesmo na atividade dos mineradores, que encontravam dificuldades na compra do ferro, aço e escravos, produtos que tinham seus preços elevados constantemente.

Um dos principais exemplos dessa situação foi o “Alvará de proibição Industrial” baixado em 1785 por D. Maria I, a louca, que proibia a existência de manufaturas no Brasil. Os efeitos do alvará foram particularmente desastrosos para a população

⁵⁴ Artigo “A Inconfidência Mineira”. Disponível em: <http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=275>> Acesso em 22/11/2013, 15h00min.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

interiorana, que costumava abastecer-se de tecidos, calçados e outros gêneros nas pequenas oficinas locais ou mesmo domésticas e que, a partir daí, dependeria das tropas que traziam do litoral os produtos importados, por preços muito elevados e em quantidade nem sempre suficiente.⁵⁵

O movimento então caracterizado iluminista, foi como dito anteriormente, sustentado por uma insatisfação econômica por parte desses “Inconfidentes”; gerando o que é hoje, um dos marcos históricos mais relevantes e significativos para o Brasil e o seu povo – que não conhecem a verdade (ou a suposta verdade).

Conclusão

Há algumas versões preconceituosas que descrevem a Inconfidência Mineira como um movimento operado estritamente por elites que estavam lutando apenas a favor de interesses financeiros. Porém, é necessário lembrar que não há de certo como saber se há algum único motivo que iniciasse a revolta que se concentrou nas Minas Gerais.

Revoluções importantes aconteciam e pessoas que de certo modo tinham contato com essas revoluções e os ideais das mesmas, participaram da Inconfidência Mineira. A Maçonaria teve papel importante nos processos revolucionários e de independência em várias partes do mundo; apesar de não haver provas documentais, nem mesmo declarações de participantes da conjuração da real presença da ordem (por motivos de perseguição), há traços evidentes que a Maçonaria teve sim papel decisivo no movimento.

⁵⁵ Ibidem.



Referências Bibliográficas

CAMARGO, Guilhobel Aurélio. *Tiradentes, uma farsa criada por líderes da Inconfidência Mineira*.

CARVALHO, Igor Guedes. *A Inconfidência Mineira e a Maçonaria, uma tradução inventada*. Revista UNIVERSO MAÇONICO. 21 de Julho de 2011.

FONTE:

<
<http://www.revistauniversomaconico.com.br/historia/a-inconfidencia-mineira-e-a-maconaria-uma-tradicao-inventada/>> acesso em 22/11/2013, 15h20min.

CHIAVENATO, Júlio José. *As várias faces da Inconfidência Mineira*, 4. Ed., São Paulo, Contexto, 1994.

Jornal CORREIO BRASILIENSE.

LOPES, Roberto. *Tiradentes: Os Mistérios e Mentiras da Inconfidência*. São Paulo, SP. Discovery Publicações, 2013.

LOPES, Roberto. *Tiradentes, Mistérios e Mentiras da Inconfidência Mineira*.

SALGADO, Karine. *O Direito no Brasil colônia à luz da Inconfidência Mineira*.

SANTOS, Joaquim Felício dos. *Memórias do Distrito Diamantino*, 1868.

Artigo “A Inconfidência Mineira”. Disponível em <<http://www.historianetcom.br/conteudo/default.aspx?codigo=275>> Acesso em 22/11/2013, 15h00min.



A IMPROBIDADE DO ESTADO NA RESOLUÇÃO DE ATOS JURÍDICOS: UM RELATO DE EXPERIÊNCIA

Geraldo Aparecido Mota (UEMG)⁵⁶

Resumo

Esse trabalho tem por objetivo elucidar alguns aspectos da Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais, em função do dano individual ocasionado e seu reflexo (CFB 1988; CC; CPPM). Para tal, construiremos nossas argumentações por meio de análises de leis no que tange aos direitos fundamentais e, ainda, apresentaremos um relato de experiência de um inquérito policial e processo judicial. A magnitude da Responsabilidade Civil do Estado é evidenciada em função do dano individual causado e o reflexo trazido pelo mesmo sobre a sociedade como um todo.

Palavras chaves: Responsabilidade Civil do Estado; Improbidade; Direitos Fundamentais; Relato de experiência.

1 Introdução

A Constituição Federal foi promulgada aos 05 de outubro de 1988 e apelidada de Constituição Cidadã. A mesma nasceu com o objetivo de representar o poder supremo de um povo que, através da iniciativa e do veto, se tornaria o verdadeiro legislador. Outro objetivo é “coroar” a democracia.

A Constituinte foi idealizada para atender às necessidades do povo e teve o foro de multidões. GUIMARÃES (1988), em seu discurso proferido em Sessão da Assembleia Nacional Constituinte relata:

[...] A soberania popular, sem intermediação, poderá decidir seus destinos. Os cidadãos apresentarão proposta de lei,

⁵⁶ Discente do 3º período do curso de direito da UEMG.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

portanto terão a iniciativa congressual, e também poderão rejeitar projetos aprovados pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Portanto, os cidadãos propõem e vetam. São legisladores, exercitam a democracia direta.

Poucas constituições no mundo democrático têm essa presença direta e atuante da sociedade na elaboração dos preceitos de império em seu ordenamento jurídico. O Brasil será, assim, uma república representativa e participativa. Teremos a convivência e a fiscalização de mandante e mandatários a serviço da sociedade (GUIMARÃES, 1988).

Hoje, após 27 anos de sua promulgação, constata-se ainda que a Constituição, embora avançada e humanitária, deixou de realizar vários de seus objetivos. Os maiores desafios enfrentados pela população talvez sejam a realização da igualdade e a garantia efetiva dos direitos fundamentais. Se não se realizam estes objetivos, não se realiza a Justiça de forma plena.

Há um elo, eterno e em constante evolução, entre o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, além de criar interfaces com outras vertentes do direito público no contexto do desenvolvimento do Estado de Direito. Fundamentado no Princípio da Legalidade, o Direito Constitucional subordina, inclusive, os governantes ao controle da lei. Assim, parece claro que seja de extrema importância os questionamentos tais quais: “de onde a lei provém; de como a lei se consubstancia; de que forma a lei é aplicada”. Partindo dessas premissas analisaremos a responsabilidade do Estado decorrente de atos judiciais, apresentado sob a forma de um relato de experiência e verificação da aplicação da lei, além de apontar caminhos que tem sido trilhado no sentido de aperfeiçoar a função jurisdicional do Estado.

2 Responsabilidade do estado

A responsabilidade do Estado advém das três funções que ele exerce enquanto representante de um povo soberano: a administrativa



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

(realização dos fins estatais para a aquisição dos interesses coletivos), a legislativa (baseia-se na elaboração de leis, prescrições impalpáveis que regulam relações), e a jurisdicional (que se exerce por meio da solução de conflitos e aplicação da lei com poder arbitrário).

No que diz respeito ao Estado, a responsabilidade é patrimonial, ou seja, corresponde à obrigação de reparar danos causados a outros, que podem ser originados por ação ou omissão do poder público, de natureza lícita ou ilícita, imputadas aos seus agentes. Neste aspecto, agentes são todas as pessoas físicas que agem sustentando o corpo do Estado no exercício de atividades que lhe são próprias.

A natureza dos atos pode ser lícita ou ilícita. O ato ilícito é aquele que confronta o ordenamento jurídico, ou segundo as palavras de MENEZES (2012) “o ato ilícito é a terceira grande fonte das obrigações, junto com os contratos (maior fonte) e os atos unilaterais de vontade”. O ato ilícito tem seu conceito no art. 186 do CC, e, é alvo de estudo em Civil I – Parte Geral. Por outro lado, o ato lícito é aquele que o segue, aquele ato da vontade, fundado no direito, que produz efeitos jurídicos válidos. Segundo o art. 81 do CC, somente os atos lícitos são capazes de criar direitos a favor do agente.

3 Responsabilidade civil do estado por ato judicial

A soberania faz parte da natureza do Estado em si, que, sem ela, deixaria de ser Estado. A ausência de soberania ruminaria, internamente, na improbabilidade do Estado de impor sua vontade sobre os indivíduos que o compõe. Externamente, essa ausência implicaria a falta de capacidade de se colocar em relação de igualdade com outros Estados soberanos. Sumariamente, a soberania é una, não sendo repartida entre os Poderes, apesar de o Estado soberano exercer suas funções através deles.

Deste modo, o Poder Judiciário é também um poder soberano, de forma que, a princípio, os prejuízos decorrentes de seus atos não predisporiam responsabilização do Estado, por serem decursivos desta soberania. DIÓGENES GASPARINI (2003) nos lembra que “enquanto



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

para atos administrativos que causem danos a terceiros a regra é a responsabilidade patrimonial, já para atos legislativos e judiciais a regra é a irresponsabilidade”. A legislação dominante entende que a sentença como ato judicial típico na definição de HELY LOPES (1994), predispõe responsabilidade civil da Fazenda Pública nas hipóteses expressamente previstas em lei, como a do art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal, que dispõe que “o Estado indenizará a pessoa do condenado por erro judiciário, assim como aquele que ficar preso além do tempo fixado em sentença.”- e que, nos demais casos, a responsabilização não se aplica aos atos do Poder Judiciário. Lado ao pressuposto da soberania exercida pelo magistrado como membro do Poder Judiciário para justificar a negativa da legislação em ampliar os casos em que a indenização é devida, há a tese baseada no Princípio da Imutabilidade da Coisa Julgada e da independência e liberdade do juiz.

Os magistrados não são servidores da Administração Pública, nem prepostos ou funcionários do Estado, mas sim membros dos Poderes do Estado, e, para tanto, devem exercer sua função com independência. A irresponsabilidade do Estado seria, nesta situação, advinda da independência dos juízes, e, caso houvesse ato lesivo, as consequências deste seriam em razão somente ao autor do ato e não ao Estado. Assim, o art. 133 do Código de Processo Civil responsabiliza pessoalmente o juiz nos casos em que este proceder com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar providência que deveria ordenar de ofício ou a requerimento da parte sem justo motivo. A Lei Orgânica da Magistratura (Lei Complementar nº35 de 1979) reproduziu esta disposição em seu art. 49.

Caso a responsabilidade do Estado fosse recebida como regra, os magistrados seriam vedados no que tange respeito à sua função de dizer o direito, por receio de dever indenização sem o recosto da lei para casos específicos, que recairia não apenas sobre o juiz como indivíduo, mas também sobre o Estado, por este representado.

É importante ressaltar que a responsabilidade do Estado de promover a Justiça quando lhe for solicitado se dá a partir do momento de



proposição da ação até o momento em que se faz coisa julgada. Assim, o erro pode ser decorrente não apenas dos atos atribuídos ao juiz, bem como de qualquer um dos auxiliares da Justiça, por ineficiência dos serviços decorrente do acúmulo de trabalho, ou até mesmo por simples falta de espaço físico para armazenamento dos processos, uma vez que não se pode vetar ou impedir o acesso aos tribunais sob pena de ferir o Princípio do Acesso à Justiça e desbastar o direito social à prestação jurisdicional.

O Estado, ao tomar para si o monopólio da prestação jurisdicional, deve cumprir o encargo de forma honrosa, para não ferir o direito que ele mesmo se propôs a proteger, nos termos dos art. 5º XXXIV e XXXV da Constituição Federal. Assim, o efeito da falta de organização, de empenho, de visão, do excesso de burocracia, da lentidão e da incompetência da Administração Pública não podem recair sobre os jurisdicionados.

3.1 Ação rescisória e revisão criminal

A coisa julgada deve ser primeiramente desfeita antes de constituir fundamento para a irresponsabilidade do Estado e embaraço para a indenização do prejudicado, por meio de rescisão ou revisão. O embaraço desaparece quando o interessado intentar ação rescisória, no prazo declinatório de dois anos, no âmbito cível, ou revisão da sentença criminal, em qualquer tempo, enquanto perdurar a finalidade a que se propõe.

A ação rescisória é um mecanismo acionário autônomo para deconstituir a coisa julgada formada por vício de nulidade do art. 485 do CPC. Tais ações tratam-se de vícios gravíssimos, que não poderiam subsistir no ordenamento jurídico.

A revisão criminal é uma ação, autônoma como a rescisória, que permite rever uma sentença condenatória transitada em julgado, com a finalidade de corrigir uma injustiça e restabelecer o *status libertatis* daquele que foi condenado injustamente. A ação de revisão



criminal pressupõe, portanto, o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, e desfaz a coisa julgada, quando admitida, nas hipóteses cabíveis. A revisão criminal pode ser pretendida a qualquer tempo, enquanto perdurar sua finalidade, mesmo antes ou após a extinção da pena, e ainda, mesmo após a morte, perdurando a injustiça.

4 Reparação do dano

Uma vez verificado o dano, sua reparação é obtida por meio de ação de indenização, na qual o Estado indeniza à vítima, uma vez constatada a lesão. A partir da condenação da Administração, esta pode voltar-se contra o servidor culpado para reaver o desembolso por meio da autorização da Constituição quanto à ação de regresso. Ficam estabelecidas, portanto, duas modalidades de responsabilidade: a do Estado para com a vítima, e a do servidor culpado para com o Estado, visto que, a primeira é objetiva e a segunda é subjetiva, e depende de culpa. O *quantum* da indenização para a vítima deve abranger o que ela efetivamente perdeu? Dano emergente e os lucros cessantes, e incluir os honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora. Os prejuízos são liquidados de acordo com o Código Civil, arts. 402 a 405, e após a liquidação ou fixação em sentença, requisita-se o pagamento à Fazenda Pública, de acordo com o que coloca o Código de Processo Civil.

5 Causas de exclusão

A responsabilidade do Estado é eximida quando o dano é decorrente de conduta dolosa ou culposa da parte, quando esta deixa, por exemplo, de praticar desvelos que lhe confiava, não comparece quando lhe é designado, retém ou extravia autos, influi sobre testemunhas, entre outras hipóteses. Se há concorrência de culpas, estas serão atenuadas na medida da participação na produção do resultado danoso. Também é causa de exclusão o dano produzido por terceiro cuja conduta não incumbia ao Estado evitar dentro do contexto do ocorrido.



Há também dificuldades de interpretação da lei pelo juiz que não apontam necessariamente negligência ou desconhecimento da norma. Exemplificando, as expressões “mulher honesta”, “ato obsceno”, “motivo relevante”, “interesse publico”, entre outras, necessitam da invocação do costume e da prática para alcançar o significado ideal dentro da preposição da lei.

Ainda, existem os danos decorrentes da ação do Estado para afastar perigo criado pelo lesado e o resultante de força maior, nos quais inexistente o nexo de causalidade, posto que a causa do dano seja externa, estranha ao serviço.

6 Relato de experiência

No mês de julho do ano de 2014, ao solicitar uma contagem prévia de quando poderia me transferir para reserva, tendo em vista ter sido deferido na justiça comum a averbação de 02 anos, 05 meses e 29 dias, prestado a empresa privada. Fui informado pelo secretário de minha Unidade que havia uma discrepância muito grande referente a um mês de férias prêmios, uma vez que foram gozadas no ano de 2007 e publicadas no ano de 2009. Após a informação questionei qual a providência deveria ser tomada diante da situação. Orientando-me a confeccionar um requerimento pedindo a exclusão do **suposto** gozo de férias. Dessa forma juntei ao requerimento cópias de escalas de serviço alusivas a minha pessoa e protocolei na administração. Pra minha surpresa, fui surpreendido com a informação de que estava sendo investigado em um procedimento administrativo. No mês de setembro do mesmo ano fui informado que estava como acusado num inquérito policial sob a alegação de que a escala de serviços por mim apresentada seria de meu irmão que a época prestava serviços no mesmo local. A acusação foi com base no art. 312 (falsidade ideológica) do COM, cujo pena é de 02 (dois) a 05 (cinco) anos de reclusão, ou seja, regime fechado.

Após a conclusão do inquérito, a autoridade competente em sua solução opinou pelo indiciamento no crime acima citado. Posteriormente,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

encaminhou o processo para a Primeira Auditoria Justiça Militar (1ª AJME), tendo o Ministério Público me denunciado no crime de Falsidade Ideológica, sendo a denúncia recebida pela autoridade judicial.

Durante o trâmite do processo foram ouvidas as mesmas testemunhas já ouvidas no inquérito, sendo que, no julgamento ocorrido 01 (um) ano e 02 (dois) meses após a apresentação do requerimento, fui absolvido com base na alínea A do art.439 do Código de Processo Penal Militar 1ª parte (inexistência do crime).

A minha indignação se deu pelo fato de ter sido constrangido perante o tribunal, colegas de trabalho e familiares. Por ter sido a mim imputado um fato criminoso, o qual nunca existiu. Ainda me indigno com o fato de que o entendimento dos tribunais é de que não há a reparação do dano causado, sob a alegação de que todo indivíduo está sujeito a ser submetido a um processo judicial. Esse entendimento se dá através do senso comum, quando na realidade deveria estar previsto em lei.

Conclusão

Não se deve utilizar a soberania como fundamento da irresponsabilidade do Estado por atos judiciais. A soberania é uma característica do Estado como um todo, elemento essencial, é algo comum a todos os poderes, todos deveriam estar acobertados pela irresponsabilidade. Sabe-se que os atos do Poder Executivo se revestem de responsabilidade, assim como os do Poder Legislativo, de forma que não seria razoável que apenas o Poder Judiciário se baseasse nesta tese.

Não obstante, percebemos que não existe uma lei específica para dizer que o réu, quando absolvido por Inexistência do fato criminoso, não faz jus a reparação dos danos materiais e morais, visto que esse entendimento somente possui o viés na esteira jurisprudencial.

O Juiz de direito, por sua vez, ao receber a denúncia do Ministério público, tem a autonomia de recebê-la. Em caso de recebimento da denúncia, o acusado passará por todos os trâmites legais de um processo até o seu julgamento perante o conselho de sentença. No



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

caso em que a absolvição ocorre por inexistência do fato criminoso, não há como falar que não houve a lesão de danos materiais e morais, diferentemente quando a absolvição ocorre pela Alínea E do art. 439 do CPPM, (não existir prova suficiente para condenação). Porque ocorrendo a absolvição baseada na alínea descrita, em tese o acusado cometeu o crime, porém as provas não possuem consistência para uma condenação plausível.

Ora, dizer que não houve lesão material e moral, pois, a partir do momento em que o cidadão é submetido a um inquérito policial, mecanismo esse para indicar a tipicidade da conduta, materialidade e autoria. Uma vez constatado todos os elementos essenciais e convincentes, a autoridade competente fará a remessa do inquérito para a Justiça, já indiciando o autor, com a tipificação da conduta penal. Já na justiça, após análise do Ministério Público, este fará ou não a denúncia caso seja de seu entendimento. Como não falar em reparação de danos causados, pois, o acusado mesmo tendo a convicção de sua inocência vive com um processo judicial na sua vida e ainda convivendo com a inversão de valores na atual justiça, quando o dever de provar que o crime foi cometido cabe a quem acusa, porém o acusado é que tem de provar que não cometeu o crime.

Conclui-se então que, enquanto a sentença que gera coisa julgada ainda pode ser desfeita, ela não constitui obstáculo para a responsabilização do Estado, porém, ressalvados os casos de falta de meios ou recursos, quando ela não é mais passível de desconstituição, passa a representar um entrave.

Referências

BRASIL. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos, Institui o **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil : constituição do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei orgânica da magistratura nacional**. São Paulo: Edipro, 1992.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 10. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUIMARAES, ULYSSES. Discurso proferido em Sessão da Assembleia Nacional Constituinte em 27 de jul.1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_62/panteao/panteao.htm. Acesso em set. 2015

MENEZES, Rafael de. Ato Ilícito e Responsabilidade Civil. Disponível em: <http://rafaeldemenezes.adv.br/artigo/Ato-Illicito-e-Responsabilidade-Civil/32>. Acesso em set. 2015



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

DIREITOS HUMANOS, CONQUISTAS HISTÓRICAS DA HUMANIDADE

Giubianni Dumont Costa⁵⁷

Waldir Miguel dos Santos Junior⁵⁸

Resumo:

O trabalho que ora se apresenta aborda os Direitos Humanos ao longo da história humana e, especificamente, brasileira. Atualmente, vê-se a efetividade e a aplicação destes direitos de forma distorcida. Na tentativa de desconstruir esta distorção, foram realizadas pesquisas históricas e bibliográficas, além do uso de conhecimentos empíricos, de senso comum. Busca-se, então, analisar os direitos humanos enquanto conquistas históricas da humanidade, demonstrar como se deu a evolução destes direitos, evidenciar a presença deles no Brasil, apresentar como se fazem presentes na Constituição em vigor e, ainda, elucidar a visão distorcida que se tem quanto a efetividade e a aplicação dos Direitos Humanos no Brasil. E, a partir desta análise, entender a relevância da efetividade destes direitos como pressuposto para a existência humana.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Histórico, Visão distorcida.

1. Introdução

O presente trabalho se dá em torno da temática de Direitos Humanos, mais especificamente, tratando os Direitos Humanos enquanto conquistas históricas da humanidade e também do direito brasileiro. Na tentativa de desconstruir a problemática que circunda em torno dos Direitos Humanos, uma visão distorcida quanto a sua aplicação e

⁵⁷ Acadêmica do 4º (quarto) período do curso de Direito pela UEMG (Universidade do Estado de Minas Gerais), campus Diamantina.

⁵⁸ Mestre em Direito Processual Anais do II Simpósio de História do Direito Democracia, Cidadania e Direitos Humanos 19 a 23 de outubro de 2015 UEMG – Diamantina



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

efetividade. Pretende-se, assim, analisar os Direitos Humanos enquanto conquistas históricas da humanidade, de forma a demonstrar como se deu a evolução dos direitos que compõe o rol dos Direitos Humanos ao longo da história; evidenciar a presença deles no Brasil, ao longo das Constituições que já vigoraram no país; apresentar como, na Constituição da República Federativa do Brasil, estes direitos se fazem presentes e, por fim, elucidar a visão distorcida acerca da efetivação e da aplicação dos Direitos Humanos no Brasil. Para tornar possível a realização do trabalho que ora se apresenta, fez-se necessária a pesquisa histórica, a fim de analisar a presença dos Direitos Humanos ao longo da história da humanidade e, também, de forma específica, a presença deles no cenário brasileiro, evidenciado pela análise superficial das sete Constituições brasileiras. Além, é claro, de pesquisas bibliográficas pertinentes ao tema de Direitos Humanos e de direito constitucional brasileiro. Também é utilizado o conhecimento empírico, de senso comum, obtido sem metodologias de pesquisa próprios, voltados apenas a simples convivência em sociedade.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos provém de luta histórica da humanidade em busca da efetivação de direitos imprescindíveis a existência e a vida humana. Várias formas de degradação da condição humana e ameaças a vida e a existência humana levaram a tentativa de estabelecer direitos e diretrizes para o convívio humano no mundo, de forma global, integrando as nações e unificando todos sob a égide de uma Declaração de Direitos.

Os Direitos Humanos voltam-se à humanidade de forma geral, na busca de promover a igualdade de condições e a dignidade de todos os seres, de forma universal. Porém, na atualidade, é possível verificar visões distorcidas acerca da efetividade e da aplicação destes direitos, fato que torna relevante o estudo e o esclarecimento acerca dos Direitos Humanos enquanto conquista histórica no Brasil e no mundo.

2. Breve histórico dos Direitos Humanos

A Declaração Universal dos Direitos Humanos é datada do dia 10 (dez) de dezembro do ano de 1948 (mil novecentos e quarenta e oito)



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

(cf. BIELEFELDT, 2000, p. 11) e representa a culminância histórica de lutas muito dantes iniciadas. Passadas duas guerras mundiais, genocídios, escravidão e tantas outras formas de vitimização humana, o mundo vê-se diante da necessidade de positivar ideias e ideais de proteção da existência humana.

Entendendo os Direitos Humanos como conquista da humanidade, fruto de certa evolução histórica e proveniente de períodos complicados para a existência humana é que tentase entender a necessidade da positivação destes direitos e de obrigar países e sujeitos de direito internacional a cumpri-los. “Do ponto de vista histórico, o desenvolvimento internacional da proteção aos direitos humanos é tudo, menos óbvio.” (BIELEFELDT, 2000, p.13)

Alguns elementos históricos e centrais da ideia que culminou na Declaração supracitada remetem ao período da Antiguidade. Na Roma antiga, Cícero, autor da obra intitulada “Da república”, afirmava a existência de uma lei verdadeira, que deveria ser obedecida por ser da natureza humana, imutável ao longo do tempo e independente dos governantes. Daí a ideia de que os direitos humanos são inerentes a humanidade. (Cf. CASTILHO, 2010, p. 19)

No entanto, modernamente é que estes direitos começaram a pretender-se universais, de forma a impor-se sobre as ordens jurídicas e políticas de forma independente e autônoma. Sua ruptura histórica ocorreu com as grandes revoluções democráticas do final do século XVIII na América e na França [...] O Virginia Bill of Rights, de 1776, e a Declaration des droits de l’homme e du citoyen, de 1789, marcam a mudança para uma nova base política e de direito, que passaria a ser parâmetro nos tempos modernos, mesmo que ainda houvesse avanços a serem feitos. (BIELEFELDT, 2000, p. 38)

Heiner Bielefeldt aponta estes como os primeiros documentos a que se pode ter acesso, tratando da ideia de Direitos Humanos, no entanto, quando termina afirmando que ainda haviam avanços a serem feitos, refere-se, em nota de rodapé, a persistência, mesmo após estas Declarações, da escravidão, das condições degradantes de trabalho, a desigualdade de gêneros, classes e etnias. O fato é que, apesar da



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

precariedade dos direitos defendidos por estas declarações, ainda é possível encontrar ideias de direitos universais para a humanidade e do ideal de respeito à dignidade da pessoa humana. [...] desde a revolução gloriosa, todas as constituições outorgadas, proclamadas, promulgadas ou arrancadas com sangue e lágrimas tiveram por base dois elementos comuns: definiam normas para funcionamento do Estado, limitando-lhe o poder em algum grau e definiam de que maneira teriam que ser garantidos e protegidos os direitos das pessoas. [...] a relação passou a ser entre cidadãos, e entre o Estado e os cidadãos e não mais entre súditos e soberanos. (CASTILHO, 2010, p.99)

As revoluções democráticas do século XVIII, influenciadas pelo Iluminismo europeu, que toma o homem como o centro do universo, estão marcadas pela defesa dos Direitos da humanidade e, demonstram ser o primeiro resquício de noção de Direitos Humanos de forma universal, independente e dotado de força jurídica impositiva, a que se tem acesso na história. No entanto, o que se percebe é que a partir destas revoluções pouco se lutou para a efetivação dos direitos humanos. Quase duzentos anos após a promulgação das Declarações provenientes das revoluções americana e francesa, o mundo se vê assolado por duas guerras mundiais, genocídio, holocausto, ditaduras, condições desumanas de sobrevivência e trabalho escravo, demonstrando que pouco se evoluiu do pensamento liberdade, igualdade e fraternidade, lema da revolução francesa. Com o fim da segunda Guerra Mundial e a análise dos rumos tomados pela humanidade, há uma segunda ruptura histórica marcante dos Direitos Humanos. A partir de então, estes direitos passam a ser alvo de discussão no direito internacional, sendo, inicialmente, anexados a Carta das Nações Unidas e culminando na aprovação, em Assembleia na ONU – Organização das Nações Unidas, em dezembro de 1948, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. (Cf. BIELEFELDT, 2000, p.41) Porém, esta Declaração visa muito mais que meramente declarar direitos e afirmar que são eles universais, mas também firmar com os países o compromisso de fazer cumprir aquilo que se propõe. Para tanto, “a garantia dos direitos humanos é feita concretamente, por meio de



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

instrumentos e mecanismos históricos que possibilitam arranjos políticos capazes de traduzir em condições para desenvolver ações efetivas” (MOSER, RECH, 2003, p. 21) Os mecanismos históricos e políticos a que se referem os organizadores da obra supracitada, remetem a efetivação destes direitos no plano interno, que aqui se entende como a área de atuação e de soberania daquele Estado. Assim, os países acordaram entre si no Tratado Internacional que culminou na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, a partir de então, precisavam levar este rol de direitos ao seu ordenamento jurídico, utilizando, para tanto, de dispositivos e mecanismos políticos, históricos e jurídicos em busca da efetivação destes direitos em seus países.

2.1 Os Direitos Humanos no Brasil

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Brasil ratificou a maior parte dos Tratados Internacionais e Regionais de defesa dos Direitos Humanos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 5º, parágrafo 3º, afirma que os Tratados Internacionais, a partir de aprovação, que ocorre em dois turnos por, no mínimo, três quintos dos votos nas duas casas do Congresso Nacional, passam a ter força de emenda constitucional. Doutrinadores como Flavia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade defendem ter os Tratados força constitucional, em contraponto, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello afirma ter força supraconstitucional e o Ministro da mesma corte, Sepúlveda Pertence, força infraconstitucional de forma supralegal. (Cf. MOSER, RECH, 2003, p. 21)

O fato é que a Constituição de 1988 muito mais que ratificou os Direitos Humanos, mas integrou-lhes ao texto constitucional na forma de Direitos fundamentais, que nada mais são que os próprios Direitos Humanos no plano interno brasileiro. Mas para se chegar a Constituição de 1988, o Brasil passou pela vigência de sete Constituições, que refletiam, seguindo suas peculiaridades, a situação econômica, política e social do país na época. Em cada uma destas sete constituições brasileiras



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

é possível identificar a presença da ideia de direitos voltados a humanidade.

A primeira Constituição brasileira é datada de 1824. Outorgada pelo então imperador D. Pedro I, esta constituição fora elaborada, sem participação popular, por dez homens de confiança do imperador e após dissolução da Assembleia Constituinte por ele convocada. Dentre as principais medidas é possível destacar dispositivos acerca da educação. Após a proclamação da República, em 1889, o chefe do governo provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, promulgou em 1891, a primeira Constituição da República, influenciada pelas ideias constitucionais norte-americanas e argentinas. Destaca-se a supressão de direitos individuais, a separação entre Estado e Igreja e a liberdade partidária.

A Constituição de 1934 fora elaborada após a tomada do Poder pelo presidente Getúlio Vargas, com apoio das tropas mineiras e gaúchas. Com espírito liberal e democrático, esta Constituição estabeleceu o voto secreto e obrigatório e conferiu as mulheres direito ao voto, já instituídos pelo código eleitoral datado de dois anos antes. Apelidada de Constituição Polaca, a Constituição de 1937 veio como forma de manter a ditadura estabelecida por Getúlio Vargas. Estabeleceu a pena de morte, suprimiu a liberdade partidária e instituiu a eleição indireta para presidente da República e mandato de seis anos.

No ano de 1946 nova Constituição é promulgada no país. Com a queda do Estado Novo e de Getúlio Vargas, novo presidente é eleito e nova Assembleia Constituinte convocada. Esta Constituição bem mais que redemocratizou o país, seguiu a “onda” mundial no período pós guerra e trouxe ao texto constitucional as liberdades individuais, estabelecendo dentre outras medidas relevantes aos Direitos Humanos, a igualdade perante a lei, a independência genuína dos três Poderes e o fim da pena de morte.

Em 1964, o país sofre um golpe militar que toma o poder das mãos de civis. Em 1967, o governo militar impõe uma Constituição que,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

através de seus diversos Atos adicionais, retira todas as conquistas individuais trazidas pela Constituição de 1946. Durante o período da Ditadura Militar pode-se afirmar a inobservância dos Direitos Humanos, aliás, estes não eram nem mesmo cogitados. Os direitos de liberdade e do indivíduo frente ao Estado foram muito mais que suprimidos, mas aniquilados neste período. Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil, em vigor desde outubro de 1988, a chamada Constituição Cidadã, traz de volta direitos por hora esquecidos. [...]Amplia e fortalece os direitos individuais e as liberdades públicas que haviam sofrido restrições com a legislação do regime militar, garantindo a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. (CASTILHO, 2010, p.106)

Direitos como a dignidade da pessoa humana, direito a igualdade perante a lei, a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, a segurança e a propriedade estão previstos nesta Constituição, na redação do artigo 5º, como direitos fundamentais. Os direitos fundamentais tem caráter declaratório e, no intuito de assegurar o cumprimento e o respeito a eles, o próprio texto constitucional traz as garantias fundamentais, como mecanismos para proteção dos direitos. Apesar de, em alguns casos específicos, haver necessidade de aprimoramento dos instrumentos legais disponíveis, especialmente no sentido da complementação com normatizações operacionais, na imensa maioria das áreas o Brasil reconhece, em termos de marco legal, os direitos humanos e está, portanto, dotado de recursos fundamentais para a sua promoção e proteção. (MOSER, RECH, 2003, p. 24)

No entanto, os Direitos Humanos, no Brasil, veem-se limitados pela realidade social. A duras penas, o povo brasileiro vem lutando pela efetivação destes direitos e para que possam dispor de mecanismos que lhes garantam o acesso a eles.

2.3 Visões distorcidas acerca dos Direitos Humanos.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Direitos Humanos são, assim, direitos provenientes de evolução histórica dos indivíduos e das leis. Objetivam, primariamente, a manutenção e a preservação da vida humana de forma digna. Porém, atualmente, a mídia, através de seus canais de transferência e divulgação de conteúdo – internet, rádio, revistas, jornais, televisão – vem corrompendo e ignorando a luta histórica e a árdua mudança que se arrastou a passos curtos ao longo do tempo em busca da efetivação destes direitos, transformando-os, através de assertivas firmes e carregadas de emoção, em direitos corrompidos, tendentes a situações favoráveis. Mais especificamente, o que se ouve dizer acerca dos Direitos Humanos é que “é coisa de bandido”, “servem a interesses particulares”, “estão vinculados ao crime organizado”, dentre outros. Para esta afirmação, pouca pesquisa se fez necessária, são assertivas de uso e aceitação pelo senso comum. São noções do senso comum que os Direitos Humanos atuam apenas de forma a proteger a população carcerária no Brasil. A exemplo das opiniões citadas, tem-se um site de recusa aos Direitos humanos circulando na rede de internet, que conta com grande participação e apoio popular. Verificar em <<http://www.direitoshumanos.com.br/>>, que tem como slogan “direitos humanos são para humanos direitos”.

É possível perceber nestes discursos de ódio aos Direitos Humanos, muito mais que o desconhecimento acerca e de toda a história que lhe acompanha, a existência de uma sociedade vingativa, que quer, muito além de justiça, mas vingança aos descumpridores das normas. A identidade do ser a que se destina os direitos humanos não é objeto de interesse. [...] mas interessa isso sim, a coerente imposição da liberdade política e jurídica. A reivindicação por liberdade dos direitos humanos refere-se tanto contra as imposições estatais e comunitárias, como contra a involuntária exclusão da sociedade. Assim, os direitos humanos comprovam para a liberdade, na qual os direitos de cada indivíduo são reconhecidos e, simultaneamente, se consegue ultrapassar a perspectiva



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

individualista pelas possibilidades de livre congregação e engajamento republicano. (BIELEFELDT, 2000, p.247)

Ignorar que são também os indivíduos que cometem crimes detentores de direitos e eles devem ser respeitados, em primazia da condição digna da vida humana é ignorar que estes direitos são universais e destinados a proteção da vida humana como um todo. O conhecimento do processo evolutivo pelo qual os direitos que pertencem ao rol de Direitos Humanos perpassaram e os motivos que justificam a luta em efetivá-los é uma forma de superação desta visão distorcida acerca da aplicação dos Direitos Humanos. Isso porque a luta por eles sempre foi um confronto político, em que, embora relevantes, aspectos subjetivos como a religiosidade, cultura ou a opinião, não mostram-se determinantes de suas intenções políticas nem de sua necessidade de efetivação destinada a humanidade.

3. Conclusão

Os Direitos Humanos podem ser vistos como uma conquista histórica da humanidade, tendo em vista a busca, ao longo da história, por direitos que lhe compõe. Cada período histórico, cada cultura e cada povo buscavam a efetivação de algum direito humano em certa medida, de acordo com as peculiaridades que deles advém. Alguns documentos demonstram-se precursores na defesa de direitos para a humanidade, transformando-se em marcos históricos na luta do homem por direitos e, assim, influenciando outras culturas e outros povos em momentos históricos distintos. O Brasil, ao longo de sua história de civilização (entenda-se aqui a partir da colonização portuguesa e da influência da civilização europeia), almeja, a duras penas, defender os direitos dos indivíduos, como demonstrado nas sete constituições que no país já vigoraram.

No entanto, tendo em vista a desigualdade social, econômica e política a que se insere o Brasil, a defesa dos Direitos Humanos torna-se algo cada vez mais distante da realidade populacional. Além destes e de



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

outros fatores dificultantes à efetivação e prática destes direitos no país, vemos uma sociedade vingativa, exigindo e almejando bem mais que o cumprimento das leis, mas a punição desordenada daqueles que lhes desrespeitam. Tudo isto, de certa maneira contribuem para que criem, as pessoas, visões distorcidas quanto a efetividade e a aplicação dos Direitos Humanos, colocando-o, por vezes, como algo ruim e degradante à humanidade.

O conhecimento do processo evolutivo pelo qual os direitos que pertencem ao rol de Direitos Humanos passaram e os motivos que justificam a luta em efetivá-los é uma forma de superação desta visão distorcida acerca da aplicação dos Direitos Humanos. Isso porque a luta por eles sempre foi um confronto político, em que, embora relevantes, aspectos subjetivos como a religiosidade, cultura ou a opinião, não mostram-se determinantes de suas intenções políticas nem de sua necessidade de efetivação destinada a humanidade.

Referências Bibliográficas

BIELEFELDT, Heiner. Filosofia dos direitos humanos. Trad. Dankwart Bernsmuller. São Paulo: Unisinos, 2000.

CASTILHO, Ricardo. Direitos humanos: processo histórico – evolução no mundo, direitos fundamentais: constitucionalismo contemporâneo. – São Paulo: Saraiva, 2010.

MONDAINE, Marco. Direitos humanos no Brasil. – São Paulo: Contexto, 2009.

MOSER, Cláudio ; RECH, Daniel (Orgs.). Direitos Humanos no Brasil: Diagnóstico e Perspectivas: olhar dos parceiros de Misereor. Coletânea CERIS, Ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: CERIS / Mauad, 2003. <<http://www.direitoshumanos.com.br/>>, acesso em setembro de 2015. , acesso em setembro de 2015. , acesso em setembro de 2015. , acesso em setembro de 2015.



O PAPEL DO CHEFE DO EXECUTIVO NA ESCOLHA DAS DESPESAS PÚBLICAS

Hélen Cristina Pereira de Oliveira Silva

Resumo

O presente resumo tem por objetivo estudar qual o papel do chefe do executivo na escolha das despesas públicas, cuja finalidade é saciar as necessidades públicas, sendo esta satisfação um dever do Estado. A atividade do Estado, constantemente permeada da política, que segundo Hobbes é ou "o conjunto dos meios que permitem alcançar os efeitos desejados" ou para Russel "consiste nos meios adequados à obtenção de qualquer vantagem", deve ser ponderada, haja vista a necessidade de criar políticas públicas de qualidade, eficientes, com a realização do bem comum. Torna-se indispensável que a escolha dessas políticas públicas, que geram a despesa pública, seja realizada através do orçamento participativo, criando uma administração aberta e transparente.

Palavras-chave: Atividade do Estado – Escolha – Despesa Pública

1. Introdução

Visando satisfazer as necessidades públicas da população, a Atividade Financeira do Estado, estudada pelo Direito Financeiro, ajusta-se exatamente com o exercício essencial da atividade do Estado, que é a promoção do bem comum, não podendo confundir o imprescindível a população com as necessidades coletivas, estas podem ser de um grupo em específico ou até mesmo de uma família.

O bem comum, as necessidades públicas, estão atrelados aos serviços públicos prestados pelo Estado ou seus delegáveis, não individuais, que tornam necessário gastos públicos planejados, despesas



que se revertem no espelho do orçamento público, saciadas com a arrecadação e recebimento de recursos públicos.

2. O Papel do Chefe do Executivo na Escolha das Despesas Públicas

O orçamento público é o delimitador das atividades do Estado, aprovado através da Lei de Diretrizes Orçamentárias, deve ser precedido de um estudo das despesas vinculado a receita, haja vista o Estado estar cada vez mais intervencionista no assunto necessidades públicas, decorrente do dever legal e de uma maior exigência por parte da população na eficácia da prestação do serviço público. Nas palavras de Aliomar Baleeiro: *“A atividade financeira consiste, portanto, em obter, criar, gerir e despender o dinheiro indispensável às necessidades, cuja satisfação o Estado assumiu ou cometeu àquelas pessoas de direito público”*.⁵⁹

Com a promulgação da Lei 4.320/64, que traz regras que controlam e direcionam a elaboração do orçamento público, o Brasil reuniu normas gerais para o Direito Financeiro, sendo que toda ela é embasada por princípios que estão dispostos na Constituição da República de 1988, surgindo como delimitador das escolhas realizadas pelos chefes do executivo.

A anuência, as legislações vigentes e a política devem empenhar-se para uma seleção eficiente de políticas públicas, acrescido dos princípios da legalidade, moralidade e dos direitos fundamentais amplamente defendidos no artigo 5º da Constituição da República de 1988, advindas das necessidades públicas, prestigiando todos os envolvidos. Sobre o tema, explica Hely Lopes Meireles:

Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e

⁵⁹ BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução à Ciência das Finanças*. 15ª ed. rev. e atual. por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro. Forense, 2002.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. MEIRELLES, 1995, p.90.⁶⁰

Esse delimitador far-se-á necessário para evitar escolhas somente de cunho político, com alocação dos recursos públicos de forma imprudente, desmotivadas e com falta de ponderação, produzindo políticas públicas ineficientes, que provocam o desperdício desses recursos.

O papel do chefe do executivo na escolha das despesas públicas é conseguir equilibrar a escassez de recursos financeiros (receita) com as necessidades públicas (despesas) geradoras das escolhas do executivo, atendendo ao bem estar social e o mínimo legal proposto pela Constituição da República de 1988, assegurando a produção de notórios resultados.

Nesse sentido, o planejamento das despesas públicas é imprescindível para a distribuição dos recursos, devendo acontecer preferencialmente de forma coletiva, através do orçamento participativo, parte integrante da democracia, fomentando o perfilhamento de políticas públicas que geram voz direta a população, com assembleias abertas, periódicas e regionais, com eleição de metas e prioridades baseadas no interesse público, evitando tratar o planejamento como mera programação da despesa, mas sim como uma escolha consciente de alocação de recursos públicos, priorizando investimentos para áreas mais carentes e propiciando reflexões, transformações de culturas e percepções de intelectuais. *Os cidadãos numa democracia não têm apenas direitos, têm o dever de participar no sistema político que, por seu lado, protege os seus direitos e as suas liberdades.*

⁶⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. P.90.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O orçamento participativo é um importante instrumento de complementação da democracia representativa, pois permite que o cidadão debata e defina os destinos de uma cidade. Nele, a população decide as prioridades de investimentos em obras e serviços a serem realizados a cada ano, com os recursos do orçamento da prefeitura. Além disso, ele estimula o exercício da cidadania, o compromisso da população com o bem público e a co-responsabilização entre governo e sociedade sobre a gestão da cidade.⁶¹

A realização do orçamento participativo, aberto e transparente, tende a constranger o chefe do executivo a fazer um planejamento cauteloso, no qual o ganho político é menor, não perdendo de vista a obrigatoriedade de vinculação do orçamento público aos recursos previstos, com redistribuição, atingindo o fim esperado e alcançando resultados úteis a população. Segundo o filósofo Aristóteles:

Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política ARISTÓTELES, 1997(Pol., 1252a).⁶²

Contudo, o fato de haver participação da comunidade na escolha das metas não garante que o custo-benefício dessas escolhas públicas será viável, tendo em vista a necessidade de recursos financeiros

⁶¹<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/OrcamentoParticipativo.asp>

⁶² ARISTÓTELES. Política. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama KURY. 3ª ed. Brasília: UNB, 1997. 317p. ISBN: 85230001109



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

para sua operação. A decisão de incluí-las ou não no orçamento público é unipessoal do chefe do executivo, decisão está vinculada a Constituição da República de 1988, no capítulo das Finanças Públicas, que impõe limites para esta escolha, com necessidade de indicação de receitas para a criação das despesas, criando uma zona de equilíbrio econômico financeiro, resguardando o equilíbrio fiscal.

O Estado já se enxerga pressionado, buscando posturas pró ativas, falando em redução dos gastos públicos, anunciando cortes de investimentos e aumento da carga tributária, desencadeando a falta de estímulos do investimento primário.

Com a atual situação brasileira, a chamada crise institucional, financeira e política, está cada vez mais difícil conservar o equilíbrio fiscal, os custos crescentes da inflação estão gerando o aumento das necessidades e dos gastos públicos, requerendo que o Estado seja mais intervencionista em contrabalanço com a receita insuficiente para custearem os gastos.

Considerações finais

O artigo enfocou duas questões inter-relacionadas. Primeiro, a atividade financeira do Estado e segundo o papel do chefe do executivo na escolha das despesas públicas. Conclui-se que os recursos públicos devem ser alocados de forma a atender o princípio da eficiência, considerando sempre o método participativo, através da escolha da maioria, adaptando benefícios para as necessidades públicas da sociedade como um todo, respeitando os direitos determinados da Constituição da República de 1988, protegendo o equilíbrio fiscal, construindo uma sociedade participativa, nas tomadas de decisões políticas e administrativas, conquistando um espaço que lhe é peculiar, assegurando a observância dos princípios Constitucionais de liberdade e igualdade de todos.

A participação da população na vida política e administrativa do Estado incuti uma cultura cívica que diminui o distanciamento entre



representantes e representados, ampliando os canais de discussão e de informação dos problemas públicos.

Referências bibliográficas

- ARISTÓTELES. **Política**. Tradução do grego, introdução e notas de Mário da Gama KURY. 3 ed. Brasília: UNB, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 15 ed. Rev. e Atual.. Rio de Janeiro. Forense, 2002.
- BRASIL. Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. **Internet**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.02.2010/CON1988.pdf. Acessado em: 16/08/2015.
- BRASIL. Controladoria Geral da União. Controle Social. Orçamento Participativo. **Internet**. Disponível em: <http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlesocial/OrcamentoParticipativo.asp>. Acessado em: 16/08/2015.
- CABRAL. Charles. Democracia. **Internet**. Disponível em: <http://charlescabral.jusbrasil.com.br/artigos/114571690/democracia>. Acessado em: 16/08/2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- JUNIOR. J. Teixeira Machado; REIS, Heraldo da Costa. **A Lei 4.320 Comentada**. Rio de Janeiro: Ibam. 2002/2003.
- LINHARES, Fabrício Carneiro. **Disciplina Teoria das Finanças Públicas**. Fortaleza: UFC Virtual, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.



A MUDANÇA DO PARADIGMA DA SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL: A MINERAÇÃO NO VALE DO JEQUITINHONHA

Iago Pontes Silva Silveira (UEMG)

Arthur Fróes Moreira de Oliveira (UEMG)

Paloma Heloísa Rocha (UEMG)

Resumo:

O presente artigo propõe-se a construir um entendimento sobre a sustentabilidade ambiental, identificar sua origem bem como aferir a sua exequibilidade especialmente com o advento da Constituição da República de 1988 e da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente realizada no Rio de Janeiro em 1992. Para tanto, almeja-se esclarecer o que vem a ser considerado um dano ambiental e as suas consequências sociais. Pretende-se ainda, verificar a possível alteração de paradigma na atividade minerária na região do Alto Jequitinhonha, através de uma análise histórica da atividade minerária e de suas consequências socioambientais dentro da Mesorregião do Jequitinhonha, mediante atuação do Poder Público.

Palavras-chave: Sustentabilidade, Mineração, Jequitinhonha, Rio-92.

1. Introdução

O Direito Ambiental é um ramo que está em proeminência tendo em vista a necessidade de se acautelar sobre como são utilizados os recursos naturais. Assim sendo, é necessário que seja repensado o procedimento empregado em sua exploração, dentro das possibilidades tecnológicas de melhoramento. Solidificado sobre doutrinadores



expoentes no assunto, este trabalho valeu-se do método dedutivo para demonstrar a necessidade e possibilidade de efetivação do desenvolvimento sustentável, através de prospecções para a região do Vale do Jequitinhonha, onde há tipicamente a atividade garimpeira e a necessidade de readequação dos métodos utilizados.

2. Dano Ambiental

Desde os primórdios da raça humana, não há dúvidas de que nós somos dependentes diretos dos recursos ambientais para sobrevivência. Seja minimamente para subsistência familiar, seja para expansão industrial vivida na Revolução Industrial na Europa durante os séculos XVIII e XIX, certo é que sempre há uma ação humana no sentido de causar um impacto ambiental, mas nem sempre há uma reação visando reparar o mesmo.

Entretanto, se perfaz necessário a conceituação deste dito “impacto ambiental”, doutrinariamente denominado Dano Ambiental. Os legisladores, ao elaborarem a Lei nº 6.938/81, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, não trouxeram tal conceito em seu bojo. O distinto doutrinador Édis Milaré, em sua obra *Direito do Ambiente*, assume tal encargo definindo dano ambiental como “*a lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação – alteração adversa ou in pejus – do equilíbrio e da qualidade de vida*” (MILARÉ, 2005, p. 735). Já Luís Paulo Sirvinskas, em seu *Manual de Direito Ambiental*, discorre acerca do Dano Ambiental como:

Toda agressão contra o meio ambiente causada por atividade econômica potencialmente poluidora, por ato comissivo praticado por qualquer pessoa ou por omissão voluntária decorrente de negligência. Esse dano, por seu turno, pode ser economicamente reparado ou ressarcido. Aquele decorre da obrigação de reparar a lesão causada a terceiro, procurando recuperar ou recompor o bem danificado. Como nem todo bem é recuperável, nesse caso,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

será fixado um valor indenizatório pelo dano causado ao bem. (SIRVINSKAS, 2011, p. 201)

Portanto, ao condensarmos os conceitos doutrinários supra, temos a dimensão do Dano Ambiental como esta lesão ao meio ambiente *lato sensu* influente na qualidade de vida humana, que há de ser compensado, seja pela sua recomposição, seja pela indenização ante a impossibilidade de reparação. Entretanto, muitos destes danos demonstram-se hoje imensuráveis. *Verbi gratia*, estudos hodiernos apontam para a finitude próxima de combustíveis fósseis, que são resultados de anos de processos químicos. Levando-se em conta as reservas conhecidas bem como o ritmo de extração do Petróleo, estima-se que este recurso perdurará por apenas mais 40 (quarenta) anos. Portanto, muitas vezes, a “simples” indenização pelo cometimento de um dano ambiental demonstra-se irrisório ao se vislumbrar a consequência deste impacto.

3. Levantamento Histórico

Junto ao desenvolvimento da raça humana, com a implementação de ferramentas e da sua capacidade de explorar, cresceu também o impacto que esta exerce sobre a natureza. Como dito acima, na Idade Média e Moderna a extensão dos danos ambientais causados pelos homens cresceu exponencialmente, podendo ter consequências não só locais ou regionais, mas até mesmo em nível planetário.

A conscientização acerca do problema que se gera através de uma exploração ambiental desenfreada é algo recente, como ensina Sirvinskas:

A conscientização da necessidade de proteção ao meio ambiente espalhou-se ao mundo todo por intermédio de várias entidades não governamentais. As pessoas acordaram e passaram a levantar a bandeira protetiva ao meio ambiente, pois é dele que o homem tira o sustento para sua sobrevivência. Apesar das dificuldades na solução dos



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

problemas ambientais mundiais, devemos resolver os nossos por meio de medidas adequadas, realizando campanhas de conscientização de que **o planeta Terra é nossa casa, por isso devemos protegê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O futuro da humanidade está intimamente ligado à preservação do meio em que vivemos.** (SIRVINSKAS, 2011, p. 79) (grifo nosso)

Portanto, como destacado pelo autor, tendo em vista a publicidade que se deu não só aos problemas ambientais, como também às suas consequências, a humanidade vem se conscientizando para a necessidade de proteção do meio em que vivemos. Baseadas em tal conscientização, as pessoas passam não só a racionar os recursos que consomem, mas a dar preferência àqueles produtos industrializados que de alguma forma contribuem para o desenvolvimento sustentável.

4. Desenvolvimento Sustentável

4.1. Conceito

É comum atualmente que empresas divulguem que tem sua produção de acordo com a sustentabilidade ambiental, ou mineradoras que atestam ter sua extração pautada no desenvolvimento sustentável. Entretanto, ocasionalmente nós não possuímos a correta ideia do que vem a ser desenvolvimento sustentável, e, esporadicamente, nem mesmo aqueles que afirmam adotá-lo.

Portanto, vivemos em uma sociedade que vem se politizando sobre a necessidade de preservação de recursos minerais, não mais podendo se pautar apenas no crescimento desacerbado com fins meramente econômicos. Para tanto, temos os conceitos de *ecodesenvolvimento* ou *desenvolvimento sustentável*, que consiste em harmonizar o desenvolvimento, a preservação ambiental e a melhoria da qualidade de vida. São estes três pilares que subsidiam o entendimento de Sustentabilidade.



4.2. Origem

A terminologia “ecodesenvolvimento” foi proposta pelo economista Ignacy Sachs, como assevera Nelson Mello e Souza:

O que pretendeu Ignacy Sachs com este neologismo? Pretendeu, acima de tudo, introduzir uma perspectiva nova para o planejamento econômico. Torná-lo sensível para a adoção de técnicas adaptáveis ao nível cultural das pequenas comunidades rurais do terceiro mundo (...) Em outras palavras, pretendeu compatibilizar *desenvolvimento e ecologia* em um nível primário de desenvolvimento (SOUZA, 2000, p. 89)

Em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, aconteceu a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Este encontro, popularmente conhecido como Rio 92, foi o momento crucial para a ascensão do conceito de desenvolvimento sustentável no cenário ambiental mundial. Assim, foi elencado como meta o ecodesenvolvimento, vigorando como Princípio nº 04 da Declaração do Rio, que assim dispôs: *“Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”*. Destarte, não há que se escolher entre desenvolvimento econômico ou proteção ambiental. O correto é que se pondere um e outro, que deverão caminhar harmonicamente no mesmo sentido.

4.3 Constituição Federal de 1988

Após a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente que ocorreu em Estocolmo, em 1972, tornou-se latente a importância de se buscar uma consciência ecológica, e como resultado, legisladores passaram a se dedicar de forma mais incisiva sobre a necessidade de se tutelar o Meio Ambiente.



Nesta esfera, a Constituição da República de 1988 trouxe o princípio do desenvolvimento sustentável em seu art. 225, *caput*, com a seguinte redação:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Neste sentido, destaca-se a importância dada pelo constituinte ao dever coletivo de preservação, sendo imprescindível que se leve em consideração não apenas as atuais gerações, mas em especial as futuras.

Portanto, é necessário que se estipule um equilíbrio entre a quantidade disponível de recursos naturais, a sua capacidade de recomposição em tempo hábil a atender as necessidades humanas e a real necessidade de sua exploração, sempre deixando uma “quota-parte” suficiente para as gerações futuras bem como evitar a extinção do mesmo. Para isso, deve a sociedade se valer de avanços tecnológicos que permitem o aumento da eficiência principalmente na produção, tornando viável a qualidade de vida com reduzida exploração ambiental.

5. Vale do Jequitinhonha e a Atividade Minerária

Na região do Vale do Jequitinhonha, Minas Gerais, temos a mineração como atividade ambiental em destaque. Diamantina, cidade exponencial do Alto Jequitinhonha, foi fundada como Arraial do Tejuco e, assim como seu nome, teve seu crescimento baseado na extração de diamantes. Desde a descoberta do seu potencial para a pedra preciosa (meados de 1729) até os dias atuais, a atividade garimpeira é frequente e, por vezes, causando danos ambientais sem a devida contraprestação por parte daqueles que o cometem.

Certo é de que a exploração minerária é uma das mais impactantes no Meio Ambiente. Não há que se falar em acesso a jazidas sem que se cause danos ambientais, seja no solo, em vegetações, e até



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

mesmo nos recursos hídricos. Tais danos são potencializados quando a atividade ocorre à margem da lei, sem que haja um controle efetivo bem como diretrizes traçadas por técnicos da área. Como leciona Denes Martins da Costa Lott:

Também, no que tange à mineração, até a década de 1970, as preocupações ambientais não eram muito efetivas. Anteriormente não se tem conhecimento de construção de barragens de rejeito, aspersão de minas e vias, revegetação de áreas mineradas e formação de pilhas controladas de estéril. Até essa época os rejeitos eram lançados nos cursos d’água e o material estéril em pontas de aterro denominadas “bota-fora”. (LOTT, 2014, p.20)

Por conseguinte, como já discorrido acima, antes da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente (CNUMA) de 1972, quase não se levava em consideração na prática o desenvolvimento sustentável e consciência ecológica. Como explanado por Lott, as técnicas utilizadas na atividade minerária antes da CNUMA hoje se apresentam arcaicas, vez que tem um resultado prático inferior, sob pena de um dano ambiental maior.

Sobre os potenciais danos decorrentes da atividade minerária, Sirvinskaskas doutrina que:

São os seguintes os impactos negativos da extração de minério do solo: a)desmatamento da área explorada; b)impedimentos da regeneração da vegetação pela decomposição do minério às margens dos cursos d’água; c)poluição e assoreamento do curso d’água; d)comprometimento dos taludes etc. Como se vê, a exploração inadequada pode causar poluição do solo, do subsolo, do lençol freático, poluição dos cursos d’água, poluição do ar e poluição sonora. No entanto, a exploração de minérios causa danos mais intensos ao solo.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Hoje, dentro da atividade garimpeira no Vale do Jequitinhonha, não é comum a utilização de produtos químicos como o mercúrio na apuração dos minérios extraídos, o que contribui para a não contaminação do solo e do lençol freático por estes produtos, muitas vezes utilizados nas extrações minerais rudimentares. Entretanto, no que tange aos danos a vegetação seja por desmatamento seja pelo impedimento da regeneração, é correto que não haja preocupação com estes pontos na atividade regional.

6. Conclusões

Tendo em vista as limitações as quais se submetem o presente trabalho, pautar-nos-emos em prospecções erigidas sob a argumentação apresentada. Levando em consideração os pilares do desenvolvimento sustentável, quais sejam a preservação ambiental, a qualidade de vida e o desenvolvimento econômico, temos como imprescindível que a preservação ambiental assim como a qualidade de vida se sobreponham ao desenvolvimento econômico, ou, ao menos, se igualem a este.

Com base na realidade do Vale do Jequitinhonha, que apresenta vulnerabilidades sociais e perpassa por situações de pobreza em regra, é necessária uma intervenção intensa especialmente na conscientização da população, que ainda hoje possui número considerável de envolvidos em atividade garimpeira. Isto se põe vez que não pode, de forma alguma, buscar tão somente uma melhoria econômica, tendo como contrapeso um dano ambiental irreparável. Portanto, em especial tarefa para o Poder Público, é necessário que sejam traçadas diretrizes para a atividade baseando-se nas especificidades regionais, desburocratizando o processo de legalização da atividade, para que assim tenha um controle mais eficiente, proporcionando à população a condição necessária até mesmo para sua subsistência. Em homenagem ao princípio ambiental da Prevenção, deve a Administração Pública estabelecer para o responsável por causar os danos ambientais que se valha de medidas acautelatórias



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

visando a minimização do dano, ou até mesmo que este não venha a ocorrer.

Fato é que não deve se admitir a exploração via métodos retrógrados com consequências nefastas, como se dava por mineradoras que faziam retiradas em larga escala sem levar em consideração o dano ambiental que ainda hoje assola a região.

Referências Bibliográficas:

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOTT, Denes Martins da Costa. *O fechamento de mina e a utilização da contribuição financeira por exploração mineral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente – doutrina – jurisprudência – glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTILHO, Gabriela. Quanto tempo vai durar o petróleo no mundo? *Mundo Estranho*, nº 75, 2008.

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



O ENTENDIMENTO DA FORMAÇÃO CIDADÃ E HUMANÍSTICA DE SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA A PARTIR DA LEITURA DA OBRA RAÍZES DO BRASIL.

Jonathan Mateus de Castro Vaz (UEMG)

Cássio Malta Scuccato (UEMG)

Resumo:

A explanação da obra “Raízes do Brasil” de Sergio Buarque de Holanda leva à tona a veracidade da origem lusitana esboçada na cidadania brasileira. O autor elucida no contexto histórico, a premissa que responde aos rumos que a nossa conjuntura política, social e econômica, seguiu até os tempos hodiernos. O referido autor traça uma linha tênue na trama célebre, não se trata de uma nova gramática e sim de um novo estilo na historiografia brasileira. A obra direciona o leitor a tecer uma postura idealista buscando base na colonização ibérica e a absorção de toda a cultura lusitana pela colônia. Metaforicamente, a palavra “raiz” é utilizada para engendrar as possibilidades que o autor propõe com a integração de princípios e costumes da época da colonização perpretados na sociedade atual. O intuito do presente artigo é aproximar do conceito de cidadania exposto pelo autor.

Palavras- Chave: Historiografia brasileira, Cidadania luso brasileira, Ensaísmo brasileiro.

1. Introdução

Nos períodos recentes, desde a Constituição de 1988, existe uma configuração de cidadania no Brasil que é o resultado de estágios sucessórios. A intenção é abordar a cidadania brasileira sob a visão de formação e não explicar um panorama da evolução morfológica do conceito em maior grau de minúcia. O desígnio é aproximar de uma explicação da cidadania assumida no Brasil pelo processo genitor, o



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

início da composição de uma nação até a posição de uma terra independente.

Nas décadas de 20 e 30 iniciou-se uma nova fase no pensamento social brasileiro que é marcada por interpretações do Brasil, onde é levado a cabo a formação nacional aliada a modernização. É neste ambiente que Sergio Buarque de Holanda, Gilberto Freyre e Oliveira Viana produzem novos nortes para explanar a possibilidade de nossa constituição em nação (FERREIRA, 1996). A obra “Raízes do Brasil” de Sergio Buarque de Holanda elucida indicações para compreendermos o sentido de certas posições políticas. Vem com o propósito de dominar a descrença no liberalismo tradicional e a busca por novas orientações. O autor busca respaldo teórico na história social, responde a tensões contemporâneas cujo entendimento oferece análise do passado sem mistificá-lo, por intermédio de metáforas exemplifica a interpretação do passado em função das realidades básicas da produção, da distribuição e do consumo (CORREIA JR., 2002, p.75). Hodiernamente, a cidadania possui um corpo mais amplo, possui vertentes no campo do direito civil e político, direitos do consumidor, da vida digna, realiza um laço e apreço do Estado para com o contribuinte devolvendo impostos arrecadados em prol da educação, saúde, segurança pública, saneamento básico dentre outros.

Dito isto, aclara-se que a cidadania está ligada ao humanismo, ações humanistas permite a construção da cidadania na proporção que possibilita ao ser humano a realização de sua dignidade envolvendo a convivência social, a solidariedade, e a promoção da vida.

A Reprodução do humanismo por sua vez, reverbera a forma de concepção do ser humano e a busca de melhor convivência humana é uma conexão com a construção de uma sociedade idealista. Teve sua origem no meio universitário com o intuito de pensar o ser humano em seus valores fundamentais em nível antropológico social e cultural, entretanto o humanismo não foi somente um entusiasmo acadêmico estava também ligado ao desenvolvimento intelectual, ético e moral. O



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

ser humano é um ser corpóreo, vivo, animado, inteligente, livre e usa dos outros seres para sua subsistência e se relaciona com seus semelhantes. A distinção dele com os outros animais é sua capacidade abstratamente de pensar e querer livremente. A dignidade está intrinsecamente ligada a liberdade. O progresso da humanidade não depende somente do desenvolvimento da ciência, da técnica, da indústria e da economia, é necessário que a humanidade progrida concomitantemente em prol de uma vida digna a todos (CORREIA JR., 2002). Nesse sentido vem a importância e a relevância do presente trabalho, jogar luz sobre o conceito de cidadania que não seja retórico, um conceito humanístico que é prófugo da questão paradigmática de um só elemento, sermos levados a pensar na completude da cidadania brasileira. Levantar uma reflexão sobre valores da formação humana e cidadã por intermédio dos artifícios literários a partir do entendimento da obra de Sergio Buarque de Holanda “Raízes do Brasil”.

2. Tradicionalismo e Autenticidade brasileira

Esboçando um presságio, Sergio Buarque de Holanda, propôs uma projeção histórica na formação da identidade nacional. A obra em si, é formatada sob o artifício literário metafórico, observadas como entrave de compreensão da teoria da história do Brasil construída para sustentar o processo histórico da formação da sociedade brasileira. A obra é uma permanente passagem de fronteiras, pois é por intermédio dela que o autor faz a ponte que permite uma passagem por meio do tempo, do passado, do presente e do dever, podemos entender a obra como a transição entre tempos. Dito isto, o autor constrói a conexão entre a tradição e o dever, entre o passado e o presente, entre a vida e a história.

É mister ressaltar um fato preponderante: a tentativa de constituir de um esforço na transplantação da cultura europeia para a zona de clima tropical e subtropical. O correto é que o fruto de nosso trabalho ou de nossa preguiça participa de um estilo ou de um sistema de evolução



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

natural a outro clima ou paisagem. Portanto antes de investigar nossa própria cultura, cumpre explanar as formas de vida, as instituições e a visão do mundo de que herdamos. Para Feldman (2013) o conjunto de prospecções a ressaltar é a temática da herança ibérica, questiona-se em que medida, as mudanças foram refreadas pelo lastro do passado instituindo a tradição mesmo diante do processo modernizador (2013, p.120).

As metáforas colocadas por Sérgio Buarque de Holanda (1995) são percebidas como elementos de grande eficácia para o modo de representação do social e da história. A nacionalidade brasileira estará sempre associada a uma dobra para o interior de si mesmo explanado pelo autor como fronteiras, ou ainda elucidado como “desterrados em nossa própria terra” (HOLANDA, 1995 p.31). O homem cordial é personagem dessa trama, é característico dele uma completa exterioridade e ausência de interior. Decorrente disso, para o homem cordial a vida em sociedade é uma maneira de libertar-se do pavor em viver consigo mesmo e apoiar-se nas circunstâncias existenciais.

A sementeira retrata a psicologia social do homem cordial. Esse cenário compreende a mentalidade da formação das cidades coloniais portuguesas perante as colônias da América Espanhola. A sementeira, portanto, é o sêmen, este dá forma a personalidade brasileira transbordando sexualidade, e tornando-a melancólica: decorrência histórica de povoamento. Daí surge o espírito dos portugueses aventureiros e conquistadores exaltados pelo clima tropical, a exuberância da mocidade e a força em satisfazer apetites masculinos ou ainda aqueles vindos da Europa era o ardor dos temperamentos, a moralidade dos costumes, a ausência de pudor. Holanda (1995) expõe uma tensão no uso da metáfora sementeira, tornando sinônimo de povoamento. O passado agrícola soma a explanação da formação das cidades coloniais portuguesas. Aliás, o próprio título da obra faz alusão ao efeito de sementeira, as sementes criam raízes. Reinterpretando o povoamento do Brasil sob o prisma metafórico a conotação agrícola dá



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

espaço ao processo formador de cidades. Entra em cena novamente o contexto de fronteiras, sendo lugar de incertezas, trocas, tensões, a fronteira é sempre vista como contato entre dois mundos. Para Holanda (1995), há um processo de reprodução, partindo desde espalhar o sêmen, até a criação de raízes, o desenvolvimento do fruto e a forma definitiva de homem cordial brasileiro. O homem cordial é o resultado do universo histórico do qual ele é o resultado.

3. A Semiose das raízes ibéricas e cidadania

Sergio Buarque de Holanda, em sua obra “Raízes do Brasil” reconhece o caráter mestiço da formação social brasileira, resultante da interação entre índio, negro e branco, colocando em pauta a colonização de natureza aventureira e patriarcal e sua transição para o capitalismo de produção. O livro é comprometido com seu tempo, possui caráter ornamental do liberalismo brasileiro, enquanto defende a democracia.

De acordo com a ideia arendtiana, a cidadania está ligada ao cenário político, baseia-se na capacidade de agir e de participar do indivíduo na vida pública, vai além da proteção jurídica, em outras linhas, a liberdade possui papel fundamental na teoria política. É por intermédio da cidadania, que há a possibilidade de vir ao mundo um espaço público destinado aos feitos humanos permite a organização de uma comunidade capaz de garantir direitos. Para Arendt, política, cidadania e direito interligam-se expressando formas de realização de liberdade. Elucidada no sentido espacial e relacional ao passo que necessita de espaço público para o surgimento de singularidades e a presença de outros homens que forneçam sentido à aparência de viver no conjunto de cidadãos (MELLEGARI, 2011).

Para José Murilo de Carvalho (2002), ao proclamar a independência de Portugal em 1822, o Brasil herdou uma tradição cívica pouco encorajadora. Após três séculos de colonização, os portugueses haviam construído um enorme país com muitas unidades territoriais, linguística e religiosa. Em contraste, havia deixado uma população



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

analfabeta, escravocrata, economia monocultora e latifundiária, ou seja, um Estado Absolutista. Após a independência, não havia cidadãos brasileiros, nem pátria brasileira. CARVALHO (2002) propõe assuntos pertinentes para a discussão acerca da colonização. O país nasce da conquista de “povos seminômades, na idade da pedra polida, por europeus detentores de tecnologia muito mais avançada” (2002, p.19). O primeiro efeito foi a dominação e o extermínio pela guerra, escravização e doença, dizimando milhares de indígenas e o segundo efeito, a conquista teve caráter de conotação comercial, um empreendimento do governo colonial aliado a particulares. Ainda segundo o autor, o fator negativo para a cidadania foi a escravidão, mesmo após a independência, a importação de escravos continuou ininterrupta até 1850, havia escravos em todas as atividades. Toda pessoa que detinha recurso possuía escravos, a escravidão estava em todas as classes e em todos os lugares, a sociedade colonial era escravista de cima a baixo. Advém daí, a miscigenação, fruto de uma colonização masculina e comercial, uma necessidade individual e política.

Havia dependência entre grandes proprietários e autoridades, difundiam-se o poder do Estado e poder privado dos proprietários. A consequência desse cenário é que não existia um real poder que pudesse ser chamado de público, que pudesse ser garantia de igualdade de todos perante a lei, ou seja, a garantia de direitos civis. Os direitos civis foram se beneficiando aos poucos, os direitos políticos em marcha lenta, dos direitos sociais ainda não se falava. O fim do período colonial, não foi o fim das atrocidades cometidas por tal período, grande maioria da população era excluída dos direitos civis e políticos e sem sentido de nacionalidade (CARVALHO, 2002, p.25).

Conclusão

O autor nos apresenta Portugal e uma conexão do Brasil com o continente europeu. Demonstra quem são os agentes dessa relação recíproca e intrínseca. Neste cenário não se trata de uma fronteira



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

geográfica e sim de relações mútuas entre cultura, conhecimento e estruturação de uma nova sociedade ou até mesmo nação baseada em princípios ou ideologias já estabelecidas pelo colonizador europeu, uma vez que o mesmo já tinha o embargo de uma sociedade civilizada perante a nação indígena. Segundo o autor, somos o resultado de uma implantação da cultura europeia em nosso extenso território. Torna-se notório a herança ibérica, representamos em nós toda forma de convívio, instituições e ideias de que somos herdeiros. A colonização do Brasil é agregadora de toda incoerência, frouxidão de estrutura social, falta de hierarquia, hostilidade e outras características tão peculiares de países colonizadores. Todo esse novo ambiente é alicerçado uma linhagem hierárquica difusa, fundada em privilégios. Conservam-se modos de vida da idade média, guiam-se pela tradição, mais do que pela razão fria e calculista, existe associação a antigas classes dirigentes, existiam filhos d’algo para todas as profissões existentes no momento. Desta forma, todos eram patrões. O sentimento então era de mérito e responsabilidade e o trabalho mecânico não era pertencido aos colonizadores. A posição do autor permite dar corpo a concepção nova de cidadania sob a hipótese de que os portugueses estavam preparados para conquistar os trópicos em benefício de uma civilização. As metáforas do livro não se limitam ao artifício literário, rompe as projeções históricas na identificação nacional. É uma ferramenta de entendimento de uma nova teoria de história do Brasil.

Torna-se humanístico pensar para que serve a cidadania na cidade tendo como ponto de partida o conceito de formação. Portanto, são conceitos que devem ser concebidos partindo de suas origens. Segundo HOLANDA (1995), a habitação em cidades foge da naturalidade do homem, estando esse na cidade sob o pensamento de ordem de ideias e de um regime de poder, associado a manifestações de espírito e vontade ao passo que refuta a natureza.

Na Grécia e no Império Romano, a criação de uma cidade tinha objetivos de instalar organismos de poder. É esclarecido na obra, o que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

diferencia os portugueses dos espanhóis, os ladrilhadores dos semeadores, enquanto conceito de cidade. Semeadores representam os colonizadores portugueses, mostravam-se indiferentes do local, pois estavam atentos ao comércio de riquezas fáceis. Não apresentam esforço em constituir raízes. Os ladrilhadores são representados pelos colonizadores espanhóis, estes tinham senso de domínio e como deveria ser uma cidade, são contundentes de apego a terra, enxergam a colonização como a extensão do Estado espanhol. As cidades brasileiras possuem a moldura romano espanhola com ruas e praças convergentes, mas a alma é portuguesa, descuidada e divergente (VALÉRIO, 2008). Dessa genitora mestiçagem, baseada em marcas antagônicas dos colonizadores, nasce o cidadão brasileiro absorvendo aquilo que se assimila a sua nova cultura com espírito frouxo, desarraigado, desorganizado e desleixado. Assemelha-se, a etimologia da palavra saudade, genuína tanto no português brasileiro quanto de Portugal. A saudade seria nossa grande herança (BELL, 1915 apud VALÉRIO, 2008, p.4). Mistifica-se o passado aguardando a saudade de uma pátria nunca vindoura.

Alice Valente Alves (2007) em seu texto “Crenças e poder – do dever e não em devir”, explana difusão do dever e não do devir, a urgência de resolver problemas atuais, o desprendimento com devires, os devires do corpo, da alma, do pensamento, da cidade, da formação, sem grandes esforços, sem normas. O devir está majoritariamente ligado à razão que não se poderá se associar ao dever, funciona como válvula de ignição que virá por um pensar que nos assiste em verdade e não por crenças e poderes que nos limitam e confinam no mesmo pensar. O dever, por sua vez, antecede toda a experiência e que a razão determina vontade *à priori*, e acaba tornando um imperativo a abandonar a autenticidade do ser, assim o dever deixa o homem dividido entre o mundo sensível e o mundo inteligível. Para a autora, as crenças do poder ou poder pelas crenças em deveres obrigados a serem cumpridos geram mitos, distrações e entretenimento (ALVES, 2007).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O entretenimento provoca gozo em esquecer o pensamento com menos esforço possível, está ligado ao dever e é o que fica do que não foi criado, faz esquecer a forma de pensar direcionando o pensamento a um bem comum a todos. A partir de então, como entender nosso pensamento cidadão, intelectual, artístico e religioso partindo da premissa de que estamos buscando devires e reiterando deveres. A relação entre entretenimento, crença, expostas por Alice e o alicerce de Holanda analisando a estrutura da alma cidadã brasileira quando analisa a cordialidade do instinto brasileiro, esclarece, com efeito, a profundidade do cidadão luso brasileiro hodierno.

Todo o enredo que Sérgio Buarque de Holanda ilustra com seus jogos de linguagem e suas metáforas de identidade nacional, faz nos crer que ainda vive entre nós o homem cordial, apesar do autor ter ratificado seu fim com a modernidade acompanhada da industrialização e a urbanização. Torna-se mais latente a presença do homem cordial quando observamos a nossa dificuldade em agregar dentro da nossa cidadania aqueles que vivem à margem da história, quando é esclarecido o desapego pelas normas sociais, e a nossa idolatria por líderes autoritários que impõem nossos excessos na indiferença diante das injustiças.

Referências Bibliográficas

- ALVES, Alice Valente. Crenças e poder: do dever em não devir. [S.l.: s.n.]. Disponível em: https://alicevalente.files.wordpress.com/2007/12/alice-valente-alves_do-dever-em-nao-devir-ensaio.pdf. Acesso em: 25 de Setembro de 2015.
- CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CORREIA JR., João Luiz. Humanismo e cidadania: um projeto de vida dentro da formação universitária. REVISTA DE TEOLOGIA E CIENCIAS DA RELIGIÃO. Ano 1, nº1. Jan/2002.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- FELDMAN, Luiz. Um clássico por amadurecimento: Raízes do Brasil. REVISTA BRASILEIRA DE CIENCIAS SOCIAIS. Vol. 28 Nº 82. 2013.
- FERREIRA, Gabriela Nunes. A formação Nacional em Buarque, Freyre e Vianna. LUA NOVA. São Paulo, nº.37, 1996.
- HOLANDA, Sergio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ªed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MELLEGGARI, Iara Lucia; RAMOS, Cesar Augusto. Direitos humanos e dignidade política da cidadania em Hannah Arendt. PRINCIPIOS. Natal, v.18, n.29, jan./jun, 2011.
- VALÉRIO, Luís Carlos Boa Nova. Cidade, pensamento, cidadania. Congresso Internacional de filosofia: debate de idéias e cidadania. VIII Simpósio Sul Americano sobre o ensino de filosofia: filosofia formação docente e cidadania. Caxias do Sul-RS. 2008.



A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DOS LINCHAMENTOS SOCIAIS

Julien Richiele Neves Prates (UEMG)
Waldir Miguel dos Santos Júnior (UEMG)

Resumo:

O presente artigo apresenta a evolução da prática da autotutela até o Estado Democrático de Direito no que tange o ius puniendi, atualmente prática soberana estatal. Abordando os linchamentos sociais no Brasil como meio de fazer justiça com as próprias mãos, e as suas consequências no âmbito constitucional e campo dos Direitos Humanos. Autores como Autores como Thomas Hobbes, José de Souza Martins, José Ortega y Gasset fornecem referências teóricas que permitem abordar a evolução histórica desde a vingança privada até o momento em que o Estado avoca para si o poder de punição, e a ocorrência dos linchamentos sociais como prática de justiça e punição, mesmo sendo o Estado o único legitimado para tanto.

Palavras-chave: Autotutela, Estado, *Ius puniend*, Linchamento social, Direitos Humanos.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo a investigação de linchamentos sociais no Brasil, analisando os efeitos jurídicos constitucionais da autotutela como meio de fazer justiça com as próprias mãos. Aponta ainda que estamos diante de um problema social que caminha no sentido contrário à evolução dos direitos e garantias fundamentais trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, consequência da luta incansável pela proteção da dignidade da pessoa



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

humana.

A prática dos linchamentos sociais deixou de ser uma prática excepcional e passou a ser um fato já solidificado na sociedade brasileira. Tendo em vista que atualmente no país ocorre cerca de um linchamento por dia. Esse tipo de “justiçamento” ocorre quando o Estado é ausente e por vezes omissivo, gerando descrédito para com as instituições públicas, em especial a Polícia e o Poder Judiciário.

O Estado como detentor do *ius puniendi*, quando omissivo, instiga a sociedade a agir através dos movimentos sociais, devido à falta de punibilidade daqueles que infringem as normas sociais. Após a prática desse tipo de “justiçamento” o Estado se depara com tamanha dificuldade ou tamanho descaso na identificação dos linchadores, o que ocasiona a impossibilidade de punição dos mesmos. Além disso, não há banco de dados oficial para a apuração dos linchamentos sociais no país, sendo utilizada apenas a fonte jornalística como mecanismo para de averiguação destes.

O trabalho é composto por duas partes: a primeira trata da evolução desde os primórdios da civilização brasileira em que havia o emprego da vingança privada por meio da autotutela até o Estado Democrático de Direito, sendo este, o único detentor do poder de punição; já a segunda, trata da prática dos linchamentos sociais no Brasil como meio de fazer justiça com as próprias mãos, postergando os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna de 1988 e pela Declaração Universal de Direitos Humanos.

A pesquisa foi realizada através da revisão bibliográfica, bem como do estudo de casos concretos pertinentes ao fenômeno dos linchamentos sociais no país. Foi utilizado como método de pesquisa o método qualitativo.

Para a realização do presente trabalho, foram utilizadas as publicações de José Martins de Souza (1995; 1996) e José Ortega y Gasset (s.d) entre outros.



2. Da autotutela ao estado democrático de direito

A civilização solucionava os conflitos por meio da força dos particulares, onde se sobressaía o mais forte, prevalecendo a vingança privada. Não existia o Estado para garantir proteção aos direitos dos indivíduos, e tão pouco, o Poder Judiciário que assegurasse o cumprimento de tais direitos.

No transcorrer do tempo, em meados do século XV, a sociedade percebeu que a autotutela não trazia segurança para dirimir os conflitos, mas sim a injustiça. Desta feita, percebeu-se a necessidade de mudança, momento em que o Estado avoca para si o *ius puniendi*.

De acordo com a Teoria Contratualista de Thomas Hobbes, entre os séculos XVI e XVIII, cada indivíduo transferiu ao Estado o direito natural para que este fosse positivado, transferindo inclusive, o direito da força e da violência, da vingança contra os crimes, entre outros, em troca de proteção.

Nesse sentido aponta Hobbes (*apud* BRUM, 2011, p.10) que “(...) à maneira de que um pacto em favor de terceiro, é firmado entre os indivíduos que, com o intuito de preservação de suas vidas, transferem a outrem não participe todos os seus poderes.” Posteriormente, no século XIX, surge o Estado de Direito, período em que o Estado passa a se submeter às normas jurídicas criadas por ele, regulando todas as suas decisões por meio destas, ou seja, passa a ter a sua atividade limitada pelo direito.

O Estado de Direito é composto pelos seguintes elementos: império das leis, separação dos poderes e prevalência dos direitos fundamentais. Destarte, a lei deve ser imposta a todos, inclusive para aqueles quem a criou; os poderes não serão submissos uns aos outros, haja vista que são distintos; e a prevalência dos direitos fundamentais trata dos direitos individuais. Insta salientar que no modelo de Estado de Direito há três modos, sendo eles: Estado Liberal, Social e Democrático de Direito.

No Estado Liberal é dada extrema importância aos direitos



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

naturais, prezando pelo individualismo, propriedade e liberdade. O individualismo é a oposição da coletividade, ou seja, o indivíduo é a força por trás da ação na realidade, pois são eles que compõem a coletividade; o segundo elemento retrata a inviolabilidade do direito sobre uma determinada propriedade; e a liberdade, quer dizer que deve haver uma intervenção mínima estatal, para evitar transtornos à capacidade criativa dos cidadãos.

No modelo de Estado Social de Direito há uma preocupação voltada aos direitos sociais, visando garantir o bem estar social com direitos sociais e trabalhistas, em prol de uma comunidade harmoniosa. Ocorre a superação do modelo trazido no parágrafo anterior.

Já no Estado Democrático de Direito ocorre à busca pela igualdade, por meio de uma lei justa e de uma participação abrangente do povo no processo político. Visa à garantia do mínimo existencial digno para que o cidadão e a comunidade possam existir com felicidade.

Posteriormente, em meados do século XX, nasce o Direito Internacional de Direitos Humanos, que surge como resposta às atrocidades e as barbáries cometidas pelo nazismo. Em âmbito mundial o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste num sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar essa concepção e garantir a proteção dos direitos humanos.

No ano de 1945, a partir do pós-guerra surge a Organização das Nações Unidas – ONU e em 1948 é adotada a Declaração Universal de Direitos Humanos, que traz a concepção contemporânea de direitos humanos, assinalada pela indivisibilidade e pela universalidade desses direitos. Após a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e da concepção de direitos humanos trazida pela mesma, passa a se desenvolver o Direito Internacional de Direitos Humanos por meio da adoção de diversos tratados internacionais a cerca da proteção dos direitos fundamentais.

No que tange à proteção internacional dos direitos humanos no Brasil, percebe-se que somente a partir do processo de democratização,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

foi que o país começou a ratificar tratados internacionais de relevância voltados aos direitos humanos. Além disso, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 diversos tratados internacionais importantes que se referem aos direitos humanos foram incorporados.

Seguindo este processo evolutivo, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, trouxe um grande avanço na história constitucional e na proteção dos direitos humanos, tendo como embasamento primordial os direitos e garantias fundamentais. Trazendo como princípio basilar fundamental a dignidade da pessoa humana, para servir como critério e parâmetro de interpretação do sistema constitucional brasileiro.

Em consonância com a Constituição de 1988, o Estado soberano tem como limite ao poder punitivo no âmbito criminal o processo penal, que busca a efetivação do devido processo legal e da investigação criminal por meio da aplicação de institutos processuais que garantem a proteção do indivíduo, previstos na Constituição da República de 1988 e na Declaração Universal de Direitos Humanos.

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro veda a autotutela como meio de fazer justiça com as próprias mãos, assegurando apenas algumas exceções como: os casos de legítima defesa, trazida pelo artigo 25, do Código Penal Brasileiro.

3. Os linchamentos sociais no Brasil

O linchamento é uma forma de “justiçamento” popular, sendo este conceituado pelo renomado sociólogo José de Souza Martins, nas seguintes palavras:

O justiçamento popular se desenrola num plano complexo. Há nele evidências da força do inconsciente coletivo e do que estou chamando aqui de estruturas sociais profundas, as quais permanecem como que adormecidas sob as referências de conduta social atuais e de algum modo



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

presentes também no comportamento individual. As estruturas sociais profundas são as estruturas fundamentais remotas que, aparentemente vencidas pelo tempo histórico, permanecem como referência oculta de nossas ações e de nossas relações sociais. São estruturas supletivas de regeneração social, que se tornam visivelmente ativas quando a sociedade é ameaçada ou entra em crise e não dispõe de outra referência, acessível, para se reconstituir, fenômeno que se expressa nos linchamentos. (*apud* CONTEXTO, 2015)

A justiça popular ocorre através da prática do linchamento quando o Estado é omissivo, deixando em evidência a ausência de punibilidade dos indivíduos que praticam crimes, isto é, quando o Estado não se utiliza do *ius puniendi*. Diante da fragilidade do ordenamento jurídico brasileiro e da morosidade da justiça, a sociedade se sente ameaçada e então pratica o linchamento como meio de vingança e punição.

O sentimento primitivo de vingança faz vir à tona o que se encontra no inconsciente coletivo, motivo pelo qual se explica a violência e barbárie nos linchamentos sociais. Martins coloca o linchamento no campo do comportamento coletivo e define multidão nos seguintes termos:

(...) a multidão reúne pessoas que não têm entre si outro vínculo que não seja o vínculo ocasional, fortuito e acidental derivado de ação orientada por um objetivo passageiro, embora compartilhado através de um fugaz sentimento de identificação e companheirismo, uma espécie de comunidade breve e transitória. (MARTINS, 1996, p.17)

Vale ressaltar, segundo o autor, que além do campo coletivo, o fenômeno do linchamento é colocado também no âmbito do crime comunitário, entre a multidão e a antim multidão, nestes termos:



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

(...) São pessoas vivendo no fio da navalha da transição social, numa sociedade baseada em relações societárias de natureza contratual que explode eventualmente com comportamentos de multidão, mas também estruturada num mundo comunitário e familiarístico. (*apud* CONTEXTO, 2015)

De modo generalizado, o filósofo, José Ortega y Gasset, traz o linchamento como consequência da rebelião das massas, nos seguintes termos:

Pretender a massa atuar por si mesma é, pois, rebelar-se contra seu próprio destino, e como isso é o que se faz agora, falo eu da rebelião das massas. (...) Quando a massa atuar por si mesma, fá-lo só de uma maneira, porque não tem outra: lincha. (GASSET, 2003, p.56)

Vale destacar que os indícios da pesquisa realizada por Martins, apontam que os linchamentos no Brasil não são predominantemente cometidos pelas massas, como a multidão espontânea, ou seja, pela ação de grupos ocasionais e indefinidos, na maioria dos casos são cometidos por grupos relativamente pequenos, que de algum modo possuem ligações comunitárias ou elos familiares ou profissionais.

O linchamento social é composto por duas fases: na primeira fase ocorre a verificação e interpretação de uma violação de norma social, ou seja, deve haver a prática de um delito (na maioria dos casos são crimes de estupro praticado em desfavor de vulnerável, crimes contra idosos, roubos, entre outros); ainda na primeira fase ocorre também a identificação do suposto acusado. Na fase seguinte, ocorre a aplicação da pena, ou seja, o próprio linchamento. Ambas as fases acontecem em um curto período de tempo, sendo a primeira fase relativamente mais prolongada do que a segunda.

Conforme demonstram as reportagens divulgadas pelo noticiário brasileiro, diversos indivíduos sofrem tentativas de linchamentos ou



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

linchamentos sem ao menos terem cometido qualquer crime. Tal equívoco ocorre na primeira fase do linchamento, abordada no parágrafo anterior, tendo em vista que são violados todos direitos relativos à defesa e à dignidade do linchado.

Na prática do linchamento os direitos e garantias fundamentais da pessoa humana são extremamente violados, em especial o princípio do devido processo constitucional, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da presunção de inocência, trazidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pois o linchado não tem se quer a oportunidade de se defender.

Insta salientar que em todas as modalidades dos linchamentos sociais há uma enorme dificuldade desde a identificação dos linchadores até a possível punição destes. A dificuldade se inicia na investigação policial, que muitas vezes não têm êxito devido à precariedade nas condições de trabalho ou devido à falta interesse da instituição pública, já que a maioria dos linchados são suspeitos de praticar crimes.

O problema apontado no parágrafo anterior ocasiona o abarrotamento de inquéritos inconclusos e de processos no âmbito do poder judiciário pendentes de decisões e, por conseguinte, acarreta à impossibilidade de punição daqueles que praticam o linchamento como meio de fazer justiça com as próprias mãos. E que, mais uma vez, viola os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos brasileiros.

Além disso, há também uma enorme dificuldade na pesquisa sobre o fenômeno social do linchamento, tendo em vista que não há um banco de dados oficial. Atualmente a única fonte de registros de ocorrências de linchamentos no país se dá por meio das reportagens jornalísticas.

A fonte jornalística se aprimorou ao longo do tempo, mas ainda é uma fonte deformada e limitada, cabendo ressaltar que a ocorrência de um linchamento não noticiada, também não será apurada nem contabilizada como mais um caso de linchamento no país.

Destarte, diante da dificuldade apresentada para a apuração dos



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

casos de linchamento no Brasil, pretendo propor um mecanismo mais seguro para a contabilização dos dados. Sendo que, no momento de registro da ocorrência, a autoridade policial, constará em um campo específico, além da tipificação do delito como homicídio ou tentativa de homicídio, que este foi decorrente de linchamento.

Considerações finais

Percebe-se que os linchamentos sociais é um problema social já consolidado na sociedade brasileira. Levando em consideração a legitimidade do Estado para punir aquele que infringe o ordenamento jurídico e considerando esse tipo de “justiçamento” como uma afronta aos direitos e garantias fundamentais trazidos pela Carta Magna e pela Declaração Universal de Direitos Humanos, faz-se necessário que o Estado seja mais ativo, que assuma o *ius puniendi*, e, por conseguinte, apure de modo eficaz os delitos praticados no país aplicando aos respectivos autores uma punição justa e eficiente.

Referências

BRASIL. *Código Penal Brasileiro. Decreto-lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940*. VadeMecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 17 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. VadeMecum Acadêmico de Direito Rideel/Anne Joyce Angher, organização. 17 ed. São Paulo: Rideel, 2013.

BRUM, Vinícius de Lima. *O Estado de Direito e a Justiça Popular*. Trabalho de Conclusão de Curso. Canoas, 2011. Disponível em: <<http://nacoesunidas.org/conheca/>>. Acesso em: 19 de setembro de 2015.

CONTEXTO, Blog Editora. *Linchamentos: a justiça popular no Brasil* – José de Souza Martins, 2015. Disponível em: <<http://www.editoracontexto.com.br/blog/linchamentos-dias-de-furia/>>.

Acesso em: 01 de junho de 2015.

GASSET, José Ortega y. *A Rebelião das Massas*. (p. 56-59),



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

2003. Disponível em:<<http://www.ebooksbrasil.com/eLibris/ortega.html>>. Acesso em 10 de abril de 2015.

MARTINS, José de Souza. *As condições do estudo sociológico dos linchamentos no Brasil*. Estudos Avançados 9 (25), 1995.

_____. *Linchamento: o lado sombrio da mente conservadora*. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 8(2): 11-26, outubro, 1996.



DEFICIÊNCIA E LEGITIMIDADE NOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS NO QUE TANGEM AS DECISÕES DOS MAGISTRADOS ACERCA DA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL DO TRANSEXUAL⁶³

Lislene Marques Barbosa(UEMG)⁶⁴

Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães⁶⁵

Moizés José Lopes Filho⁶⁶

Resumo:

O transgênero/transsexual é o indivíduo que possui uma desarmonia entre o sexo psíquico e o biológico que o faz transitar entre os gêneros. No ordenamento jurídico brasileiro não há uma norma específica acerca do transsexual. Isso faz com que a retificação do registro civil do transgênero só seja possível mediante autorização judicial. No entanto, os princípios administrativos que regem o Estado não são suficientes para assegurar os direitos do transgênero e evitar o livre convencimento dos magistrados em suas decisões. Eles carecem de uma atenção especial do direito, para que possam ser reconhecidos e respeitados na sua singularidade. Este estudo, foi construído com enfoque qualitativo de natureza exploratória e descritiva, procurando demonstrar a deficiência e legitimidade dos princípios administrativos no que tangem as decisões dos magistrados acerca da retificação do registro civil do transsexual.

Palavras-chave: transsexual, princípios, registro civil, reconhecimento.

⁶³ Artigo desenvolvido com base no Projeto de Pesquisa desenvolvido junto a UEMG, unidade Diamantina, com o apoio dos órgãos de fomento desse projeto-FAPEMIG-PAPq- “O Reconhecimento da Identidade Sexual do Transsexual enquanto premissa a efetivação dos direitos fundamentais: incursões acerca da hermenêutica principiológica na contemporaneidade”, sob orientação da Prof. Ms. Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães.

⁶⁴ Graduando do curso de Bacharelado em Direito (UEMG), Unidade Diamantina. Pesquisadora/bolsista FAPEMIG.

⁶⁵ Prof. Ms. Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães

⁶⁶ Graduando do curso de Bacharelado em Direito (UEMG), Unidade Diamantina. Pesquisador/bolsista PAPq.



1. Introdução

O transgênero/transsexual é o indivíduo que possui uma desarmonia entre o sexo psíquico e o biológico, que o faz transitar entre os gêneros. Neste sentido, a transitoriedade identitária não é amparada por legislação pátria o que leva a subjetivações por parte do operador do direito. O presente estudo reflete acerca dessas subjetivações e de sua legitimidade, tendo em vista as interpretações que podem ser feitas com base na correção e adequação principiológica ao caso concreto, conferindo legitimidade a todo Direito, bem como, o direito à individualidade.

O cerne desse trabalho é a discussão acerca da deficiência e legitimidade nos princípios administrativos no que tangem as decisões dos magistrados acerca da retificação do registro civil do transexual. Legitimidade no sentido de que a Administração Pública é regida pelos princípios da Razoabilidade, Isonomia e Impessoalidade, que atuam como prerrogativas que limitam a atuação estatal, frente ao indivíduo, protegendo-o de possíveis atos arbitrários que possam vir a ser cometidos pelos agentes públicos. O transexual, fica a mercê das decisões dos magistrados, tendo em vista que inexistente legislação específica no ordenamento jurídico brasileiro que consagre os seus direitos. As decisões dos magistrado são pautadas nesse princípios já citados.

Este estudo será desenvolvido através de enfoque qualitativo de natureza exploratória e descritiva, ponderando os princípios administrativos que regem toda a ordem estatal e as suas deficiências no que diz respeito ao reconhecimento de direitos do transgênero.

2. Funções políticas da Administração Pública

A Administração Pública diz respeito a gestão de todo o Estado com os seus respectivos órgãos, agentes e serviços com o fim de satisfazer os interesses da coletividade, prevalecendo o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Os poderes



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Legislativo, Executivo e Judiciário compreendem a função política da Administração, em que as leis, decretos, sentenças, regulamentos, atos de várias espécies são as formas que o Estado emprega para colimar sua finalidade. (AZAMBUJA, DARCY 2008) .

O poder Legislativo tem a função de criar leis que disciplinam a própria atividade estatal e a sociedade brasileira como um todo. No momento da criação das normas, o legislador não é capaz de prever todos os futuros casos. Na medida em que há um desenvolvimento da humanidade em suas mais complexas interações sociais, se faz necessário que os legisladores elaborem novas normas afim de atender as necessidades que surgem.

O Estado, em sua função jurisdicional, desempenhada pelos magistrados, tem o papel de resolver os litígios, “dizer o direito”, através da aplicação da lei ao caso concreto. A Constituição da República e as demais normas do ordenamento jurídico são o alicerce para toda e qualquer decisão judicial. É mister salientar que os juízes tem o dever de agir de forma imparcial. Não poderíamos dizer neutralidade, tendo em vista que dificilmente um ser humano consegue esvaziar-se de todas as suas pré-concepções, preconceitos, valores e ideias e tornar-se inteiramente neutro.

Não há método neutro e a históricos que ache ou descubra o fim da lei ou mesmo seu bem comum (como ainda querem alguns manuais de hermenêutica e de direito constitucional), mesmo porque o método, assim como a norma, não se auto aplicam! Eles necessitam do interprete (aplicador) para dar concretização à norma. Como diria Gadamer, em um famoso debate com Emilio Betti: “ninguém consegue pular a própria sombra”! Além disso, é o próprio Gadamer que vai afirmar que, apesar do objeto sempre ter algo a dizer (É por isso que há um diálogo!), este (dizer) não pode ser reduzido ao querer do legislador (criador do objeto) ou ao querer da própria lei (querer do objeto), pois se estamos diante de um processo de interpretação que se realiza por uma fusão de horizontes entre o mundo do sujeito e o do objeto, não há, e nem pode



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

haver um movimento unilateral do interprete para descobrir uma vontade oculta.(FERNANDES, 2013, p.180).

A imparcialidade em um processo, segundo Habermas, em sua obra “Teoria Discursiva do Direito” se dá mediante o direito ao discurso racional entre as partes e a fundamentação dos juízes na tomada de decisões, sem privilegiar um *etos* em razão de outro. Luiz Antônio Chamo Junior ao interpretar o discurso racional de Habermas entende que:

Sentido de imparcialidade quer nos dizer que nenhum *etos* pode ser privilegiado em detrimento de outros, isto é, que os processos de deliberação política não podem desde já estar embebidos em razões éticas tão fortes capazes de matar qualquer pretensão de imparcialidade no processo de construção do Direito. Ou seja: uma comunidade política, em sentido forte, se tem quando os sujeitos daquela sociedade são capazes de construir processos *imparciais* de tomada de decisões coletivamente vinculantes por se respeitarem como livres e iguais e quando o Direito e a Política, não se afastarem ou, o que é até mais forte, não *contrariarem* só princípios gerais de justiça (JUNIOR, 2010, p.24).

Nos casos de lacuna da lei ou diante da omissão ou carência de normas específicas a determinados casos, como o registro civil do transexual, o juiz deverá decidir por analogia, costumes e os princípios gerais do direito, de acordo com o art.4º do Decreto Lei 4657/42.

3. A retificação do registro civil do transexual à luz dos princípios

A função jurisdicional exercida pelo Estado é desempenhada por agentes públicos que tem o dever de observância aos princípios administrativos. Estes princípios atuam como garantias constitucionais



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

que buscam impedir que abusos e arbitrariedades sejam cometidos no âmbito da esfera estatal.

O princípio da Razoabilidade é uma diretriz para a construção das decisões judiciais dos magistrados. Para Celso Antônio de Bastos a razoabilidade é:

Princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. (BASTOS, 1990, p. 35)

Esse princípio busca fazer com que as deliberações dos magistrados tenham razoabilidade entre o meio e o fim a que se pretende alcançar. Ou seja, há uma exigência para que as deliberações judiciais sejam fundamentadas, assegurando que as decisões serão tomadas dentro dos limites aceitáveis de coerência lógica. Não é lícito ao juiz sobrepor o seu juízo de valor, impondo a sua mera vontade nas decisões. A conduta do agente deve-se pautar aos padrões mínimos de aceitabilidade.

A crítica a ser feita a esse princípio, é que o que é totalmente razoável para uns, pode não o ser para outros. Qual seria os padrões normais, de aceitabilidade, da razoabilidade, na decisão do magistrado, em sua interpretação jurídica, ao proferir uma sentença, sobre a retificação do registro civil do transexual?

O princípio da Proporcionalidade tem como objetivo conter o excesso de poder nas decisões e nas condutas dos agentes que desempenham função pública. Para José dos Santos Carvalho Filho:

Significa que o Poder Público, quando intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente a intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente a fim a ser atingido. (FILHO, 2014, p.43)



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O princípio da Impessoalidade determina que a Administração há de ser impessoal, sem ter em mira este ou aquele indivíduo de forma especial (BRITO, 2012). Esse princípio é originário do princípio da Isonomia. Ambos merecem uma atenção especial em sua interpretação: esse princípio, não significa emitir o mesmo tratamento a todos, mas nivelar os cidadãos diante da norma legal posta.

Dessa forma, desde que previsto em lei e em conformidade com o interesse público é permitido tratamentos diferenciados, de acordo com as necessidades da sociedade. O princípio da Isonomia é a base de sustentação de todo o ordenamento jurídico. A igualdade é um direito fundamental assegurado pela Constituição, que confere tratamento igualitário aos iguais e tratamento desigual aos desiguais. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello questiona:

O que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais? Em suma: qual o critério legitimamente manipulável _ sem agravos a isonomia_ que autoriza distinguir pessoas e situações em grupos de apartados para fins de tratamentos jurídicos diversos? Afinal, que espécie de igualdade veda e que tipo de desigualdade faculta a discriminação de situações e de pessoas, sem quebra e agressão aos objetivos transfundidos no princípio constitucional da isonomia? (MELLO,2006, p.11)

Sobre esse prisma, o transexual demanda um cuidado especial tendo em vista que ao realizar a cirurgia de transgenitalização, não possuem o amparo de uma legislação para a alteração do prenome e sexo no registro civil. O não reconhecimento da identidade sexual do transexual implica diretamente a lesão a esse princípio, e ao cerne de todo o Direito, o princípio da Dignidade Humana.

O direito a dignidade, constitui o foco da discussão a respeito do transgênero. A partir do momento em que ele passar a ser reconhecido e respeitado na sua individualidade, existirá o rompimento com os



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

paradigmas existentes a respeito da sua imagem. É mister salientar que o Estado é o agente responsável pela satisfação das necessidades concretas e específicas da coletividade (Filho, 2014).

O Princípio da Moralidade na Administração Pública impõe a obrigação do agente público ser íntegro ao interesse público elucidado na lei. Agir de forma honesta. O comportamento do juiz deve ser pautado aos preceitos éticos de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações (Filho, 2014).

Atos discriminatórios infringirem a moralidade ofendem o princípio da impessoalidade e da legalidade. De certa maneira, é possível dizer que o transgênero é amparado nesse princípio, frente aos “administradores da justiça”. No entanto, até que ponto ele é protegido em um caso concreto? Tomemos como exemplo, a situação verídica de um determinado transexual de 33 anos, que fez a cirurgia de transgenitalização. Ao recorrer à Justiça para a redesignação do seu registro, de forma análoga o juiz deferiu o seu pedido. Todavia, interpôs uma nota no registro civil, de que este deveria constar a expressão: “transexual”. Essa nota no registro, não seria um ato discriminatório, uma vez que segrega o registro de uma pessoa da outra? Casos como esse acontecem cotidianamente nos tribunais.

A retificação do registro civil a luz desses princípios administrativos citados anteriormente, salienta a indispensabilidade da criação de normas que regulem a condição desses indivíduos. O transexual carece de normas específicas a ele.

4. O livre convencimento dos magistrados nas decisões judiciais

O juiz diante de casos em que a lei é omissa, decidirá por analogia, costumes e os princípios gerais do direito. No entanto, mesmo diante de garantias constitucionais, é difícil assegurar que não ocorra o livre convencimento, uma vez que, poderíamos falar que um juiz não é capaz de desvincular-se de todas as suas pré-concepções, preconceitos,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

valores e tornar-se inteiramente neutro, submergindo-se nas concepções do outro.

Na legislação brasileira não há uma norma que proíba ou permita a cirurgia de mudança de sexo. No entanto, a modificação do prenome da pessoa submetida a cirurgia depende de autorização judicial. Dessa forma, os transgêneros ficam à mercê das decisões judiciais para a redesignação do estado sexual no registro civil. As decisões judiciais mesmo pautadas em analogias e nos princípios não são suficientes para sanar os conflitos que envolvem essa questão.

O reconhecimento da identidade sexual do transexual, implica diretamente em reconhecer a dignidade do transgênero, dentro das singularidades conviventes; uma premissa a efetivação dos direitos fundamentais.

Considerações finais

No decorrer desse trabalho, foi possível observar que, mesmo diante de todos os princípios administrativos que regem toda a ordem jurisdicional, atuando como garantias constitucionais ao indivíduo, não é possível assegurar que o transgênero tem todos os seus direitos resguardados. É mister salientar, a necessidade de uma regulamentação específica a ele para que o livre convencimento dos magistrados não se sobreponha aos princípios. Aos operadores do direito, cabe a hermenêutica adequada em relação aos textos normativos existentes.

A falta de legislação muitas vezes acaba afetando a decisão final do juiz. Na maioria das vezes, eles não entendem o que está sendo falado. Os magistrados aplicam a lei ou a doutrina ao caso concreto. Na ausência de normas, e na maioria das vezes, por serem leigos sobre o assunto, os magistrados implicitamente acabam consagrando determinados valores e aplicando-os ao fato. E nesse sentido, não há como a Administração Pública intervir, pois dificilmente é possível



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

afirmar que o magistrado está violando o princípio da imparcialidade e agindo de forma subjetiva.

A retificação do registro civil do transexual significa reconhecer direitos de uma minoria que não tem que ser aceita, ou tolerada, mas sim reconhecida. É dever do Direito atender as demandas sociais, tendo em vista que ele é fruto da sociedade e resultado de uma prática cultural que se dá através da comunicação. Será que as interpretações feitas estão sendo utilizadas para celebrar o Direito ou a subjetividade dos magistrados?

A imparcialidade constitui um dos princípios administrativos, assim como a razoabilidade como já foi explanado no desenrolar desse texto. No entanto, questiona-se: o que é ser razoável quando se trata de autogoverno, de determinar a vida de uma outra pessoa?

Conclui-se portanto, que os princípios que regem a máquina estatal são insuficientes para assegurar que não prevaleça o livre convencimento dos magistrados nas decisões de retificação do registro civil do transexual.

Referências bibliográficas

- FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. Salvador: JusPodivm, 2013, p.180.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 5.Ed. Salvador-Bahia: JusPodivm, 2013.
- OMMATI, Jose Emilio Medaur: *Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio na Constituição de 1988*; Rio de Janeiro, Lúmen, 2012.
- SÁ, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Torquato de Oliveira: *Bioética, Biodireito e o Código Civil de 2002*; Belo Horizonte; Del Rey, 2004.
- GUERRA, Arthur Magno e Silva: *Bioética e Biodireito: uma introdução crítica*; Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

CHAVES, Antônio: *Direito a vida e ao próprio corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes)*; 2° ed. Revista e Ampliada; São Paulo; Revista dos Tribunais, 1994.

MEDAUR, Odete: *O direito administrativo em evolução* ;2°ed. rev. atual e ampl; São Paulo; Revista dos Tribunais,2003.

URBAN, Cicero de Andrade; *Bioética Clínica*; 1°ed-Rio de Janeiro, Revinter, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira: *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*; 3°ed;14° tiragem- São Paulo, Malheiros Editores, 2006.

BUGLIONE, Samantha: *Direito, ética e bioética-fragmentos do cotidiano*; 1°ed- Rio de Janeiro: Lumen Juris-Revisora: Cleuza Pereira,2006.

JUNIOR, Lucio Antônio Chamon; *Filosofia do direito na alta modernidade- Incursões Teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas*.3°ed Revista e com Estudo Comemorativo-Rio de Janeiro: Lumen Juris,2010.

DURAND, Guy; *Introdução Geral a Bioética: Historia, Conceitos e Instrumentos*; tradução de Nicolás Nyimi Campanário- 2°ed- São Paulo: Centro Universitário São Camilo: Loyola, 2007.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul: *Problemas atuais de bioética*; 7°ed- São Paulo: Revista e Ampliada,1995.

Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro: *Revista Brasileira de Direito Comparado*: publicação semestral do Instituto de Direito Comparado Luso- Brasileiro, Rio de Janeiro; Forense, 1990.

http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/henrique_mio_ranza_koppe_pereira.pdf -acesso às 9:49hrs-20/04/15.



O RESPEITO À DIVERSIDADE CULTURAL NA PROTEÇÃO DAS BELAS ARTES

M^a. Mara Pires Pena (Universidade de Coimbra)

Resumo:

O objetivo deste estudo é avaliar o atendimento ao princípio democrático da diversidade cultural, a partir da proteção dada pelo Estado brasileiro ao registrá-la no livro do Tombo de Belas Artes. Para tanto, será apresentada análise da legislação nacional e da declaração internacional da diversidade cultural, e também análise crítica das obras atualmente registradas nesse livro. Os resultados demonstram uma significativa ausência de obras típicas modernistas e contemporâneas registradas no arquivo. Daí, conclui-se que o Estado brasileiro não cumpre, com plenitude, a proteção das obras de valor artístico, e por consequência, neste caso, contraria o princípio do respeito à diversidade cultural e outros correlatos.

Palavras-chave: democracia – diversidade – cultura – belas artes.

I. Introdução

O presente artigo apresenta um estudo sobre o princípio democrático da diversidade cultural, a partir das obras classificadas como Belas Artes registradas em seu livro do Tombo, de âmbito nacional. Para tanto, desenvolve análise da legislação brasileira de proteção das obras de artes e da declaração internacional sobre a diversidade cultural. Tendo como requisito explícito a existência de interesse público para fins de proteção de obras, por parte do Estado, desenvolve também breve análise sobre a caracterização de interesse público, frente à diversidade cultural. Ao fim, apresenta uma breve análise crítica, quantitativa e qualitativa, sobre as obras caracterizadas por Belas Artes, registradas no livro do Tombo do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional.

A proteção das manifestações culturais como um todo e, para este estudo, das obras de artes, tem como finalidade não apenas a proteção de obras de alto valor artístico, assim considerados pelos



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

especialistas, como também a preservação da memória e da história de um povo. Por meio das obras de artes, podemos entender o desenvolvimento do pensamento e de acontecimentos históricos, de uma forma, muitas vezes, de impossível tradução através das palavras.

Por isso, o princípio democrático – cada vez mais consistente, da diversidade cultural, por alguns teóricos, desenvolvido como direito à diferença cultural, deve ser observado a partir da proteção dada pelo Estado às obras de artes.

II – Desenvolvimento

II.1 – A legislação brasileira sobre a proteção das obras de Belas Artes

A legislação brasileira assegura a defesa de bens de valor artístico, ao lado de outros de valor histórico, cultural. O art. 23, III, da Constituição Federal estabelece como competência comum de todos os entes federativos “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”.

A Constituição ainda classifica, no art. 216, como **patrimônio cultural brasileiro** todos os bens, materiais ou imateriais, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória de todos os grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem as **criações artísticas**.⁶⁷⁶⁸

⁶⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 09 mai 2015.

⁶⁸ **Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas,**



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

No ordenamento jurídico brasileiro, o Decreto-Lei 25, de 30 de novembro de 1937⁶⁹, foi recebido como adequado à nova ordem constitucional democrática – apesar da sua antiguidade para organizar “a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”. Assim, o patrimônio artístico nacional é aquele conjunto de bens “cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”⁷⁰.

artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. [...]. § 4º Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei.

⁶⁹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm. Acesso em 09 maio 2015.

⁷⁰ Art. 1º **Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.** § 1º Os bens a que se refere o presente artigo só serão considerados parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, depois de inscritos separada ou agrupadamente num dos quatro Livros do Tombo, de que trata o art. 4º desta lei. § 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana. [...] Art. 4º O Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional possuirá quatro Livros do Tombo, nos quais serão inscritas as obras a que se refere o art. 1º desta lei, a saber:[...]; **3) no Livro do Tombo das Belas Artes, as coisas de arte erudita, nacional ou estrangeira;** 4) no Livro do Tombo das Artes Aplicadas, as obras que se incluírem na categoria das artes aplicadas, nacionais ou estrangeiras.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Percebemos que a legislação brasileira não detalha, ou sequer tenta definir, o que seria bem de valor artístico, para fins de proteção dos órgãos públicos. Define que o Livro do Tombo das Belas Artes tem como finalidade o registro das coisas de arte erudita, independente da nacionalidade.

É importante, neste caso, reconhecer o princípio da diversidade cultural para caracterização do Patrimônio Nacional e, portanto, os objetos merecedores de proteção estatal.

Especialmente em relação às obras de Belas Artes, buscando mais informações do órgão técnico com capacidade e competência legal para definição de valor artístico, vemos, no sítio eletrônico do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, a seguinte apresentação na página de apresentação do Livro do Tombo das Belas Artes:

Livro do Tombo das Belas Artes, onde são inscritos os bens culturais em função do seu valor artístico particular. O termo belas-artes é aplicado às artes de caráter não utilitário, opostas às artes aplicadas e às artes decorativas. Para a História da Arte, as belas artes imitam a beleza natural e são consideradas diferentes daquelas que combinam beleza e utilidade⁷¹.

Podemos concluir que a legislação brasileira assegura a obrigatoriedade do Estado, por todos os seus entes federativos, para proteção das obras cientificamente classificadas como Belas Artes, em toda a diversidade cultural manifestada.

II.2. A compreensão de interesse público no Direito brasileiro.

Outro requisito para a oficialização dessa proteção é a existência do interesse público, que deve direcionar todos os atos da gestão pública, numa democracia. Isso porque, como vivemos em uma

⁷¹ Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/608>. Acesso em 09 maio 2015.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

República (*res*: coisa, *publica*: de todos), os governantes são meros mandatários dos interesses de todas as outras pessoas, e seus atos devem ser norteados, não por interesses próprios, mas pelo que se convencionou chamar, na democracia, interesse público.

O homem é um ser que vive em necessidade. É uma lei natural ou instintiva do ser humano a busca de uma sanção positiva de prazer, ao satisfazer a necessidade, ou a rejeição à sanção negativa de dor, ao resultar na insatisfação da necessidade. A vida do homem e, por consequência, seus atos conscientes ou inconscientes são impulsionados por essas duas forças. (NEVES, 2011, p. 221).

Bem é o objeto, material ou imaterial, apto a satisfazer aquela dita necessidade. No Direito, bem tem um significado quase ilimitado, podendo ser um imóvel, uma pensão, ou um provimento judicial – pois isso satisfaria a necessidade de “justiça”. É o que se chama, na atualidade, de bem da vida, ou seja, a necessidade do homem, e suas mais amplas manifestações. (NEVES, 2011, p. 221).

Complementando essas importantes definições, temos ainda a utilidade, que seria a capacidade de um bem satisfazer uma necessidade. Isso significa que os objetos, quaisquer que sejam eles, representam alguma utilidade para o ser humano, quando são desejados. Essa utilidade pode ser extremamente subjetiva, como um broche barato presenteado por um ente querido, que é capaz de satisfazer uma necessidade pessoal respeitada pelo ordenamento jurídico, apesar de ser desprovido de quaisquer valores financeiros.

Com as definições de necessidade, bem e utilidade, podemos compreender interesse: posição favorável do homem à satisfação de uma necessidade. É assim a relação existente entre “homem necessitado” e “bem apto a satisfazê-lo” (NEVES, 2011, p. 221).

Desse modo, interesse jurídico é aquele relativo a um bem, cuja titularidade é disciplinada pelo ordenamento jurídico. Ele é classificado por individuais (interesses cujas características o fazem diferentes de todos os outros); coletivos (interesses que são compartilhados por um



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

número definido de pessoas, mas que têm uma origem comum); difusos (interesses que são compartilhados por um número indefinido de pessoas, sendo interessante pensar que podem atingir até mesmo pessoas que ainda não existem; ex. proteção ao meio ambiente, ao patrimônio cultural); e individuais homogêneos (interesses que têm uma origem comum, mas atingem individualmente as pessoas de um grupo definido).

O interesse público é orientado pela legislação e a legislação brasileira nos mostra que há interesse público difuso na proteção aos bens de valor artístico, nas suas mais diversas formas de manifestação. (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 102). Assim, voltando ao Decreto-lei 25/37, a integração ao patrimônio artístico nacional faz com que o bem seja objeto de conservação pela sociedade. Precisaremos, então, entender o que “a sociedade” deseja ver conservado, com base nessa diversidade de obras e formas artísticas que temos.

II.3. O interesse público para proteção de obras de valor artístico.

Segundo a Declaração da Cidade do México sobre Políticas Culturais, da UNESCO, em sentido amplo, cultura poderia ser considerada todo o complexo espiritual, material, de recursos intelectuais e emocionais que caracterizam uma sociedade ou grupo social, não apenas as artes e as letras, mas também os modos de vida, os direitos fundamentais do ser humano de valor, tradições e crenças. É a cultura que dá ao homem a capacidade de refletir sobre si mesmo, a partir de um julgamento crítico e como seres de compromisso moral.

Todas as culturas fazem parte do patrimônio comum da humanidade, e o abandono ou a destruição de qualquer delas é uma perda para humanidade. A igualdade e a dignidade de todas elas devem ser reconhecidas, como também deve ser reconhecido o direito de cada povo e comunidade cultural para afirmar e preservar sua identidade cultural e tê-lo respeitado pelos outros. Há, assim, a defesa absoluta das manifestações culturais.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

A identidade cultural é mutável, renovada e enriquecida em contato com as tradições e os valores dos outros. Cultura é o diálogo, a troca de ideias e experiências e a valorização de outros princípios e tradições, que murcha e morre se isolada. Identidade cultural e diversidade cultural são, então, inseparáveis. E tudo isso aponta para a necessidade de políticas culturais que irão proteger, estimular e enriquecer a identidade e o patrimônio cultural de cada povo, além de estabelecer o mais absoluto respeito e valorização das minorias culturais e das outras culturas do mundo.

Disso concluímos que deve ser considerada de interesse público toda obra que tenha valor artístico e que represente não só a identidade cultural de um povo, mas também que seja instrumento de uma mudança do pensamento coletivo crítico. É inegável, diante da legislação tanto nacional, quanto internacional, que todos somos responsáveis pela conservação das obras de arte, porque, a partir delas, teremos condições de entender nossa história e lhe dar continuidade com sentido que muitas vezes as palavras não alcançam.

Desta feita, toda obra de arte que carregue um valor artístico, nas suas mais diversas manifestações, a princípio, carrega consigo, também, o interesse público em sua proteção, e por consequência, os gestores públicos estão responsáveis pela execução dessa necessidade social.

II.4. Dos bens registrados no Livro do Tombo das Belas Artes.

Belas Artes é um conjunto de disciplinas estéticas, cujos valores científicos foram desenvolvidos ao longo de séculos, sendo constituído por: música, literatura, artes visuais, teatro, dança e arquitetura. São artes tidas como não-utilitárias⁷² e seu valor seria superior às demais, aplicadas.

⁷² O não-utilitarismo aqui é empregado num sentido pragmático da vida. A utilidade desenvolvida neste trabalho, como essencial ao interesse público, reitera-se, é de satisfação a uma necessidade pessoal subjetiva.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Desde a antiguidade grega, tenta-se compreender a diferença em uma obra artística de valor diferenciado, social e artisticamente⁷³. Havia a separação entre “Artes liberais” – de atividades mentais – e “Artes mecânicas” – ligadas ao trabalho notoriamente mecânico. Mais tarde, Giorgio Vasari (1511-1574), artista e pensador do Renascimento italiano, diferenciou a função artística como aquela dotada de capacidades intelectuais específicas, o que a diferencia dos demais trabalhos. A partir de então surgiu a valorização das Academias de Arte, cuja grande referência, numa relação difícil de definir como criador ou criatura, é Michelangelo.

O conceito de Belas Artes foi apresentado primeiramente por Charles Batteaux, em 1746, na obra *Les Beaux-Arts Réduits à un Même Principe*, como sendo a “imitação da beleza natural”, que define poesia, pintura, música e dança. Por isso, seriam superiores às outras manifestações artísticas, que se suportam sobre a utilidade, como a arquitetura. Posteriormente, em 1751, na Enciclopédia, Diderot e D’Alembert incluem a arquitetura neste conceito.

Em análise dos bens registrados no Livro do Tombo do IPHAN, na classificação Belas Artes, podemos verificar os seguintes dados e delimitações:

- a) são predominantemente arte sacra da modernidade, especialmente barroca, entre Igrejas, imagens santas, altares;
- b) parte delas é representação histórica do poder antigo, bélico ou pessoal: fortes, casas de personalidades históricas importantes;
- c) a imensa maioria é de edificações.
- d) Em termos estatísticos, temos 724 bens tombados no livro de Belas Artes, sendo:
 - i. 24 Conjuntos urbanos;
 - ii. 8 ruínas;

⁷³ Disponível em: <http://enciclopedia.itaucultural.org.br/termo6177/beaux-arts>. Acesso em 09 maio 2015.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- iii. 1 sítio arqueológico;
 - iv. 38 equipamentos e infraestrutura urbana;
 - v. 40 bens móveis integrados;
 - vi. 21 conjuntos rurais;
 - vii. 1 jardim histórico;
 - viii. 44 conjuntos arquitetônicos;
 - ix. 3 paisagens;
 - x. 320 edificações e acervos;
 - xi. 209 edificações;
 - xii. 12 coleções e acervos;
 - xiii. 3 coleções e acervos arqueológicos;
- e) Entre os bens registrados exclusivamente no livro do Tombo das Belas Artes, a maioria tem utilidade prática, como Igrejas, casas e sobrados, o que descumpra o critério para esta classificação. Entre os bens que cumprem integralmente o requisito, temos chafarizes, imagens santas, fontes, mausoléus, coleção de azulejos, coleção de armas, estação de hidroaviões, e:
- i. Duas pinturas sobre tábuas ovais, atribuídas a Leandro Joaquim, representando o incêndio e reconstrução do Recolhimento de Nossa Senhora do Parto, Rio de Janeiro/RJ, 1972;
 - ii. Uma pintura “Vista da Baía Sul”, Vitor Meirelles, Florianópolis/SC, 1986.
 - iii. Algumas pinturas, 14/Portinari, Batatais/SP, 1974.

Diante dessa pesquisa, as perguntas que permanecem são: Por que não estão registradas pinturas dos artistas modernistas, como Tarsila do Amaral, Di Cavalcanti e Portinari, e artistas contemporâneos cujo valor de suas obras é reconhecido internacionalmente, como Beatriz Milhazes e Adriana Varejão? Por que o Estado Brasileiro protege apenas obras de movimentos artísticos do passado? Por que há tão poucas obras de caráter puramente de Belas Artes?



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

III – Conclusão

Diante da análise apresentada, parece-nos que o respeito à diversidade cultural ainda não norteia os atos do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional para fins de proteção, da União, das obras de Belas Artes. O interesse público de proteção das obras de valor artístico, nas suas mais diversas manifestações, é incontroverso diante da legislação nacional e das declarações de direitos internacionais. Portanto, onde há interesse público, há obrigatoriedade estatal de proteção.

Entretanto, como foi demonstrado, por razões que não cabem na presente pesquisa, o Estado brasileiro não garante proteção a milhares de obras de arte de características especialmente modernistas e contemporâneas, havendo, em regra, apenas registro de obras sacras e de caráter utilitário (o que contraria o conceito de Belas Artes).

Assim, conclui-se que a ausência de proteção do Estado brasileiro às obras de Belas Artes, em toda a sua diversidade cultural, não atende aos princípios democráticos, desde a compreensão de igualdade (toda obra de valor artístico, independente do movimento artístico ao qual pertence, merece igual proteção), até o mais contemporâneo direito à diversidade cultural.

Resta-nos desenvolver melhores métodos e formas de atualizar essa atuação estatal de proteção da diversidade cultural.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Malheiros: São Paulo, 2014.

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



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

BRASIL. **Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Diário Oficial, Brasília, DF, 26 jun. 2001.

CASTRIOTA, Leonardo Barci. **Patrimônio cultural:** conceitos, políticas, instrumentos. Belo Horizonte: IEDS, 2009.

GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica da obra de arte.** São Paulo: Martins Fontes, 2010. HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Curso de estética: o sistema das artes. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

IPHAN. **Livro dos Tombos das Belas Artes.** Disponível em <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/588>. Acesso em: 02 jul 2015.

ITINÉRAIRES – **Du droit à la culture aux droits culturels, un enjeu de démocratie,** Réseau culture 21, France, 2015.

NEVES, Lucas Cruz. **Interesse.** Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito. LTR: 2011. p. 220-222.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Uma concepção multicultural de Direitos Humanos.** Lua Nova - Revista de cultura e Política, vol. 39, p. 105-124, Cedec: São Paulo, 1997.

SILVA, José Afonso. **Ordenação constitucional da Cultura.** São Paulo: Malheiros, 2001.



RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR ATOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcilene Fernandes Alves⁷⁴

Leniederson Rosa Pinto (UEMG e FUMEC/FHC)⁷⁵

Resumo

Este trabalho tem por objetivo, em primeiro lugar, analisar a responsabilidade civil do Estado por atos praticados pelo Ministério Público, quando propõe denúncia em face do acusado, mas ao final, o processo criminal é julgado improcedente, por restar provada a não participação do acusado no crime em que foi denunciado. Nesse aspecto, podemos falar que há um constrangimento ilegal praticado contra o ofendido por parte do Ministério Público. Algumas correntes doutrinárias se levantam contra e a favor da Responsabilidade extracontratual do Estado, sendo que, no presente estudo, a problemática traça como hipótese eu em tais condutas, quando de denúncias improcedentes, geradoras de prejuízos ao acusado/cidadão, o Estado deve ser responsabilização pela má atuação do parquet. Do ponto de vista metodológico, este trabalho foi desenvolvido sob a ótica da vertente dogmático-jurídica, baseado no tipo de pesquisa bibliográfica, buscando-se inferências dos conteúdos centrais da legislação vigente, que caracterizam a responsabilidade do Estado. A hipótese foi confirmada ao final dos estudos, chegando à afirmação da responsabilidade objetiva do Estado pelas ações do Ministério Público que causam danos à parte no processo criminal.

Palavras-Chave: Responsabilidade objetiva-Ministério Público- Prisão Cautelar-Indenização.

⁷⁴ Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual de Minas Gerais (Diamantina).

⁷⁵ Orientador. Professor Direito Administrativo I e II - UEMG - Mestrando Direito Público Universidade FUMEC/FHC. Pesquisador/bolsista FAPEMIG.



1. Da atuação e responsabilização

No presente trabalho, pretende-se abordar a responsabilidade do Estado, por ações do atuação do Ministério Público, quando da propositura da denúncia criminal em que, ao final, é absolvido pela restar provada a inocência do réu.

Quando ocorre um crime, após investigação policial – inquérito criminal –, a autoridade policial o encaminha ao *parquet* – Ministério Público – que dará a tipificação criminal ao fato criminoso e, na oportunidade, ofertará a denúncia em face do acusado de ter cometido o crime, ou seja, a peça que inicia o processo criminal.

Na exordial acusatória, devem, pois, ficar respondidas as seguintes questões relativas à prática do crime: quem o fez, quando o agente o fez, onde o fez, os meios que empregou, o que fez, por que o fez e como o fez (CPP, art. 41).

João Mendes de Almeida Júnior (1959) assim leciona sobre a denúncia criminal:

É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (quis), os meios que empregou (quibus auxiliis), o malefício que produziu (quid), os motivos que o determinaram a isso (cur), a maneira porque a praticou (quomodo), o lugar onde a praticou (ubi), o tempo (quando). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes. (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 183).

Percorrido todo processo com exercício do contraditório e ampla defesa, corolários do devido processo legal, o Ministério Público não consegue sustentar/provar os fatos descritos na denúncia e, com isso, o réu é absolvido da imputação que inicialmente lhe recaia.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Na forma do artigo 386 do Código de Processo Penal⁷⁶, o juiz absolverá o réu dentre as hipóteses no artigo traçadas, interessando-nos, no presente estudo, o inciso IV – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; e o inciso V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

Nos dois incisos, o réu não concorreu para a infração penal ou mesmo não restou provado, situação que gera prejuízos a um inocente que foi perseguido pelo processo criminal, além de que, na maioria das vezes, na busca de soluções para segurança pública e resposta social imediata, poderá ficar – ou ter ficado – durante todo processo recolhido preso cautelarmente, ou seja, antes da sentença penal.

Ainda, a requerimento do Ministério Público, é decretada a prisão preventiva do acusado, situação que deveria ser aplicada como última solução, pois no processo criminal a prisão é regra somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nesse aspecto, podemos falar que se há um constrangimento/ilícito praticado contra o ofendido ou o Estado, através do Ministério Público, estará agindo dentro dos preceitos legais preestabelecidos e assim não podendo ser responsabilizado?

Algumas posições se levantam contra e a favor da responsabilização, conforme passa a se expor no presente ensaio. Inicialmente, cabe ressaltar que o foco do trabalho é a responsabilização extracontratual do estado por atos do Ministério Público, não nos interessando, no presente, as questões da seara penal, que poderá ter outras implicações.

⁷⁶ Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: – estar provada a inexistência do fato; – não haver prova da existência do fato; – não constituir o fato infração penal; – estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; – não existir prova suficiente para a condenação.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Para se falar em responsabilidade extracontratual do Estado por atos do Ministério Público, havemos de traçar alguns pontos, dentre eles e, inicialmente, a ação. Isso o Estado pode ser responsabilizado tanto por condutas comissivas (ação) quanto omissivas (omissão), bem como por atos ilícitos e lícitos. Fatos lícitos também geram o direito de indenizar, se este causar prejuízo a terceiros.

Quando falamos em omissões do Estado a responsabilidade a ser aplicada é do tipo subjetiva, ou seja, caberá a parte prejudicada provar que a omissão foi culposa ou dolosa (culpa ou dolo). Além desses requisitos, também deverá ser provado o ilícito ou o lícito – fato da administração –, além do dano e do nexos causal que liga um ao outro. Desses, falaremos mais adiante, uma vez que também devem estar presentes na responsabilidade objetiva.

Agora, quando estamos diante de uma ação (condutas comissivas), a responsabilidade a ser aplicada ao caso será a objetiva, fundada na teoria do risco administrativo.

Conforme lições de José dos Santos Carvalho Filho (2014), sobre a responsabilidade objetiva,

Esses fundamentos vieram à tona na medida em que se tornou plenamente perceptível que o Estado tem maior poder e mais sensíveis prerrogativas do que o administrado. É realmente o sujeito jurídica, política e economicamente mais poderoso. O indivíduo, ao contrário, tem posição de subordinação, mesmo que protegido por inúmeras normas do ordenamento jurídico. Sendo assim, não seria justo que, diante de prejuízos oriundos da atividade estatal, tivesse ele que se empenhar demasiadamente para conquistar o direito à reparação dos danos. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 556)

O Estado, nesse aspecto, visto como maior diante do cidadão, tem que arcar com o risco natural de suas diversas atividades, considerando que, quanto maiores poderes, maiores os riscos assumidos,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

surgindo, a partir daí, a teoria que dá fundamento à responsabilidade objetivo do Estado: a Teoria do Risco Administrativo.

Esta teoria baseia-se no fato de que toda pessoa que obtém proveito financeiro de sua atividade, também cria riscos inerentes a esta a terceiros, por isso tem o dever de indenizar.

Partindo desse entendimento, surge a teoria do risco administrativo, na mesma lógica do risco civil, sendo que aquela preceitua que não deve um particular suportar o dano advindo de uma atividade que, em tese, se reverte em benefícios a toda coletividade.

Sobre tal aspecto:

O fundamento da responsabilidade estatal é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por ocasião ou por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. De conseqüente, seu fundamento é o princípio da igualdade, noção básica do Estado de Direito. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 866).

Assim, o Estado é responsável pelos atos de seus agentes, de forma objetiva, significando dizer que para que nasça a obrigação de indenizar do Estado, a parte ofendida deverá apenas demonstrar a ocorrência do ilícito (ou lícito), o dano e o nexo causal existente entre estes. Assim, prescinde da demonstração do dolo ou culpa, conforme entendimento consagrada na responsabilidade extracontratual do Estado do tipo subjetiva.

Carvalho Filho, mencionando sobre os requisitos, ressalta que:

Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O *primeiro* deles é a ocorrência do fato administrativo, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in eligendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). O *segundo* pressuposto é o dano. Já vimos que não há falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. O *último* pressuposto é o nexó causal (ou relação de causalidade) entre o fato administrativo e o dano. Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexó causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 598).

Quanto à responsabilidade objetiva do Estado, esta deve estar emanada de alguns requisitos essenciais para a sua efetivação. Um ponto a ser destacado é a prerrogativa que o prejudicado tem quanto à culpa, sendo um pressuposto desconsiderado, ou seja, com a inversão do ônus da prova.

No que se refere à comprovação da responsabilidade objetiva, alguns requisitos devem ser analisados. O fator primordial a ser observado é a ocorrência do fato administrativo, ou seja, se não há a caracterização do fato, não há que se falar em responsabilidade, que assim é definido por Carvalho Filho:

Considerando como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

atribuída ao Poder Público. Ainda que o agente estatal atue fora de suas funções, mas a pretexto de exercê-las, o fato é tido como administrativo, no mínimo pela má escolha do agente (culpa in elegendo) ou pela má fiscalização de sua conduta (culpa in vigilando). (2011. p. 511)

No que tange ao segundo requisito, o dano, este é de suma importância, uma vez que não tem como se responsabilizar civilmente sem que haja uma conduta emanada de um dano. Nesse sentido, Carvalho Filho explicita que

Não há de se falar em responsabilidade civil sem que a conduta haja provocado um dano. Não importa a natureza do dano: tanto é indenizável o dano patrimonial como o dano moral. Logicamente, se o dito lesado não prova que a conduta estatal lhe causou prejuízo, nenhuma reparação terá a postular. (2011. p. 511)

Como último requisito, tem-se o nexo de causalidade entre a prestação do serviço público e o prejuízo sofrido pelo cidadão, como bem explanado na doutrina de Carvalho Filho (2014):

Significa dizer que ao lesado cabe apenas demonstrar que o prejuízo sofrido se originou da conduta estatal, sem qualquer consideração sobre o dolo ou a culpa. Se o dano decorre de fato que, de modo algum, pode ser imputado à Administração, não se poderá imputar responsabilidade civil a esta; inexistindo o fato administrativo, não haverá, por consequência, o nexo causal. Essa é a razão por que não se pode responsabilizar o Estado por todos os danos sofridos pelos indivíduos, principalmente quando decorrem de fato de terceiro ou de ação da própria vítima. (2011. p. 511)

Importante destacar que esses pressupostos descritos tratam-se de posituação da teoria do risco administrativo, ou seja, o Estado, enquanto prestador de serviços, cria riscos inerentes a atividade que exige



uma contraprestação, bem como, em alguns casos específicos, mesmo obedecendo a todos os trâmites necessários (dentro da legalidade), o Estado arcará com a responsabilidade objetiva.

2.1 Da Responsabilização do Membro do Ministério Público

Os membros do Ministério Público não agem em nome próprio, mas, sim, visando à proteção e ao interesse da coletividade, ou seja, ao interesse social. Como todo ser humano é passível de erros, não se pode desconsiderar que este membro no exercício de suas funções é um ser humano e seres humanos são falíveis por natureza. Nesse aspecto, é natural que, em algumas hipóteses, o membro poderá ser responsabilizado pelos seus atos.

Assim, tem-se assegurado pelo ordenamento jurídico de que uma vez causado um dano seja material ou moral, terá o Estado a responsabilidade de indenizar. Portanto, estando o Ministério Público atrelado à figura do Estado como um de seus membros de atuação na defesa da ordem social, nada mais contundente do que o dever de responsabilidade civil do Estado nos casos em que este membro se configurar como prejudicial.

Quanto à responsabilidade civil do Ministério Público, especificamente a responsabilidade pessoal do promotor, fica a cargo do Estado, através de ação própria (ação de regresso), requerer os prejuízos arcados por este, com a devida observância do que dispõe no artigo 85 do Código de Processo Civil: “O órgão do Ministério Público será civilmente responsável quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude.”



2.2 O Dever de Indenizar do Estado

É garantido ao cidadão o direito de ser indenizado pelo Estado, sempre que injustamente tiver cerceado o seu direito à liberdade pessoal e vulnerado seu *status* de dignidade em razão de ato praticado por agentes públicos.

Ligada à denúncia improcedente, está o decreto prisional a requerimento do *parquet*, tornando a ação ainda mais danosa ao acusado, devido à ilegalidade do decreto de prisão que se torna mais temerário em virtude das condições degradantes e desumanas do sistema penitenciário brasileiro, que colocam em risco a integridade física e mental do preso.

Assim, além de responder ao processo criminal – situação que por si só deixa estigmas no acusado e familiares –, a prisão ilegal agrava ainda mais a situação. Em outro viés, cabe sim a indenização por parte do Estado, desde que fique comprovado que o procedimento, ou mesmo a prisão, tenha se fundado de ilegalidade, abuso de poder, ou até mesmo por erro do judiciário.

Nesse sentido, importante se faz a análise bem minuciosa em relação à instrução processual, principalmente quanto às provas, uma vez que o ambiente carcerário deixa resquícios, ainda mais em se tratando de inocente. A prisão traz hoje, consigo risco de mal grave, perigo de lesão intensa.

Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira,

[...] o juiz, na processualística moderna, não é mero espectador de uma contenda entre litigantes. Nem ao menos pode permanecer adstrito a conter os contendores na observância das regras do jogo. O juiz dirige o processo, assegurando a igualdade de tratamento, às partes, procurando rápida solução para o litígio e assegurando a dignidade da justiça. Ao aplicar a lei ao caso concreto deve acertar, mas nem sempre pode, pois humano, está sujeito a errar? (2012: 149-150)



Vemos que o que não pode ocorrer é o Estado, através do Ministério Público, prejudicar terceiro ao invés de salvaguardar seu Direito, ou pelo menos aliviar o dano causado pelo agente estatal.

Portanto, a responsabilidade do Estado, frente a erros de seus agentes, está devidamente assegurada, notadamente em seu art.37, §6º da CFR/88. Destarte, denota-se que o mal funcionamento da máquina pública, através de uma falsa percepção dos fatos, divergindo da realidade, já é passível de caracterização do erro judiciário.

3 Conclusão

Nesse contexto, a responsabilidade Objetiva do Estado, fundada na teoria do risco administrativo, conforme preceituado pela Constituição Federal, não pode preceituar que o Estado, através do Ministério Público, prejudique terceiro ao invés de salvaguardar seu Direito ou pelo menos aliviar o dano causado pelo agente estatal.

Portanto, a responsabilidade do Estado frente a erros de seus agentes está devidamente assegurada, notadamente em seu art. 37, §6º da CFR/88, devendo o Estado indenizar o acusado que tenha contra si denuncia proposta pelo Ministério Público, mas absolvido na forma do artigo 386, incisos IV e V do Código de Processo Penal.

Destarte, denota-se que o mal funcionamento da máquina pública, através de uma falsa percepção dos fatos, divergindo da realidade, já é passível de caracterização do erro imputável ao Estado.

Assim, no caso em tela, sendo configurado a prisão indevida por denúncia promovida pelo membro do Ministério Público, cabe o direito à indenização, ou seja, a reparação dos prejuízos sofridos (danos patrimoniais, morais e pessoais) que o acusado veio a sofrer, cabendo ao Estado promover ação de regresso contra o membro do Ministério Público para possível ressarcimento, desde que comprovado o dolo ou fraude deste na prestação das suas funções.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Referências

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes De. **O Processo criminal brasileiro**, v. II, p. 183, ed. Freitas Bastos, 1959
- ANGHER, Anne Joyce (Org.). **Vade mecum acadêmico de direito Rideel**. 16. ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.
- FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Descrição Física: xviii atualizador: Gustavo Tepedino. -- Imprensa: Rio de Janeiro, GZ, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 2008.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O PAPEL DO EMPREGADOR NA MANUTENÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO NA RELAÇÃO DE EMPREGO.

Verônica Maria Ramos do Nascimento França - UEMG

Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho - UEMG

Resumo

Os direitos fundamentais, sendo aqueles direitos atribuídos a todos os cidadãos em comum e que têm como finalidade assegurar as condições mínimas de vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade, estão consagrados na Constituição da República de 1988, que tem como um dos fundamentos de um Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. A relação de emprego é marcada por duas figuras essenciais e opostas; o empregador, sendo aquele quem admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços, assumindo o risco da atividade econômica, e o empregado, aquele quem presta os serviços de natureza não eventual, em dependência do empregador, em troca de salário. Na relação de emprego é essencial o estabelecimento de limites ao poder facultado ao empregador, haja vista a situação hipossuficiente do empregado nesta relação. Dessa forma, o poder empregatício deve ser exercido moderadamente, sem abuso e exposição indevida do empregado, respeitando assim suas garantias fundamentais.

Palavras-chave: direitos fundamentais, poder empregatício, empregado, dignidade humana.

1. Introdução

Um dos grandes desafios da atualidade é resguardar os direitos fundamentais dos empregados na relação de emprego. A relação empregatícia possui duas figuras essenciais e opostas; o empregador e o empregado. Faz-se necessário distinguir os limites de cada um deles, para



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

que haja garantia da dignidade humana, dos valores sociais do trabalho, da justiça social, da busca do pleno emprego, entre outros princípios constitucionais.

Nesse artigo busca-se abordar a importância da figura do empregador na proteção dos direitos sociais e fundamentais resguardados ao empregado, limitando sua atuação na relação de emprego, evitando assim o abuso de direito e a arbitrariedade.

Num primeiro momento, haverá uma breve discussão acerca do tema relação de trabalho, relação de emprego e poder empregatício conferido ao empregador, demonstrando assim suas distinções, natureza jurídica e principais características.

Num segundo momento, abordar-se-á, de forma sucinta, a questão dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente ao empregado e o papel fundamental do empregador em manter esses direitos, haja vista seu poder diretivo, regulamentar, fiscalizatório e disciplinar. O empregador tem a faculdade em exercer seus poderes, porém, com certa limitação, a fim de que os direitos resguardados aos empregados não sejam atingidos e prejudicados, haja vista que a parte hipossuficiente desta relação deve ser protegida.

2. A Relação de Trabalho e a Relação de Emprego

Há certa distinção entre a chamada relação de trabalho e a relação de emprego. A relação de trabalho corresponde a qualquer vínculo jurídico caracterizado por ter sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer, consubstanciada em labor humano, mediante pagamento de uma contraprestação. São considerados exemplos de relação de trabalho a relação dos autônomos, dos avulsos e dos eventuais.

Pode-se afirmar que a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie, concluindo que toda relação de emprego corresponde a uma relação de trabalho, mas nem toda relação de trabalho configura relação de emprego, em função de certas peculiaridades.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, corresponde uma das modalidades da relação de trabalho, possuindo um tipo legal, específico e inconfundível.

Segundo Maurício Godinho Delgado:

Não obstante esse caráter de mera espécie do gênero a que se filia, a relação de emprego tem a particularidade de também constituir-se, do ponto de vista econômico-social, na modalidade mais relevante de pactuação de prestação de trabalho existente nos últimos duzentos anos, desde a instauração do sistema contemporâneo, o capitalismo. Essa relevância socioeconômica e a singularidade de sua dinâmica jurídica conduziram a que se estruturasse em torno da relação de emprego um dos segmentos mais significativos do universo jurídico atual – o Direito do Trabalho (DELGADO, 2015, p. 296).

A prestação de trabalho por uma pessoa física pode concretizar-se de formas diversas entre si, se distinguindo da relação de emprego, no que tange às suas especificidades e características essenciais. Ainda segundo Delgado:

(...) a prestação de trabalho pode emergir como uma obrigação de fazer pessoal, mas sem subordinação (trabalho autônomo em geral); como uma obrigação de fazer sem pessoalidade nem subordinação (também trabalho autônomo); como uma obrigação de fazer pessoal e subordinada, mas episódica e esporádica (trabalho eventual). Em todos esses casos, não se configura uma relação de emprego (ou, se quiser, um contrato de emprego). Todos esses casos, portanto, consubstanciam relações jurídicas que não se encontram, em princípio, sob a égide da legislação trabalhista (CLT e leis esparsas) e, até o advento da EC n. 45/2004 (novo art. 114, CF/888), nem se encontravam, regra geral, sob o manto jurisdicional da Justiça do Trabalho (DELGADO, 2015, p. 297).

São as seguintes características da relação de emprego: trabalho exercido por pessoa física, pessoalidade, não eventualidade, onerosidade e subordinação.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Para caracterizar a relação de emprego, o serviço deverá ser prestado por pessoa natural ou física, não podendo o empregado ser considerado pessoa jurídica. Além disso, o serviço deve ser executado pessoalmente pelo empregado, não podendo o ser substituído por outrem, devido o *intuitu personae* dessa relação.

A prestação de serviço deve ser exercida com habitualidade, de forma contínua e permanente, na qual o empregado passa a integrar o espaço de trabalho da empresa tomadora do serviço. Outro critério essencial da relação de emprego é a onerosidade, ou seja, é prestado um serviço mediante o pagamento de uma contraprestação (remuneração). A relação de emprego impõe a onerosidade, haja vista que a gratuidade descaracteriza o vínculo empregatício.

Por último e não menos essencial, deve haver a subordinação entre o empregado e o empregador. No entanto, essa subordinação não é econômica, hierárquica, nem mesmo técnica. Trata-se de uma subordinação jurídica, devendo o empregado acatar as ordens e determinações do empregador, que o exerce através do Poder Empregatício e seus limites.

3. O Poder Empregatício

O poder empregatício é considerado o conjunto de prerrogativas asseguradas pela ordem jurídica e tendencialmente concentradas na figura do empregador, para exercício no contexto da relação de emprego. Em latim, a palavra poder deriva do termo *potere*, que significa chefe do grupo.

É considerada uma faculdade, em virtude da qual uma pessoa (superior hierárquico) exerce um direito-função sobre a atividade profissional de outra.

Importante destacar que o poder empregatício possui conceito distinto do poder de empregar, haja vista que o poder empregatício é exercido pelo empregador e o poder de empregar pode ser exercido pelo



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

empregador ou por pessoa de confiança deste (gerente, supervisor, chefe de obras).

São três teorias que explicam os fundamentos do Poder Empregatício: Teoria Privatista (Propriedade Privada), Teoria da Instituição e Teoria Publicista.

Na Teoria Privatista, considerada mais antiga, rígida e unilateral, o empregador é aquele quem manda, pois possui a propriedade dos meios de produção, além do poderio econômico e financeiro. Essa teoria não caracteriza fundamento, pois nem sempre o empregador é quem dá ordens na empresa.

Já a Teoria da Instituição prevê uma situação estatutária, em que o sujeito encontra as condições pré-estabelecidas pela empresa (através da Convenção Coletiva e Trabalho e/ou do Regulamento Interno da Empresa). Nessa teoria, o empregado se submete às normas da Instituição.

Na Teoria Publicista, o poder advém do Estado, sendo um poder delegado do Poder Público, através da própria CLT, em seu art. 2º: “(...) o empregador é quem **dirige a prestação pessoal do serviço** (...) (grifos nossos)”.

No que tange à natureza jurídica do poder empregatício, pode-se destacar o poder empregatício como direito potestativo, em que o objetivo é alcançar os efeitos mediante o exercício da vontade do próprio empregador (modo próprio, unilateral e automático); como direito subjetivo, em que o empregador pode agir da forma que melhor satisfazer seus interesses, de acordo com a lei. Nessa teoria, o direito termina quando inicia o direito do outro, não conferindo amplitude de ação do titular; como poder hierárquico, em que o empregador comanda, pois se encontra em uma escala superior, e por último, como direito-função, em que o empregado preocupa-se com as necessidades dos empregados, havendo certo bom senso no que tange às suas necessidades. No direito-função o autoritarismo central passa a se tornar um autoritarismo atenuado.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Importante ressaltar que a natureza jurídica do poder empregatício como direito-função está sendo difundida pela doutrina, sendo uma concepção em transição na sociedade contemporânea, pois os empregadores ainda pensam e agem de forma unilateral, prejudicando o bem estar e os direitos fundamentais dos empregados.

3.1 Formas do Poder Empregatício

O poder empregatício pode ser subdividido em: poder diretivo, poder regulamentar, poder fiscalizatório e poder disciplinar.

O poder diretivo corresponde ao controle, vigilância e fiscalização do empregador perante os empregados que prestam serviços no âmbito da empresa. Pode ser considerado uma forma do empregador avaliar o cumprimento da obrigação estipulada entre as partes na relação de emprego. No poder diretivo o empregador dirige o empregado, devido à subordinação jurídica existente entre eles. Há certa liberalidade do empregador, respeitando sempre as reservas legais.

No poder regulamentar há a fixação de regras gerais a serem observadas no âmbito do estabelecimento da empresa, através do próprio regulamento e das normas da empresa. O poder regulamentar resume-se na linguagem escrita e formal do Poder Diretivo. Importante ressaltar que o poder regulamentar não produz normas jurídicas, mas sim cláusulas contratuais, que somente poder ser alteradas nos termos do art. 468 da CLT: “nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia”.

O poder fiscalizatório consiste no conjunto de prerrogativas e no acompanhamento contínuo da prestação do trabalho pelo empregador, vigiando o espaço empresarial interno.

São exemplos de atuação do poder fiscalizatório: o controle na portaria, o circuito interno de TV, o e-mail corporativo, controle de horário e frequência, prestação de contas.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Já o poder disciplinar relaciona-se à imposição de sanções pelo empregador ao empregado, em função do descumprimento das obrigações contratuais. É uma forma de manter a ordem no ambiente de trabalho. São consideradas formas de sanção: advertência, suspensão do contrato de trabalho, rescisão por justa causa (art. 482 CLT) e multa, quando autorizada por lei.

4. Os Direitos Fundamentais do Empregado

As lutas contra os governos autoritários do século XVIII deram origem ao surgimento do Estado de Direito, que estabeleceu o poder das leis ao invés do poder dos governantes. Os ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito passaram então a positivizar os direitos humanos que eram naturais do homem, surgindo assim os direitos fundamentais.

José Afonso da Silva ensina que é possível identificar certos caracteres nos direitos fundamentais, tais como: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. Segundo o autor, os direitos fundamentais nascem e modificam-se com o decorrer do tempo, são intransferíveis e não podem ser renunciados. Essas características afastam a possibilidade de redução de direitos fundamentais nas relações privadas, mesmo que sejam acordadas em consonância com a vontade das partes.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Daniel Sarmiento ressalta que “a vontade do titular do direito deve ser autenticamente livre e a renúncia do exercício não pode importar em lesão ao princípio da dignidade da pessoa humana, nem ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do indivíduo”. (SARMENTO, 2004).

A aplicação dos direitos humanos fundamentais nas relações privadas está presente nas relações de trabalho, onde, supostamente pode haver desigualdade entre as partes. Empregado e empregador pactuam um contrato individual de trabalho, mas devido ao maior poder econômico do empregador, o empregado, normalmente, adere às cláusulas contratuais, que estão limitadas pelos direitos constitucionais dos trabalhadores. O trabalhador é titular de direitos fundamentais, entre eles o direito à segurança, à saúde, à informação, à intimidade e à privacidade. A Professora Adriana Calvo estudou o conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho e concluiu:

A inserção do empregado no ambiente de trabalho não lhe retira os direitos de personalidade. Contudo, não é nenhuma ameaça ao empregado impedi-lo de usar meios da empresa em benefício próprio ou em prejuízo da empresa. Os valores pessoais devem prevalecer sobre os valores materiais (dignidade da pessoa humana x prejuízo no furto de mercadorias na revista íntima). A dignidade da pessoa humana deve ser afirmada como valor supremo. (CALVO, 2009).

Já as negociações coletivas não podem desconsiderar os direitos constitucionais sob o argumento que representam a vontade das partes ou que evitam mal maior, mesmo em situações de crise. O mercado de trabalho vive a constante modificação diante das transformações nas relações de emprego causadas pelas evoluções tecnológicas e da necessidade de gerar e proteger postos de trabalho, mas isso não significa que os direitos dos trabalhadores sejam renunciáveis ou que o Direito do Trabalho deve resolver os problemas econômicos do país.



O artigo 7º, inciso XXVI, da Constituição da República de 1988 reconhece a validade de negociações coletivas e fomenta a discussão sobre o incremento da participação dos atores sociais nas relações de emprego. O respeito a direitos fundamentais do trabalhador, representa um limite à possibilidade de redução de direitos nas negociações pactuadas entre empregados e empregadores.

5. O Poder Empregatício x Os Direitos Fundamentais do Empregado

Os direitos fundamentais dos trabalhadores não são apenas aqueles expressos na Carta Magna de 1988, mas também todos aqueles que por seu conteúdo finalístico baseado na dignidade da pessoa humana, independentemente da posição desses direitos na estrutura normativa.

O artigo 5º, § 2º da Constituição Federal de 1988 insere, de forma expressa, outros direitos fundamentais, além daqueles dotados de constitucionalidade formal, mas que se identificam com o conteúdo da dignidade da pessoa humana.

Não se pode negar que o catálogo de direitos fundamentais dos trabalhadores expressos na Constituição Federal é amplo, mas isso não significa que outros direitos, consagrados, quer no nível infraconstitucional, internacionalmente ou mesmo implicitamente, estejam excluídos de fundamentalidade, sob pena de se negar a própria razão de ser de um Estado Democrático de Direito.

Conclusão

O presente artigo não tem o condão de exaurir com o tema, ao contrário, o objetivo maior é trazer à tona o assunto. A Constituição da República Federativa promulgada em 1988 elevou os valores sociais do trabalho no rol dos Direitos Sociais, explicitando de forma exemplificativa, diversos direitos básicos no artigo 7º, que mesmo inseridos na Carta Magna, para a sua efetivação necessitam da incontestante atuação do Estado.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

As relações de trabalho encontram-se mescladas a todas as dimensões dos Direitos Fundamentais, especialmente partindo-se das características de irrenunciabilidade, inalienabilidade, inviolabilidade, universalidade, efetividade, complementaridade e interdependência.

Os trabalhadores são titulares de direitos fundamentais que podem ser suscitados contra o Estado ou nas relações privadas, entre elas as relações de trabalho. A adequação do Direito do Trabalho às mudanças da sociedade é uma tendência e uma necessidade. As mudanças da legislação trabalhista e as negociações coletivas de trabalho devem, contudo, estar limitadas pelo respeito aos direitos fundamentais positivados na Constituição Federal.

A eficácia dos direitos fundamentais nas relações do trabalho deverá ser estudada no caso concreto, com o objetivo de maximizar a efetividade dos direitos, com base na razoabilidade e na proporcionalidade e, diante da subjetividade do assunto, é importante questionar se está sendo atendido o objetivo maior do ordenamento jurídico: a dignidade da pessoa humana.

A vinculação dos particulares deve ser direta e imediata, com o objetivo de eliminar a necessidade de outras normas para efetivação de direitos fundamentais. A sociedade brasileira sofre com a desigualdade social, com a distribuição de renda, com a informalidade, com o desemprego, e a vinculação indireta e mediata não seria a melhor escolha, uma vez que, abriria espaço para a omissão do Estado.

Referências Bibliográficas

- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 9 ed. São Paulo, LTr, 2013.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1998.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- _____. **Consolidação das Leis Trabalhistas.** Decreto-Lei n. 5452, de 01 de maio de janeiro de 1943, que aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Senado, 1943.
- CALVO, Adriana. Artigo: **O conflito entre o poder do empregador e a privacidade do empregado no ambiente de trabalho.** São Paulo: Revista LTr.73-01/70, Jan 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 14. ed. São Paulo: LT’r, 2015.
- _____. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** São Paulo: LT’r, 2004.
- OBATO, Marthius Sávio Cavalcante Lobato. **O valor constitucional para a efetividade dos direitos sociais nas relações de trabalho.** São Paulo: Ed. LTr, 2006.
- SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho.** 16. ed. São Paulo: Editora Método, 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.p 303.
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo. Ed. Malheiros. 2006.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais nas relações entre particulares.** São Paulo: Revista Direito gv 1, V. 1 N. 1 | P. 173 – 180, 2005.
- STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004,p.224.



INAPLICABILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS EM GUANTÁNAMO E A CORRELAÇÃO COM A RELEVÂNCIA DA DIGNIDADE HUMANA

Maria Marli Santos de Melo
Lucas Raphael Santos de Melo

Resumo

O presente artigo aborda de forma sucinta a existência da Prisão de Guantánamo e sua relação com o Direito Internacional, buscando evidenciar as relações com o Direito e o poder das Relações Internacionais. Faz-se uma análise da origem da prisão de Guantánamo, como ela é manipulada e perpetuada com propósitos econômicos e políticos na sociedade pós-moderna. A prisão de Guantánamo vem suprimindo liberdades e violando Direitos Humanos, por meio de novas legislações antiterroristas das intervenções militares e encarceramento de “suspeitos” capturados. Por fim, polemiza-se como a prisão representa um estado de exceção, em que “suspeitos” da prática de atos terroristas são mantidos por vários anos sem julgamento e privados de todas as garantias fundamentais, em contraposição com os dispositivos do Direito Internacional por representar não apenas violações a tratados internacionais, mas também aos princípios e valores fundamentais do próprio Direito Internacional.

Palavras-Chave: Direitos Humanos, Guantánamo, Dignidade humana.

1. Introdução

No início do século XX, os Estados Unidos assinaram um contrato de arrendamento de um terreno no território cubano, com a justificativa de interesse na exploração mineral e em operações navais.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Não demorou, para que a área arrendada pelos Estados Unidos se tornasse uma prisão militar. Isto ocorreu em razão da forma pela qual os americanos entraram na Segunda Guerra Mundial.

As operações na prisão de Guantánamo se prolongaram pelo século XXI, com grande proporção e já no começo do novo milênio, os Estados Unidos sofreram o ataque terrorista de 11 de setembro, que destruiu as Torres Gêmeas, um dos principais símbolos e causou a morte de milhares de pessoas, resultando numa reação militar de invasão do território do Afeganistão em busca dos responsáveis pelo ato.

E no ano seguinte, combatentes do Afeganistão foram levados para a prisão de Guantánamo. Além dos prisioneiros que supostamente seriam terroristas, a prisão de Guantánamo abrigou detentos de maneira clandestina e que não tinham motivo que justificasse estarem detidos.

Na última década, muitos indivíduos foram detidos sem ter uma acusação formal pelo governo dos Estados Unidos, vários destes foram praticamente sequestrados e levados para interrogatório em Cuba.

Os atos cometidos em Guantánamo motivaram danos enormes à dignidade humana e mesmo com o encerramento das atividades no complexo penitenciário, os órgãos de direito Internacional devem procurar formas de retratação.

2. Antecedentes da Prisão de Guantánamo

A princípio, a baía de Guantánamo foi arrendada pelos Estados Unidos para que a região se transformasse em uma estação de uso militar estratégico, especificadamente da marinha americana e também para exploração mineral.

De acordo com a publicação *The History of Guantánamo Bay 1949-1964*, em 1903, a área foi arrendada por US\$ 2000 (dois mil dólares). Em 1934, o valor foi revisado para US\$ 4.085 (quatro mil e oitenta e cinco) dólares por ano (MURPHY, 1953).

A instalação de detenção em Guantánamo surgiu em 1942, após o ataque às bases militares americanas no Havaí (Ataque de Pearl Harbor)



e a entrada definitiva dos Estados Unidos no evento, que ficou conhecido como Segunda Guerra Mundial. Foi então, criado ali um presídio militar para a detenção de prisioneiros japoneses derivados do pacífico.

Uma conceituação mais atual do presídio surgiu no período pós Segunda Guerra. Nos tempos de Guerra Fria, a instalação foi usada para o cárcere de prisioneiros políticos, de ideologia contrária aos Estados Unidos. Muitas técnicas de torturas descritas no presídio nos dias de hoje tiveram origem neste período.

3. Os Detentos

O campo de detenção começou a receber prisioneiros que foram capturados com a justificativa de envolvimento com terrorismo no ano de 2002, após decreto do então, presidente americano George W. Bush. O decreto foi parte de uma série de atos derivados do ocorrido em 11 de setembro de 2001, onde as Torres Gêmeas localizadas em Manhattan foram derrubadas em atentado terrorista comandado por Osama Bin Laden.

Uma das medidas adotadas pelo presidente foi a investida no território do Afeganistão a fim de capturar o realizador do ato e seus participantes. Disso se originam a maioria dos prisioneiros, indivíduos capturados e detidos para interrogatório sem acusação formal tendo por base apenas informações retidas pela Inteligência Americana em suas operações militares.

O contexto que esses prisioneiros foram detidos é sempre motivo de subjetividade. Algumas acusações não são coerentes com a vida dos indivíduos, ou se mantêm apenas no campo das possibilidades, sem provas concretas. São geralmente casos em que o detento teve algum envolvimento com as organizações Al-Qaeda ou Talibã em suas juventudes, para participar de conflitos internos em seus países. Estas organizações tiveram diferentes posicionamentos ao longo da história, tendo em alguns períodos alianças com o governo americano.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

De acordo com os números da base de dados sobre os prisioneiros de Guantánamo, *The Guantánamo Docket* elaborada pelo *The New York Times* (2009), foram registrados (detidos) 779 pessoas na Prisão de Guantánamo, destas, 544 foram transferidos (533 foram enviados para 39 países diferentes ou para serem libertos ou para serem julgados, 11 não tiveram o seu destino identificado), 6 morreram (suicídio) e 229 ainda se encontram na prisão.

Quanto à origem dos detentos, grande parte dos suspeitos foram capturados na invasão do Afeganistão, outros foram enviados por diversos países árabes, por haver “indícios” do envolvimento dos indivíduos em atentados terroristas. Os detentos apreendidos no Afeganistão foram levados para Guantánamo e depois transferidos para serem processados pelo governo afegão. Foram julgados, porém, sem que fossem cumpridas as normas nacionais ou internacionais para a realização de um julgamento correto.

De acordo com a Anistia Internacional (2009), estes julgamentos foram prejudicados gravemente, por ausência de advogados de defesa, prazo insuficiente para preparar a defesa, uso de confissões obtidas por meio de tortura e a inaceitação para examinar provas e confrontar testemunhas.

4. Tratamento dos Prisioneiros

Consoante Informe da Anistia Internacional, foram feitas várias denúncias dos abusos praticados na Prisão de Guantánamo em 2008 (AMNESTY, 2009).

A estrutura da prisão, a forma como são tratados os encarcerados e as regras de funcionamento foram planejadas de maneira a privilegiar e a facilitar a obtenção de informações dos prisioneiros (FLETCHER, 2008).

Segundo estudo feito pelo Centro de Direitos Humanos da *University of Califórnia, Berkeley*, a entrevista dada pelo ex-presidente



dos Estados Unidos, Dick Cheney, no programa *Meet the Press*, do canal CBS, poucos dias após os atentados de 11 de setembro demonstra de maneira evidente esse objetivo (FLETCHER, 2008).

Autoridades norte-americanas tiveram o cuidado em escolher o local para receber os “suspeitos” capturados fora do território dos Estados Unidos, onde as garantias legais e constitucionais americanas não se aplicariam, dando liberdade para realizar qualquer tipo de interrogatório, fora do alcance do ordenamento jurídico (FLETCHER, 2008).

No que diz respeito as condições de encarceramento em Guantánamo, o relatório do *Center for Constitutional Rights* (2009) não é nada otimista, pois conforme a publicação, a maioria dos detidos em Guantánamo é mantida em prisão solitária.

Não obstante, as afirmações oficiais, a permanência em celas isoladas, pequenas, sem praticamente nenhum contato humano, durante anos, tem causado efeitos cruéis e degradantes nos prisioneiros.

5. Estado de Exceção

A Prisão de Guantánamo evidencia a violação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário. Segundo Agamben (2007), os indivíduos são presos sem acusação formal, sem inquérito e sem julgamentos. Os Estados Unidos se recusaram a identificar estes detidos como prisioneiros de guerra, pois, neste caso, estariam amparados pelos direitos assegurados nas Convenções de Genebra.

Imputaram-lhes o status de “combatentes inimigos”, assim, não estão protegidos pelas leis internacionais nem pela lei norte-americana, proporcionando a sua permanência por tempo indeterminado e as condições de prisão e técnicas de interrogatórios “contraterroristas”.

Gómez (2008), assevera que Guantánamo faz parte da lógica da “globalização militarizada” em andamento, liderada pelo imperialismo dos Estados Unidos, a qual ganhou força após 11 de setembro.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

No entendimento de Gómez (2008), tal estratégia implica “a legitimação de crescentes espaços de exceção, a guerra preventiva sem ameaça de ataque iminente e a ascensão do “inimigo absoluto” encarnado na figura desterritorializada do novo terrorista teológico-político.

Já o filósofo italiano Agamben (2007) sustenta que tal ato invalida “todo o estatuto jurídico do indivíduo, produzindo dessa maneira, um ser juridicamente inominável e inclassificável”.

Para Agamben (2007), “o estado de exceção apresenta-se como forma legal daquilo que não pode ter forma legal. Por outro lado, se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito”.

Dessa forma, o soberano se situa concomitantemente – e paradoxalmente – dentro e fora do ordenamento e detém o monopólio da decisão última, Deste modo, o Estado soberano tem o poder de decidir quem são os inimigos e combatê-los (GÓMEZ, 2008).

6. Fim da Prisão de Guantánamo?

A partir do ano de 2009, o presidente Americano assumiu o compromisso de fechar a prisão de Guantánamo, já no primeiro ano do governo e em 22 de janeiro do mesmo ano, assinou uma resolução na qual, além do fechamento, foi decidido o tratamento a ser dado aos prisioneiros (CENTER FOR CONSTITUCIONAL RIGHTS, 2009).

No entanto, seis anos se passaram e o presídio continua existindo. As tentativas presidenciais de encerramento do complexo penitenciário em Guantánamo causam sempre furor público e esperança de um fim para essa questão. Porém, o presidente não teve êxito em nenhuma das formas que buscou para solucionar o caso em tela.

Várias entidades e organizações de Direitos Humanos têm se manifestado sobre o assunto. A decisão de fechar a Prisão de Guantánamo não diminui a gravidade da existência da prática de tortura



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

naquele local. Vale ressaltar que o artigo V da Declaração Universal dos Direitos Humanos determina que: “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Conclusão

Conclui-se que são evidentes as violações aos Direitos Humanos dos prisioneiros de Guantánamo e aos Princípios Universais dos Direitos Humanos, que em tese são inerentes a todos os Estados, que devem obrigatoriamente respeitá-los.

Pois, estes indivíduos que ainda continuam detidos, foram presos sem acusação formal, sob o argumento de tratar-se de “suspeitos” de envolvimento em atentados terroristas, sem julgamentos e sem garantias fundamentais.

A prisão de Guantánamo é uma das maiores provas da inaplicabilidade dos Direitos Humanos, sendo uma comprovação da impunidade.

Esta retrocessão necessita ser evitada, pois somente a obstando que poderá evitar ofensas e proteger os Direitos Humanos no âmbito nacional e internacionalmente, já que, trata-se, de violação de todos os direitos, visto que os prisioneiros são privados de seus direitos fundamentais.

Referências Bibliográficas

- AMNESTY International. Amnesty International Report 2009: *State of the World's Human Rights*. 30 mai. 2009. Disponível em: http://files.amnesty.org/air13/AmnestyInternational_AnnualReport2013_complete_en.pdf. Acesso em: 18/09/2015.
- ANISTIA International. EUA: Preocupação Jurídica – 17 detidos uigur reclusos em Guantánamo. Anistia internacional, 2009. Disponível



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

em: <<http://www.br.amnesty.org/?q=note/304>. Acesso em: 18/09/2015.

AGAMBEN, G., *Estado de Exceção - Homo Sacer*, II, 1. 2 Ed. São Paulo: Boitempo, 2007.

CENTER for Constitutional Rights. *Current condittions of confinement at Guantánamo*. New York: CCRjustice, 2009. Disponível em: <<http://ccrjustice.org/learn-more/reports/current-conditions-confinement-Guantanamo>>. Acesso em: 15/09/2015.

FLETCHER, L.; STOVER, E., *Guantánamo and its aftermath: U.S. detention and interrogation practices and their impact on former detainees*. Berkeley: Human Rights Center, University of California Berkeley, 2008. 124 p.

GÓMEZ, J. M., *Soberania imperial, espaço de exceção e o campo de Guantánamo: Desterritorialização e confinamento na “guerra contra o terror”*, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v30n2/v30n2a02.pdf>>. Acesso em: 10/09/15.

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/direito-internacional-humanitario/sobre-dih.html>. Acesso em: 05/09/2015.

http://www.conjur.com.br/2007-jan-03/anistia_publica_relatorio_prisao_guantanamo. Acesso em: 08/09/2015.

http://www.inforpress.publ.cv/index.php?option=com_content&task=view&id=14836&Itemid=2. Acesso em: 10/09/2015.

http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-33002007000100011&script=sci_arttext. Acesso em: 15/09/2015.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/direito-internacional-humanitario/sobre-dih.html> Acesso em: 20/09/2015.

MURPHY, M. E., *The History of Guantánamo Bay 1949-1964. Rear Admiral, U. S. Navy. U. S. Naval Base Guantánamo Bay, 1953.* Disponível em: <http://www.cniv.navy.mil/guantanamo/index.htm>. Acesso em 25/09/2015.

THE NEW YORK TIMES. *The Guantánamo Docket, 2009.* Disponível em: projects.nytimes.com/guantanamo. Acesso em 23/09/2015.



UMA POSSÍVEL SUPERAÇÃO À DICOTOMIA PRETO/BRANCO

Michelle Francisco Macedo (UEMG)

Resumo:

Ainda que o Brasil seja fruto de uma verdadeira miscigenação das mais variadas etnias existentes, sua realidade ainda se pauta em preconceitos arraigados, sobretudo à população negra, vítima de uma discriminação que se perpetuou durante toda a história brasileira. Nesse sentido, para que se possibilite a erradicação de tais discrepâncias sociais, o Governo Federal inseriu no território brasileiro a política de cotas raciais. Sob tal enfoque, o presente trabalho possui como objetivo, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, demonstrar que o sistema de cotas não se apresenta como a melhor solução para a situação do negro na sociedade brasileira.

Palavras-chave: Ações afirmativas, Sistema, Cotas, Negro.

1. Introdução

As políticas de ações afirmativas surgiram nos Estados Unidos nos anos 1960, década marcada por reivindicações dos direitos civis para a efetivação da igualdade plena entre negros e brancos. Nesse momento histórico, as leis segregacionistas entre etnias foram extintas, abrindo-se um espaço para as chamadas ações afirmativas, que consistem em melhorias para a população excluída historicamente. Nas palavras do ex-ministro Joaquim Barbosa Gomes (2001):

(...) as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. (GOMES, 2001, p.9)

Consoante Celia Maria Haas e Milton Linhares (2012), a prática de ações afirmativas no Brasil caracteriza-se pela natureza social, no intuito de gerar uma erradicação da pobreza por meio de medidas redistributivas, onde uma de suas vertentes encontra-se no sistema de cotas. Tal instrumento consiste em garantir vantagens percentuais de vagas à um determinado grupo para o ingresso em ambientes amplamente competitivos, tais como as universidades.

Sua prática no território brasileiro se consumou a partir da vigência da lei estadual nº 3.524/00 no Rio de Janeiro, a qual dispõe a reserva de 50% das vagas em universidades estaduais para estudantes que tenham cursado o ensino médio em redes públicas de ensino. Ademais, foi aprovada a lei nº 3708/01 no mesmo estado, onde 40% dos beneficiados pela lei anterior terão suas vagas reservadas se se auto declararem negros ou pardos. Em um âmbito recente, a lei federal nº 12.711/12 dispõe a obrigatoriedade das universidades federais de reservarem 50% de suas vagas aos estudantes que tenham cursado o ensino médio em redes de ensino públicas, e dentro desse grupo, devem estar presentes metade dos candidatos que se auto declararem negros, pardos ou indígenas.

Mesmo sendo uma ação afirmativa cada vez mais crescente no Brasil, o sistema de cotas é objeto de constantes discussões, sobretudo à respeito de sua legitimidade ou não a luz dos princípios regulamentados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse sentido, o presente trabalho, sob uma revisão bibliográfica, apresenta diversos argumentos sobre o tema em questão, que se posicionam tanto a favor quanto contra o sistema cotista. Não obstante, a partir da bibliografia favorável ao objeto de estudo, buscou-se



desmistificar algumas teses defensoras da ação afirmativa em questão para se demonstrar o porque que o sistema de cotas se apresenta insuficiente para a resolução da marginalização do negro na sociedade. Além disso, apresentou-se a sua inconstitucionalidade mediante dispositivos da Magna Carta supracitada, como também a real solução para o alcance da justiça, a qual se encontra no princípio da equidade, bem como na erradicação da pobreza e em melhorias no sistema educacional brasileiro.

2. A inconstitucionalidade do sistema de cotas

A partir da análise de alguns dispositivos constitucionais, o sistema de cotas apresenta-se inconstitucional. A título de expor essa premissa, elenca-se as principais normas da Carta Magna lesadas neste panorama:

Art.3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nesse sentido, mesmo que o sistema de cotas apresenta-se como uma discriminação positiva para a promoção de um determinado grupo, quaisquer espécies de discriminação devem ser abolidas, sob a pena de descumprimento de preceito fundamental de igualdade, e além disso, possibilitam um ciclo de discórdia eterna entre dicotomias raciais.

Art.208 O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: (...)

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Dessa forma, o sistema de cotas viola a premissa de que o ingresso às instituições superiores de ensino devem ser feitos segundo o mérito de cada um, pois levando como critério de seleção apenas a cor epitelial, independentemente da classificação do candidato, faz-se uma injustiça contra aqueles mercedores de uma vaga em universidade, distorcendo o real objetivo do vestibular.

Ressalta-se como ponto central de discussão acerca do sistema de cotas, a violação do princípio da igualdade, tutelado pelo caput do artigo 5º da referida Magna Carta, bem como seus incisos XLI e XLII, que dispõem:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XLI- a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLII- a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

Ora, violar um princípio constitucional é muito mais agravante do que uma simples inobservância à uma norma, pois compromete todo o ordenamento jurídico. "É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o princípio atingido, porque representa a insurgência contra todo o sistema e a subversão de seus valores fundamentais." (HAAS; LINHARES, 2012).

Nesse sentido, percebe-se a inconstitucionalidade paradoxal do sistema de cotas, pois esta ação, em seu plano ideal, possui como objetivo a integração de grupos excluídos historicamente ao ensino superior; todavia faticamente apresenta ineficácia quanto à isonomia entre indivíduos, lesionando o princípio da igualdade ao conferir tratamento diferenciado para determinados grupos sociais, em uma discriminação



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

positiva com o intuito de "compensar" o passado excludente, mas gera ao mesmo tempo uma discriminação reversa no que tange aos brancos e pobres. Se todos são iguais perante à lei, por que tal tratamento diferenciado entre brancos e negros ?

3. A dificuldade da implantação do sistema de cotas e o princípio da equidade

Para os defensores dessa ação afirmativa, a justificativa para a implantação do sistema cotista está na injustiça oriunda da colonização, onde os negros foram escravizados pelos brancos, e tal desigualdade passada ocasionou a desigualdade vivida atualmente, onde os negros são pobres em virtude de políticas raciais produzidas pelos brancos ao longo da história brasileira. Portanto, aos brancos cabe o dever de compensar os negros, para que possam corrigir as atrocidades feitas pelos seus antepassados aos antepassados dos negros.

No entanto, pode ser sim que os brancos de hoje se beneficiam da herança de seus antecessores, porém, em um país fruto da miscigenação das mais variadas etnias existentes, e em virtude das relações sociais serem absolutamente complexas, dificulta-se traçar uma linha específica de gerações que se favoreceram ou se prejudicaram com a escravidão.

Inexistem grupos nitidamente definidos no Brasil, portanto é falha a ideologia de obrigação dos brancos em face aos negros, visto que ninguém possui culpa pelo o que os seus antepassados cometiam / sofreram, e a determinação da pertença ou não a um determinado grupo é tão-somente imprecisa.

No tocante à auto declaração por raça, tal critério apresenta-se falho, pois em um país como Brasil, caracterizado por essa verdadeira miscigenação, é impossível a classificação fenotípica de um indivíduo como negro, branco, indígena, ou quaisquer outras etnias de forma absoluta, diferentemente dos Estados Unidos, os quais a segregação era completa até mesmo em bairros, escolas e outros ambientes de convívio



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

social.

Ademais, os que são a favor do sistema cotista reiteram a questão das injustiças contra os negros, passadas de geração em geração, ocasionando a pobreza e a inacessibilidade aos direitos fundamentais, tais como saúde, educação, moradia, transporte, dentre outros.

Mesmo que tal premissa seja verdadeira, muito mais do que retrotrair para alcançar às origens do problema em questão, é necessário proporcionar um benefício, não somente aos negros vítimas de exclusão social, mas para a sociedade como um todo. Isso se deve ao fato de que não são apenas os afro-descendentes que sofrem restrições quanto à efetivação de seus direitos, mas também outros grupos, os quais as injustiças sociais sofridas independem de sua origem em um plano histórico, sendo algo fora do controle humano, tais como os grupos de idosos, gestantes e portadores de alguma necessidade especial. Nesse sentido, proporcionar ações afirmativas a determinados grupos não deve ser praticada em prol de retribuições, compensações, mas sim para a efetivação do princípio da equidade. Tal princípio, conforme Ferraz Júnior (2003), é o

sentimento do justo concreto, em harmonia com as circunstâncias e adequado ao caso. O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é o recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional. (FERRAZ JUNIOR, 2003)

Portanto, têm-se na equidade a função de mitigar as desigualdades existentes, sejam estas naturais ou sociais, para que seja efetivada a igualdade. Nesse sentido, de acordo com Lincoln Frias (2012), tal princípio possui justificativa somente quando:

" (...) as pessoas são diferentes em aspectos relevantes, (...) ele é necessário para estabelecer a igualdade de oportunidades e (...) quando a diferença de tratamento é



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

proporcional às diferenças entre as pessoas. " (FRIAS, 2012)

Dessa forma, é observável que muitas vezes se faz necessário tratar desigualmente grupos hipossuficientes na medida de suas necessidades específicas, com o objetivo de anular suas desvantagens frente ao outro e promover a igualdade de oportunidades. Nesse âmbito, o art.1º da lei nº 10.048/00 dispõe que:

As pessoas portadoras de deficiência, os idosos com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, as gestantes, as lactantes e as pessoas acompanhadas por crianças de colo terão atendimento prioritário, nos termos desta Lei.

É uma lei popularmente conhecida, assegurada sobretudo em estabelecimentos comerciais. É um tratamento diferenciado que encontra respaldo jurídico, conferindo a tais grupos uma proporcionalidade, um equilíbrio diante de outros grupos, em virtude de suas necessidades específicas presentes no mundo da vida. Dessa forma, inobserva-se no sistema de cotas fundamento jurídico plausível de acolhimento, pois apresenta-se um tanto quanto arbitrário ao conferir vantagens e não carrega em si uma ideia de justiça efetivamente aplicada.

Considerações finais

Diante do exposto, verifica-se que o sistema de cotas são medidas inconstitucionais e que não são a melhor solução para resolver o problema para a inclusão do negro ao ensino superior, visto que proporcionam privilégios e agregam valores implicitamente discriminatórios contra este, em detrimento dos brancos e pobres, vítimas de uma discriminação considerada reversa.

O acesso à educação é um direito de todos, e fazendo essa distinção a partir das cotas é abolir a noção de universalidade desses direitos fundamentais. A questão é que o acesso a esses direitos não se abrange às camadas pobres da população e a grande maioria delas é



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

negra. Nesse sentido, não será somente a cota racial que irá resolver o problema do negro. A verdadeira causa de sua exclusão na sociedade deve ser atingida, a qual encontra-se na pobreza e na precariedade do sistema educacional brasileiro.

A erradicação da pobreza, mesmo sendo uma pretensão utópica, faz-se necessário persegui-la, pois se o negro encontra-se na base da pirâmide social, é preciso que se promova condições para que sua vida seja digna, não pelo fato de ser negro, mas tão somente pelo fato de sua condição humana. Ao garantir condições mínimas para que sua dignidade seja efetivada - além da educação de qualidade - não há o que se falar em implementação de cotas, uma vez que as diferenças sociais e educacionais deixarão de configurar um empecilho para o ingresso em universidades públicas, visto que o vestibular avalia somente o mérito do indivíduo, que independente de sua cor competirá isonomicamente frente aos demais membros da sociedade.

Referências Bibliográficas

BONADIMAN, Daniela. A inconstitucionalidade do sistema de cotas para negros. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 117, out 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13745>. Acesso em 9 jun. 2015.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 10 jun.2015.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. Disponível em: <<http://seebook.com.br/uploads/1348620839.pdf>>. Acesso em 27 set. 2015.

FRIAS, Lincoln. **As cotas raciais e sociais em universidades públicas são injustas?** Direito, Estado e Sociedade n.41 p. 130 a 156



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

jul/dez 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/7artigo41.pdf>>. Acesso em 10 jun.2015.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Recepção do Instituto da Ação Afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília: 20 fev.2001.Disponível em: <<http://adami.adv.br/artigos/19.pdf>>. Acesso em 10 jun.2015.

HAAS, Celia Maria; LINHARES, Milton. Políticas públicas de ações afirmativas para ingresso na educação superior se justificam no Brasil? **Rev. Bras. Estud. Pedagog.** vol.93 no.235 Brasília set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217666812012000400015&lng=pt&nrm=isso>. Acesso em 10 jun. 2015.

LEI N° 10.048, de 8 de novembro de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l10048.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.

LEI N° 12.711, de 29 de Agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm>. Acesso em 10 jun. 2015.

MOEHLECKE, Sabrina. Ação Afirmativa: História e Debates no Brasil. **Cadernos de Pesquisa**, n. 117, p. 197-217, novembro/ 2002. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cp/n117/15559.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2015.

SILVA, Sidney Reinaldo; NEGRÃO, Mário. Normatividade, políticas públicas educacionais e a questão racial no Brasil. **Rev. Bras. Estud. Pedagog.** vol.93 no.235 Brasília set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-66812012000400016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 9 jun. 2015.



O ATIVISMO JUDICIAL E O DIREITO À SAÚDE NO TOCANTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRANSEXUAL⁷⁷

Moizés José Lopes Filho⁷⁸

Lislene Marques Barbosa⁷⁹

Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães⁸⁰

Resumo:

No nosso Estado a divisão do poder se apresenta em: Executivo, Legislativo e Judiciário, cada qual exercendo sua função e desempenhando atividades típicas e atípicas, afim de que se possa garantir independência e harmonia entre eles. Porém, temos observado um agigantamento do Poder Judiciário, uma vez que suas decisões estão se tornando matéria de lei, inclusive supraconstitucional. Uma série de ações são movidas contra o Estado no tocante ao Direito à saúde, que é uma das garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal de 1988. O Judiciário, geralmente, tem emitido decisões favoráveis aos pedidos dos autores, exigindo do governo tais recursos demandados nessas ações. Porém, indaga-se: qual a razão da judicialização? Teria limite para tal atividade? O presente artigo tem a finalidade de desvelar tais questionamentos, neste sentido trazer argumentos que sirvam na compreensão para o melhor entendimento da problemática, por

⁷⁷ Artigo desenvolvido com base no Projeto de Pesquisa desenvolvido junto à UEMG, unidade Diamantina: “O Reconhecimento da Identidade Sexual do Transexual enquanto premissa a efetivação dos direitos fundamentais: incursões acerca da hermenêutica principiológica na contemporaneidade”, sob orientação da Prof. Ms. Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães.

⁷⁸ Autor - Graduando do curso de Bacharelado em Direito (UEMG), Unidade Diamantina Pesquisador/bolsista PAPq.

⁷⁹ Coautor - Graduando do curso de Bacharelado em Direito (UEMG), Unidade Diamantina. Pesquisadora/bolsista FAPEMIG.

⁸⁰ Coautor-Prof. Ms. Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

consequente, reflexões acerca do Estado Democrático de Direito, no tocante ao cidadão transexual.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Direito Constitucional, Direito à saúde, Transexualidade, Diversidade.

Introdução

Passando pela teoria da tripartição dos poderes, temos a divisão dos poderes estatais em Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Tal noção é amplamente clara e abrangida pela doutrina e adotada em nossa Constituição Federal, mais precisamente no artigo 2º, que expressa que tais poderes são independentes e harmônicos entre si.

Sob a luz dessa teoria do filósofo francês Montesquieu, os poderes se vinculam e se manifestam no nosso governo com funções próprias, exercendo funções típicas. Porém, a eles também é conferido funções atípicas; a fim de se garantir a plena atuação e atividade desses poderes (buscando evitar relações de dependência ou subordinação entre eles) cada um também exerce atividades típicas dos outros poderes, previstas em lei (LENZA, 2013).

Sob esses pressupostos de segurança, independência e garantia, temos a plena participação dos três poderes em cada instância de nosso país (com exceção do Judiciário no âmbito municipal, se atribuindo como Justiça Estadual já nessa instância). Porém, temos observado na nossa história e no contexto atual o aumento da abrangência de atuação dos poderes sobre as atribuições do outro; mais especificamente, observamos o agigantamento do Poder Judiciário sobre os outros.

O poder judiciário exerce na contemporaneidade atividades típicas do Poder Legislativo e do Poder Executivo muito fortemente em nosso país atualmente. Suas decisões estão se tornando matéria de lei, acima da Constituição até segundo algumas discussões, através de súmulas e jurisprudência. Exerce ainda, poder coercitivo sobre a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Administração Pública, delegando ao Poder Executivo atitudes que este se negará fazer em primeira instância. O Executivo em muitos desses casos se fundamenta através da teoria da reserva do possível, sustentando que não há crime ou indevida atividade administrativa se o Estado não cumpre com determinada exigência ou atribuição feita pela Lei à ele que não esteja razoavelmente ao seu alcance, devido às suas limitações de natureza material.

Esse debate causa polêmica no país, não apenas sobre o aspecto jurídico-formal da delimitação do espaço de atuação de cada poder, mesmo sobre suas funções atípicas, além do aspecto fático ou real dos casos concretos envolvidos em questão.

Muitas ações são movidas nessa direção no âmbito do direito à saúde; direito fundamental expressamente defendido pela Constituição e um dos deveres atribuídos ao nosso Estado, enquanto provedor ao seu povo. Apesar do Sistema de Saúde Único ser um exemplo para muitos países, este se encontra em desenvolvimento. Muitas vezes nos deparamos com casos de falta de médicos, leitos ou medicamentos àqueles que necessitam.

Tomando esses apontamentos, temos a situação do transexual enquanto pessoa que passa por uma experiência de conflito com as normas de gênero, colocado como vulnerável frente as suas condições sociais e pessoais em contradição com aquelas normas morais e sociais da sociedade vigente (VENTURA, 2007).

O contexto atual traz diversos óbices à efetividade dos direitos fundamentais e da autonomia deste grupo social, colocando em pauta discussões sérias a respeito do princípio basilar do Estado Democrático de Direito brasileiro que é a dignidade da pessoa humana, mais especificamente sobre o acesso a saúde pública.

Assim, muitos processos e denúncias vão de encontro das decisões do Judiciário em questão às reivindicações deste grupo ao Estado. Porém, antes da questão fática, se faz necessário uma análise da lei e das consequências da aceitação de tal fenômeno. Afinal, deve existir



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

algum limite quanto a essa atuação do Judiciário e dos outros poderes entre si? Qual é este limite? E mais importante ainda para a resolução dessa situação; qual a fonte ou razão das coisas estarem ocorrendo dessa forma? Se os poderes estivessem exercendo plenamente e devidamente as suas próprias atribuições, seriam desnecessárias tamanhas invasões de um em outro. Assim, o presente artigo busca debater tais questões sob o pensamento de diversos doutrinadores através da metodologia de enfoque qualitativo, de natureza exploratória e descritiva ao analisar o fenômeno do ativismo judicial que visa atender a prerrogativa ao direito à saúde, especificamente do transexual neste caso, frente as possibilidades e contexto social vivenciado por este grupo social.

Ativismo Judicial

O Direito atua como mecanismo utilizado pela sociedade contemporânea para controlar os limites do poder político através da Constituição (LENZA, 2013). Com a virada de paradigma do Estado Social para o Estado Democrático de Direito, temos a mudança de principal agente estatal do Poder Executivo para o Judiciário. Na emenda Constitucional nº16/65 há previsão da possibilidade de revisão judicial dos atos dos Poderes Executivo e Legislativo, enquanto competência do Supremo Tribunal Federal, afim de que se faça valer a Constituição. Surge assim o ativismo judicial brasileiro, caracterizado por seu caráter progressista como agente de mudanças do texto constitucional através de decisões judiciais. Apesar de sua utilidade, o dispositivo criado pela Emenda Constitucional supracitado não foi discutido plenamente após instauração do Estado Democrático de Direito no nosso país. Observa-se que chegamos a determinado ponto no qual é imprescindível o intervencionismo do judiciário, fazendo crer que apenas este seja capaz de concretizar os direitos da população. Uma dependência do povo com o Judiciário se estabelece através da crença deste como pressuposto para o cumprimento da lei. Porém, a discussão acerca do ativismo judicial



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

pressupõe a clara diferenciação entre este e a judicialização da política. Assim, Lenio Streck esclarece:

“[...] um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a judicialização é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do pólo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional [...])⁸¹

Podemos entender que a judicialização da política é a passagem do foco no Estado Democrático de Direito para o Poder Judiciário ao fazer com que este participe intensamente da efetivação e vigilância da lei e dos problemas resultantes desta pela aparente insuficiência dos demais Poderes insuficientes para atender diversas demandas. Já o ativismo incorpora a ideia de invasão do Poder Judiciário nos outros poderes com a interferência deste que toma para si competências que não lhe são atribuídas constitucionalmente. Nesta situação temos uma relação estreita entre vontade, discricionariedade e subjetividade (TASSINARI, 2013).

O Direito está em descompasso em relação à sociedade, apesar de sua posição como garantidor de prerrogativas fundamentais e inerentes à pessoa humana. Dessa forma, é colocada como necessária a intervenção de diversos órgãos na realização de tais ideais, especificamente no caso do transexual e de outras minorias, que frente a uma sociedade de tradição conservadora, conseguem alcançar seus direitos através dessas formas atípicas de prestação pública.

⁸¹ STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*, op. Cit., p.589, nota de rodapé 123.



Direito à Saúde

A Constituição Federal Brasileira de 1988 prevê em seu texto o direito à saúde, mais especificamente em seu artigo 6º. Em seu artigo 196 estabelece 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. No artigo 198, a Constituição coloca sobre a organização desses serviços ao observar a integração de suas ações e serviços em um sistema único e hierarquizado, em consonância com as disposições sobre o Sistema Único de Saúde regidas pela Lei nº8.080/90 (Lei Orgânica da Saúde), como a sua descentralização, o atendimento integral e a participação da comunidade.

Porém, não basta uma mera leitura da lei para compreendermos este fenômeno jurídico. É necessário se debruçar a cerca da natureza normativa dessas leis supracitadas. De acordo com o autor italiano Vezio Crisafulli, todas as normas constitucionais possuem aplicabilidade, variando apenas o grau de eficácia de uma para outra de acordo com os efeitos produzidos por essa no caso concreto (OMMATI,2013).

O direito a saúde, bem como os artigos alhures citados se encaixam na classificação de normas de eficácia limitada, com ação apenas de forma negativa ao exercer um controle de constitucionalidade acerca tanto do sistema de recepção de normas anteriores à nova Constituição ou a produção de novas normas no ordenamento jurídico que possam ser incompatíveis (LENZA, 2013). Ainda dentro desse tipo, temos o subtipo normas programáticas, aonde se adentra o direito a saúde, que estabelece programas, metas e objetivos políticos a serem alcançados com o tempo.

Observamos que apesar de sua aplicabilidade, tais normas constitucionais não possuem execução imediata. Ou seja, até mesmo por questões fáticas, se prevê que tais dispositivos são efetivados com o tempo, uma vez que as necessidades da população são infinitos e os seus recursos finitos. Apoiado na teoria da reserva do possível, o Poder



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Executivo e Legislativo argumenta nesse sentido, quando questionado a cerca de sua incapacidade para atender a toda a demanda.

A Saúde, enquanto conceito definido pela OMS (Organização Mundial da Saúde) como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afeições e enfermidades (OMS, 2014), deve ser considerada na aplicação de tais normas no caso concreto. Ao transexual deve ser concedido o pleno direito de exercer a sua autonomia como expressão legítima de sua sexualidade, sob a égide do Estado através de suas políticas públicas, instrumento devido e necessário para o desenvolvimento de meios específicos para assegurar o acesso e gozo das prerrogativas constitucionais de tal grupo social.

Podemos compreender aqui programas sociais que incluam o transexual no seio social, tais como a mudança do prenome e do sexo nos documentos de identificação pessoal, ou restrições para o acesso às transformações corporais desejadas, no sistema oficial de saúde, dificultando às intervenções médicas adequadas e seguras para a transexualização. Neste sentido, tem o Estado o dever de reconhecer não somente a sua existência (e possibilidade desta), mas também a prover possibilidades para a sua inclusão sem imposições vexatórias que denigrem o seu caráter e a sua esfera jurídica enquanto sujeito de direitos.

Conclusão

Apesar da judicialização da política, que coloca o Poder Judiciário no eixo central do nosso Estado Democrático de Direito, devemos atentar às suas necessidades e limitações previstas no texto legal. A própria Constituição prevê a necessária harmonia e independência que deve haver entre os três poderes. Apesar do dever de cada um de fiscalizar o outro e o direito de cada um exercer suas funções atípicas, os poderes não podem invadir a esfera do outro de tal forma como a do fenômeno do ativismo judicial explanado no presente artigo.

Observadas tais disposições, o Judiciário deve sim intervir e auxiliar a população em suas demandas e na plena execução da Lei.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Porém, no tocante aos direitos relativos às normas programáticas, devemos observar a sua própria natureza, que os colocam como normas que devem produzir efeitos na sociedade com o tempo. Sua aplicabilidade não é imediata, devido o necessário desenvolvimento e formação de seus institutos, processo que é feito gradativamente através de investimentos e recursos aplicados nesta área.

Portanto, irracional seria a pretensão de se atender a todos as demandas imediatamente. O Estado deve estar atento, a cumprir suas funções e fins, buscando garantir o melhor serviço com menor custo possível à sua população. Mas, ao intervir nessa administração do Executivo e de previsões legais do Legislativo, o Judiciário muitas vezes acaba por entrar em matéria que não é de sua competência, além de poder prejudicar outras pessoas que estão dependendo de tal serviço, ou afetar demais áreas de serviço do governo. Este procedimento deve ser executado ao longo do tempo, posto como objetivo do Estado, observados os seus recursos e a possibilidade para a execução do serviço, gotejado pelo equilíbrio entre o princípio da reserva do possível e o princípio do mínimo existencial, buscando garantir à sociedade a aplicação progressiva do mínimo ético, não excluindo um princípio ou outro, mas adequando a proporcionalidade de cada um de acordo com o caso concreto.

Referências Bibliográficas

STRECK, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, Editora Saraiva, 17ª edição, 2013.

OMMATI, José Emílio Medauar, *Teoria da Constituição*, Editora Lumen Juris, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2013.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- TASSINARI, Clarissa, *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre 2013.
- VIANA, Geraldo Luiz, *Judicialização da Saúde Suplementar: A concepção do Direito como Integridade Contra a Discricionariedade Judicial*, Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2014.
- VENTURA, Miriam, *Transexualismo e Respeito à Autonomia: um estudo bioético dos aspectos jurídicos e de saúde da “terapia para mudança de sexo”*, Rio de Janeiro, 2007.
- OMS, Organização Mundial de Saúde. Disponível em:<
<http://www.paho.org/bra/>> - Acesso às 14:10hrs- 07/10/2014.



OS LIMITES DA RAZÃO DEMOCRÁTICA

Paulo Roberto de Oliveira ⁸²

Resumo:

A democracia é uma forma de governo idealizada e buscada pela maioria das sociedades, principalmente ocidentais. Contudo, a democracia moderna firmou-se no princípio da individualidade, colocando em risco os objetivos da política, do Estado e sobretudo, da própria democracia. Neste sentido, articulamos uma reflexão sobre os limites da razão democrática, tendo como referência a crítica de Hegel.

Palavras – Chave: Racionalidade, Democracia, Liberalismo Social.

Introdução

Como devemos entender a natureza da democracia? A política pensada democraticamente sugere um tipo de racionalidade teórica e estratégica, pois, as pessoas buscam a democracia não como modelo de bem universal, mas, como garantia de vontades particulares. Desse modo, nossa pesquisa consiste em pensar a democracia a partir da crítica da razão democrática, isto é, pensar a democracia real, sem imaginários ou sonhos.

A princípio se faz necessário uma articulação sobre o tema política e democracia, neste caso, nosso objetivo é estabelecer e ordenar os conceitos de política e democracia, levando em conta o caráter teórico e pragmático de ambos. Devemos ver a política como sendo uma

⁸² Mestre em Filosofia pela FAJE. Professor e Pesquisador da UEMG – Unidade Diamantina



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

manifestação do *Zôon Politikon* do homem, isto é, o homem é um ser de relações e isso gera uma rede de reconhecimento que se fortalece através da política.

Por fim mostraremos os elementos fundamentais da crítica da razão democrática, utilizando o método hegeliano de análise da sociedade moderna. Para Hegel a subjetividade é um problema que surge com a democracia. Para nós, a subjetividade é um forma de ultrapassar os limites da democracia na satisfação das vontades particulares. Porém, veremos que a democracia tem seu limite na ideia de autonomia como superação das vontades do espírito.

1- Política e Democracia

A reflexão sintética sobre política e democracia, revela em certo sentido uma relação quase ontológica entre os termos citados. Tal pressuposto está contido na ideia de que a democracia é uma forma de racionalidade política, mas não a única. Contudo, a democracia moderna surge com um horizonte de sentido irrestrito, pois, essa forma de governo (poder) está fundamentada pela liberdade absoluta, princípio vital da modernidade.

Desse modo, podemos perceber que a democracia tem como pilar a liberdade, logicamente que essa afirmativa parece contradizer o objeto de estudo dessa pesquisa, ou seja, como podemos limitar uma razão democrática se a liberdade pertence à sua natureza?

Da mesma forma que a democracia, a política possui seu ponto fundamental, neste caso, estamos falando sobre o poder. Política e poder são consubstanciais e garantem toda a reflexão filosófica sobre a fundamentação política.



1.1 O poder como horizonte de significação da política

Definir o conceito de política torna-se necessário mediante a confusão que existe entre a forma pura da política (fenomenológica) e a forma filosófica da política (ontológica). Se desconsiderarmos a forma pura ou natural, perdemos o referencial teórico que nos permite uma construção segura da racionalidade política e social. Por política podemos entender como sendo toda atividade humana orientada para o controle e o uso do poder na organização e gerenciamento da sociedade⁸³. Todavia, essa definição carece de algumas considerações importantes. Primeiramente, a ideia de controle e uso deriva da compreensão ética e jurídica na qual o homem passou a considerar como sendo condição para a sobrevivência da própria espécie como tal. Não podemos pensar um controle sobre o poder sem os princípios básicos da norma moral e jurídica: responsabilidade e justiça⁸⁴. Disso resulta:

Assim, a política relaciona-se com tudo aquilo que diz respeito aos cidadãos, ao governo das cidades, aos negócios públicos, ou seja, todas as relações que os seres humanos como animais políticos vivem em sociedade⁸⁵

A reflexão pura sobre o poder faz da política uma ciência positivada. Podemos afirmar que essa ideia sobre a política que acabamos

⁸³ RIBEIRO, Elton V. *A Interpretação filosófica da modernidade segundo Lima Vaz: Ontologia, Política e Religião*. In: *Zeitgeist: Revista de Filosofia e Direito*, Vol I, Nº 1, 2013, p. 5.

⁸⁴ O homem primitivo tinha como motivação o uso do poder pela força, a construção da civilização é uma tentativa de superar essa estrutura. Contudo, percebe-se que o homem pós-moderno distanciou-se da racionalidade ética, separando em máximo grau o pensamento reflexivo do pensamento técnico. Disso decorre a falta de sentido das ações humanas, bem como a ausência de qualquer forma de responsabilidade que possa interferir nas construções da humanidade.

⁸⁵ *Ibid*, p. 7.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

de apresentar possui duas formas: do ponto de vista pragmático, a reflexão sobre o uso e o controle do poder na organização da *pólis*, tem como fundamento a argumentação de uma comunidade política em torno de um problema social, portanto, o poder é direcionado para a solução desse problema, trazendo uma organização daquela sociedade em torno da questão. Do ponto de vista teórico, a política deverá estruturar o seu referencial: o poder, pensar o uso de poder e o seu controle de forma racional expondo os seus limites, objetivos e a sua natureza como atividade antropológica/social.

A base teórica do poder sugere uma reflexão filosófica sobre a política: “já a filosofia política será a análise filosófica das relações dos cidadãos entre si e a sociedade”. Neste ponto, a filosofia política seria uma espécie de análise do “animal político”, o ser de relações conforme a filosofia aristotélica. A política é também “as formas de poder e as condições em que o poder é exercido”. Na sociedade democrática as formas de poder podem ser plurais e variadas, diferente do sistema absolutista e tirano. Desse modo, o poder político é apenas uma forma de poder, segundo Bobbio existem outras duas formas: o poder ideológico e o poder econômico. A sociedade moderna é marcada pela relação entre esses formatos de poder, isto é, atualmente o governo terá que conciliar o nacional e o internacional, o bem comum e a economia, sempre a partir de um ponto referencial, que chamamos de ideologias⁸⁶. No Brasil, o poder é exercido em três formatos: executivo, legislativo e judiciário. Amplamente, a filosofia política pensa sobre as “constituições, os sistemas de governo, e a natureza, validade e justificação das decisões políticas”. Encontramos aqui uma base quase ontológica para o estudo da política através da filosofia. Vejamos a “República” de Platão, ali encontramos um arcabouço ontológico que se relaciona com outras fontes, por exemplo, o próprio Direito, a constituição das leis para a

⁸⁶ Podemos destacar inclusive as duas ideologias modernas: comunismo e capitalismo, que tornaram-se formas de governo ultrapassando os limites conceituais de sua natureza econômica.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

manutenção da República, neste caso, as decisões políticas devem estar subordinadas à um sistema de leis que tem como princípio a justiça⁸⁷.

Se falamos sobre a justiça e o sistema jurídico, estamos os referindo à um outro objetivo da filosofia política: “Será também o estudo da natureza, validade e justificação das instituições coercitivas que compõem as sociedades desde as mais elementares como a família até as mais complexas como é o caso do estado nação”. O estado deverá utilizar o poder em defesa do cidadão, sobretudo, a efetivação dos direitos fundamentais, que se fundamentam no princípio de dignidade. Para Lima Vaz, essa ideia corresponde à essência da filosofia política: “nasce uma tarefa de desvincular o exercício do poder como força ou como violência, assumindo esta tarefa na esfera legitimadora da lei e do Direito”⁸⁸. Se a política é a reflexão sobre o uso e o controle do poder, essa ideia é a gênese do ato político. O homem no seu estado de natureza utiliza a força para obter e satisfazer suas carências e privações, neste caso, estamos falando sobre o Direito do mais forte. A política nasce a partir de princípios éticos e jurídicos: igualdade, liberdade e sobretudo, a dignidade. As primeiras leis que controlaram o poder do mais forte tiveram de forma implícita o valor da dignidade, com o passar do tempo esse conceito foi ganhando positividade⁸⁹.

É com essa reflexão que a política e a filosofia política vão elaborando o discurso sobre a justiça, isto é, o projeto de uma existência fundada no mais justo, que será o melhor para a sociedade: “A arte da política, à luz da virtude intelectual da prudência, empenha-se na difícil e delicada tarefa de conciliar o possível com o melhor”⁹⁰. Para Lima Vaz, essa ideia pertence à concepção grega, isto é, a política possui um caráter

⁸⁷ A Justiça é para Platão a grande virtude, pela qual as outras subsistem.

⁸⁸ VAZ, Lima H.C. *Escritos de filosofia II: Ética e Cultura*. São Paulo: Loyola, 1988, p. 136.

⁸⁹ Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o princípio da dignidade foi definitivamente positivado, posto como lei jurídica.

⁹⁰ VAZ, Lima H.C. *Experiência Mística e Filosofia na Tradição Ocidental*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 83.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

moral, na qual, a partir do consenso, criamos um espaço racional de busca do melhor possível. Na modernidade a política torna-se pragmática, fruto de uma razão instrumental, na qual a política é entendida como lugar da razão calculadora na arte de governar, voltada por sua vez, para a conquista e a conservação do poder. Desse modo, a democracia moderna torna-se um espaço para a busca de poder, detido por um pequeno grupo, esse problema é observado como sendo uma patologia política, pois, a reflexão sobre o poder na política deve ser guiado por uma razão prática, isto é, através de princípios reguladores da sociedade.

1.2 O estatuto social da política

Se a política torna-se pragmática, perdemos o seu estatuto social, fundamento da natureza política. Esse tema está relacionado com o “*ethos atual e a ética*”. Esse tema discutido filósofo Herrero é fundante, pois, precisamos de uma reconstrução do *ethos* atual para fundamentar uma ética e uma política. O *ethos* moderno é baseado na ideia da individualidade, fruto de um desvio do princípio moral da autenticidade. A subjetividade moderna é o ponto chave dessa pesquisa, pois, a liberdade absoluta que pressupõe a individualidade está para além dos limites da razão democrática.

O caminho proposto para voltarmos à construir o estatuto social da política passa pelos conceitos éticos e políticos da Grécia antiga juntamente com elementos da era atual.

O primeiro conceito é a prudência, na qual, o prudente usa suas habilidades para conseguir uma vida melhor, chamamos hoje de bem estar. Por exemplo, não é prudente a corrupção, pois, a corrupção generalizada leva à uma desconfiança, falta de interesse. O interesse é um outro conceito (moderno), funciona como um sentimento de desejo (paixão), mas que deve ser ponderado pela razão, é preciso ter interesse pelo social, desejar a democracia e viver politicamente. Na vivência social devemos possuir o conceito moderno da razoabilidade, para Rawls significa distribuir com a sociedade o que ganhamos com ela, tudo que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

adquirimos pela nossa vontade possui um sentido social, pois, tudo provém da sociedade. Desse modo, surge um novo conceito: a obrigação, esse conceito está ligado com o sentido de realidade, isto é, sentimos uma obrigação moral que é solidariedade. Por fim, está o conceito da liberdade, princípio caro para o homem moderno. Porém, a reconstituição do *ethos* atual a partir dos conceitos que acabamos de apresentar, nos faz pensar um *liberalismo social*, proposto por Rawls. A partir desse ponto de vista ético/social, as pessoas não são responsáveis pelas qualidades sociais recebidas por herança e nascimento. Nascer em uma situação de miséria total ou de riqueza não foi escolha de ninguém. Essa ideia visa a concretização da sociedade justa, pois, somos responsáveis pela sociedade que ajudamos à construir.

Como pessoa humana, cada um percebe que o seu ser social o obriga a compartilhar socialmente o que a sociedade lhe deu, inclusive os meios para se fazer uma reflexão sobre a própria liberdade, sem a educação que é social, nunca aprenderíamos o real valor da liberdade:

Mas é necessário dar um passo a mais na busca do que move o homem a agir moralmente. Porque os comunitaristas reconhecem que a autonomia das pessoas é um valor em si mesmo, mas consideram que justamente para universalizar a liberdade é preciso levar em conta a comunidade na qual vivem e não só as pessoas. MacIntyre apontou a principal falha do liberalismo. Ao instaurar a tradição dos direitos da pessoa, o liberalismo isentava esta última, de alguma maneira, das obrigações e responsabilidades sociais. Quem deve proteger os direitos? O Estado, não as pessoas. Estas são sujeitas de direito, não de responsabilidades. Daí que os cidadãos exijam que se respeitem os seus direitos, mas não se sintam minimamente obrigados a assumir as responsabilidades pelos direitos da comunidade⁹¹

⁹¹ HERRERO, F. J. *Estudos de Ética e Filosofia da Religião*. São Paulo: Loyola, 2006, p.36.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Podemos resumir o trecho acima com uma pergunta: é possível querer a nossa liberdade sem pretender a liberdade do outro? Ganhamos com a sociedade condições para vivermos socialmente, isto é, aprendemos a virtudes, traduzidas em norma e costumes, a partir da tradição. Somos seres de linguagem – *Zôon Logikón* – essa estrutura pressupõe que o homem é um ser de relações – *Zôon Politikon* – que sem a comunidade, perdemos os referenciais de sentido no mundo da vida.

Portanto, esse problema ético corresponde à um ultrapassamento da racionalidade que se configura como democrática, isto é, o problema do liberalismo. Mas, como podemos afirmar que a democracia possui limites? Isso não parece paradoxal? Qual é a verdadeira democracia?

2- O princípio crítico da democracia: os limites da razão democrática

A democracia moderna é considerada um sistema político que apesar de moderno, possui suas raízes na Grécia antiga. Contudo, é na modernidade que a democracia ganhou status de princípio universal, isto é, a sociedade, sobretudo a ocidental, adotou a democracia como signo linguístico de sentido vital e social. Todo cidadão ocidental moderno sente-se orgulhoso por fazer parte de uma democracia. Contudo, tal perspectiva precisa passar pelo crivo da racionalidade crítica. Tal concepção, pertence à funcionalidade da própria razão: criticar. Essa ideia provém da *Aufklärung*, de modo especial do pensamento germânico da época. Kant foi o responsável por demonstrar os princípios da racionalidade a partir da crítica. O entendimento sobre a criticidade da razão significa um caminho que está entre o dogmatismo e o ceticismo: “Com referência aos que observam um método científico, têm a escolher entre o método dogmático e o método cético, mas em qualquer dos casos



têm obrigação de proceder sistematicamente”⁹². A democracia sendo uma forma inspirada na razão, necessita de um processo científico sistemático.

2.1 Razão democrática e subjetividade

Os pensadores da democracia moderna tiveram como base fundamental a ideia de contrato e vontade geral, desse modo, não importa o modelo governamental, mas o modo como o poder é exercido em relação a esse princípio. A vontade geral segundo Rousseau não é a vontade da maioria, mas um princípio moral regulador. A vontade geral é geral porque busca a raiz da unanimidade, o bem público. Não é a vontade de todos, se se fosse assim estaríamos falando de vontades particulares. A soberania popular – democracia social – é a fonte da racionalidade democrática.

Entretanto, os limites dessa racionalidade foram desafiados pela subjetividade, isto é, o homem moderno atribui à vida privada os preceitos da democracia, pensando em uma autonomia sem limites a partir de uma liberdade absoluta e individual.

A filosofia do Direito de Hegel pode ser tomada como consistindo de uma concepção especulativa dos vários elementos constitutivos do Estado moderno. É uma obra que emerge de um período que não mais tomou o feudalismo como algo inquestionável e que abraçou a ideia de que o ser humano enquanto tal é livre para pensar e agir de acordo com princípios racionais. Contudo, a Prússia na época de Hegel foi marcada também pelos esforços para restaurar o *status quo feudal*. Mais genericamente o período frequentemente descrito como modernidade aponta para uma profunda tensão entre as tendências conservativas e progressistas muito mais do que o período feudal. Poder-se-ia argumentar que a Filosofia do Direito de Hegel já não exhibe essa tensão. No entanto, isso não autoriza afirmar que essa obra seja uma

⁹² KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 598.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

apologia do Estado prussiano ou do totalitarismo em sentido largo como se tem dito de forma recorrente. Também não podemos afirmar que a obra de Hegel tem como pressuposto o liberalismo. Neste caso, vamos abordar o tema da crítica hegeliana à democracia de cunho liberal subjetivista que tem como sentido moderno a individualidade.

Claramente a Filosofia do Direito de Hegel pertence à modernidade na medida em que ele endossa o princípio da liberdade humana e argumenta que as sociedades deveriam permitir que seus cidadãos ajam de acordo com essa liberdade⁹³. Hegel faz uma ponderação muito importante, afirmando que o homem age de acordo com a vontade pensando que sua ação foi auto-determinada. A vontade é apenas uma das formas da liberdade, a autonomia é uma forma superior de liberdade que afirma legitimamente a categoria da liberdade humana. É no Estado que a singularidade da consciência alcança seu direito supremo:

O Estado, enquanto efetividade da vontade substancial, que ele tem na autoconsciência particular elevada à sua universalidade, é o racional em si e para si. Essa unidade substancial é um auto-fim imóvel absoluto, em que a liberdade chega a seu direito supremo, assim como esse fim último tem o direito supremo frente aos singulares cuja obrigação suprema é ser membro do Estado⁹⁴.

Quando Hegel teoriza a sociedade civil burguesa, ele tem uma compreensão moderna sobre essa prática econômica moderna, afirmando a existência de normas internas existentes dentro da sociedade civil-burguesa que reproduz um sentido de universalidade. Ao produzirem,

⁹³ Conforme Hegel. Em relação à história do mundo, Hegel distingue entre três determinações básicas do princípio de liberdade. De acordo com o momento lógico do conceito enquanto tal esse princípio pode ser determinado como o princípio que é um livre, vários são livres ou que o ser humano por ser o que é, é livre. Hegel conecta essa distinção lógica ao (1) mundo oriental, (2) ao mundo grego e romano e (3) o mundo moderno.

⁹⁴ HEGEL, F. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010, § 258.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

comprarem e venderem bens, por exemplo, os indivíduos, inconscientemente, produzem:

(...) um sistema de dependência multilateral, de modo que a subsistência e o bem estar do singular e seu ser-aí jurídico se entrelaçam na subsistência, no bem-estar e no direito de todos, fundados sobre isso, e apenas são efetivos e assegurados nessa conexão⁹⁵.

Existe no caso acima uma valoração hegeliana do liberalismo moderno, mas, isso acontece somente pela demonstração de universalidade desse sistema. Contudo, em si tratando da experiência pragmática, o liberalismo não sustenta como racionalidade democrática: “aqui parece que a sociedade civil-burguesa, apesar do seu excesso de riqueza, não é suficientemente rica, isto é, não possui, em seu patrimônio próprio, o suficiente para governar o excesso de miséria e a produção da população”⁹⁶. Em 1820 as corporações que controlavam o sistema favorecendo membros de certas áreas do comércio a defenderem seus interesses comuns. Neste sentido as corporações impedem a prevalência do ímpeto egoísta que coíbi a vontade dos menos favorecidos. Para Hegel a sociedade civil-burguesa possui uma tendência à efetivar o princípio da particularidade e excluir a coletividade através de uma falsa racionalidade democrática.

Para tanto, necessitamos de um Estado forte que possa fazer prevalecer sempre a vontade geral⁹⁷. Hegel ao tratar sobre a força eminente do Estado, considerou uma monarquia constitucional como o melhor meio para controlar as individualidades que embargam a garantia do bem comum. Desse modo, a ideia de estamento social passaria por

⁹⁵ *Ibid*, p. 183.

⁹⁶ *Ibid*, p. 245.

⁹⁷ O problema está no fato de que aparentemente o liberalismo é mais eficiente, pois, possui um poder de atração psicológica muito grande, bem como, parece estar sustentado pelo princípio democrático.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

uma reformulação, mas, não seria extinta, pois, o estamento social (sem a supremacia) faz com que as pessoas tenham consciência de sua participação na vida do Estado. Portanto, a democracia que tem como foco a particularidade e que cria um espírito liberal, nunca conseguirá uma estabilidade concreta nas suas ações e muito menos a garantia dos direitos sociais.

A razão democrática para Hegel é limitada pelo conceito de liberdade individual e sua relação imediata com a vontade. Sem governo, instituição ou corporações, irão prevalecer as particularidades e vontades particulares que conseguem articular no máximo normas para o grupo.

O liberalismo é apenas uma consequência do ultrapassamento dos limites da razão democrática no sentido da subjetividade. Ainda podemos visualizar a compreensão da democracia na vida social que justifica discursos de ódio e intolerância, disfarçados de democracia, nestes casos o limite é ético. Outro tipo de limite é a irracionalidade social, na qual, as relações interpessoais se dão mediante o juízo do gosto e não do respeito, além de ser um limite ético é também jurídico.

Outro limite importante refere-se à própria constituição humana, neste caso, se não pensarmos em uma democracia racional e real, teremos uma experiência negativa da democracia. Devemos enxergar a democracia não como fim, pois assim estaremos novamente articulando um discurso sobre as particularidades. A democracia deve ser desejada e buscada continuamente, pois, temos uma pré-disposição para o totalitarismo, estamos sempre tentando universalizar nossas vontades e desejos.

A democracia pode até a forma mais viável de governo, mas, seus desafios nos leva à uma aporética da natureza democrática.

Conclusão

Não podemos dizer que a democracia não funcionou, mas, ela necessita de uma análise profunda sobre os seus fundamentos. Chamamos



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

essa análise de crítica da razão democrática e vimos que o homem moderno tem a democracia como modo de vida social, política e econômica. Quando privamos alguém de manifestar sua opinião e vontade, logo encontramos uma reclamação que se fundamenta na argumentação sobre a democracia.

Porém, vimos o quanto é difícil e trabalhoso concretizarmos uma democracia real. A democracia é uma forma difícil de governo, pois, deve pressupor diversos elementos essenciais, como por exemplo a superação das vontades particulares em vista do bem comum.

Referências Bibliográficas

- HERRERO, F. J. *Estudos de Ética e Filosofia da Religião*. São Paulo: Loyola, 2006
- HEGEL, F. *Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2010
- KANT, I. *Crítica da Razão Pura*. São Paulo: Martin Claret, 2004
- RIBEIRO, Elton V. *A Interpretação filosófica da modernidade segundo Lima Vaz: Ontologia, Política e Religião*. In: *Zeitgeist: Revista de Filosofia e Direito*, Vol I, Nº 1, 2013
- VAZ, Lima H.C. *Escritos de filosofia II: Ética e Cultura*. São Paulo: Loyola, 1988
- VAZ, Lima H.C. *Experiência Mística e Filosofia na Tradição Ocidental*. São Paulo: Loyola, 2000



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

DIALOGOS ENTRE HISTÓRIA E DIREITO: CONVERGÊNCIAS E DEFINIÇÕES DESSAS DUAS ÁREAS DO SABER

Renat Nureyev Mendes (FCJ /UEMG)

Yury Vieira Tupynambá de Lélis Mendes (FADIR /UNIMONTES)

Resumo:

O presente trabalho procura relacionar duas áreas do saber, quais sejam, a História e o Direito. Dessa relação nasce uma terceira: a História do Direito. Aqui, buscar-se-ão os conceitos de ambas, além de fazer alguns outros apontamentos. Baseado em referências bibliográficas que dizem respeito ao tema, o texto procura explicar como funciona a disciplina derivada: a História Jurídica. Dessa forma, de modo a cumprir tais objetivos, tentar-se-á buscar o seu conceito, bem como os seus objetivos e a sua razão de existir, além de tentar perceber como as transformações da sociedade influenciam as duas áreas em questão.

Palavras-chave: História, Direito, História do Direito, Conceitos, Convergências.

1. Introdução

A fim de melhor compreender a História do Direito, entendendo, assim, os diálogos entre essas duas áreas do saber, tentar-se-á responder a algumas questões fundamentais para tal intuito, quais sejam: o que é História? O que é Direito? O que é História do Direito? Quais pontos História e Direito têm em comum? Qual o objetivo do estudo de História do Direito?

Satisfeitas tais questões, haverá naturalmente uma simplificação do estudo do objeto a ser abordado pelos jus-historiadores. Nesse sentido, “esta necessidade do conhecimento do objeto antes de uma análise de seus pontos é a base para a compreensão global do objeto de estudo de qualquer ciência.” (CASTRO, 2009, p. 1).



Para alcançar os escopos pretendidos, dividiu-se, aqui, o trabalho de uma maneira didática de modo a facilitar a leitura dos interessados. Primeiramente, buscou-se tratar da História, conceituando-a e fazendo alguns outros apontamentos. Em um segundo momento, tentou-se conceituar, outrossim, o Direito; e fazer algumas observações importantes. Por fim, houve uma tentativa de relacionar essas duas áreas do saber que, por vezes, *andam de mãos dadas*. Aqui, tentar-se-á buscar o conceito de História do Direito, bem como, seus objetivos e quais os pontos em comum essas duas áreas do saber (História e Direito) têm.

2. História: conceitos e alguns apontamentos

“Passado” é a primeira palavra que vem à mente quando se pensa em História. Crucial, nesse sentido, torna-se pensar se o passado seria história; se todo o passado seria história; e, por fim, se tudo no passado seria história (CASTRO, 2009). Acredita-se que todo o passado poderia ser história e que, desse modo, tudo nele também poderia sê-lo2.

Numa nova óptica da história, o que se percebe é que surge uma variedade de objetos possíveis de serem estudados; nesse sentido, não só grandes feitos, grandes heróis, as nações mais “importantes” têm história, mas, todos e tudo também as têm.

Todavia, há alguns elementos que devem ser levados em consideração – e são justamente sobre os quais que se tratará neste primeiro tópico.

Borges (1993) busca o conceito de História no dicionário, onde encontra algumas definições sobre o termo. Dentre as quais, elenca quatro ou cinco definições, dando especial destaque a duas, que julga ser as mais apropriadas para o que se busca um historiador. Nesse sentido, segundo a autora em assunto

no novo dicionário Aurélio, ao se procurar o termo “história” encontramos muitos significados para a palavra. Entre uns quinze enumerados, podemos destacar alguns que enfocam a história como: o passado da humanidade, o estudo desse mesmo passado, uma simples narração, uma



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

“lorota”, uma complicação, etc. Todos esses conceitos podem ser vistos como relacionados ao conceito atual de história (BORGES, 1993, p. 47).

Neste trabalho, entretanto, serão utilizados os dois primeiros conceitos elencados pela referida autora. Borges (1993) destaca que, na Língua Portuguesa – ao contrário do que acontece com outros idiomas, como o Alemão, em que há termos distintos para a situação em estudo – usa-se um mesmo termo para significar, ao mesmo tempo, dois sentidos diferentes. Nesse diapasão, o termo “história” significa, simultaneamente, os acontecimentos que se passaram e o estudo desses acontecimentos (BORGES, 1993). “Numa extensão ampla dos dois sentidos, história seria então aquilo que aconteceu [principalmente com o homem] e o estudo desses acontecimentos” (BORGES, 1993, p. 48). Destarte, percebe-se que as duas definições da palavra estão, pois, intimamente ligados: os acontecimentos históricos são o objeto de estudo do conhecimento histórico.

Ehrarde e Palmade dizem que “a história é a memória da humanidade, mas não é suficiente recordar para ser historiador.” (EHRARDE; PALMADE *apud* CASTRO, 2009, p. 1). Eis o porquê de alguns historiadores diferenciarem o trabalho de sua “classe”, do trabalho dos memorialistas. Segundo esse pensamento, os historiadores constroem um trabalho com uma visão crítica, buscando algo diferenciado; enquanto que os memorialistas apenas reproduzem fatos ocorridos no passado, registrando-os. Assim, percebe-se que é demasiado importante buscar uma óptica crítica nos trabalhos desenvolvidos na ciência histórica – visto que o vernáculo “crítica” tem de estar na definição da história e, por conseguinte, do historiador.

Já se falou, nessa oportunidade, de *passado* e de *visão crítica*. A essas duas expressões, que deveriam fazer parte do conceito de história, pode-se, outrossim, adicionar a esse conceito a *transformação* e o *fator humano*. Aquela, por ser a essência da história; e este, o ser humano, por ser o único capaz de executar tal tarefa (CASTRO, 2009). Assim, pode-se



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

chegar à conclusão de que o homem é o objeto da História, ou seja, “o estudo da História concentra-se no Ser Humano e a sucessão temporal de seus atos.” (CASTRO, 2009, p. 2). Deste modo, “a história é a história do homem, visto como um ser social, vivendo em sociedade. É a história das transformações humanas, desde o seu aparecimento na terra até os dias em que estamos vivendo.” (BORGES, 1993, p. 48).

Para Albergaria (2012), os seres humanos são, simultaneamente, atores e observadores da História. Eles têm consciência, ou seja, sabem da importância dos fatos em suas vidas e, munidos desses conhecimentos, tentam modificar tudo aquilo que não os agrada ou que simplesmente pode ser melhor, o que demonstra a importância da História.

Há uma tentativa de explicação do Ser Humano estudando a sua própria espécie, por Veyne. Segundo ele, há dois motivos para isso:

Primeiramente, o fato de pertencermos a grupo nacional, familiar [...] pode fazer com que o passado desse grupo tenha um atrativo particular para nós [seres humanos pertencentes a esse grupo]; a segunda razão é a curiosidade, seja anedótica ou acompanhada de uma exigência da inteligibilidade (VEYNE, 1998, p. 69).

Assim, na tentativa de criação de um conceito para a história, levando em consideração tudo que foi tratado nessa primeira parte deste trabalho, chegou-se a este: História é o passado da humanidade, bem como o seu estudo, normalmente feito pelos historiadores, com uma visão crítica, levando-se em consideração, as transformações ocasionadas pelo homem na sociedade, com seus atos, ao longo do tempo.

Sabe-se, agora, o que é a história. Mas, para que ela serve? Eis a resposta: “A função da história, desde seu início, foi a de fornecer à sociedade uma explicação sobre ela mesma.” (BORGES, 1993, p. 49). Dessa maneira, “saber o que o homem fez em sociedade desde que está na Terra mostra muito sobre o próprio homem, ajuda a entendê-lo e a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

entender as sociedades. É como o fato de se saber o que faz e fez uma pessoa. Ajuda a entendê-la” (idem, *ibidem*, p. 54).

Ainda sobre a importância e função da História, Albergaria (2012) leciona que para que o ser humano possa entender quem é, como pensa e como sente, é necessário que se tenha consciência da sua história, do seu passado. Para ele, deve-se aprender, com a História, o que Homem já fez e deu certo, para repetir; bem como perceber o que deu errado, para tentar evitar esses erros. Só quem conhece a história consegue entender seu sentido e utilizá-la como ferramenta para melhorar o presente e, quem sabe, antever um pouco o futuro.

A fim de fornecer uma explicação à sociedade sobre ela mesma e tentar repetir acertos e evitar erros, a história, hodiernamente, aproxima-se cada vez mais das outras áreas do conhecimento que estudam o homem (a Sociologia, a Antropologia, a Economia, a Geografia, a Psicologia, a Demografia, e outras).

A estas áreas do conhecimento, elencadas no parágrafo anterior, adiciona-se, nestas linhas, o Direito. Este sempre tem ajudado a história a dar algumas explicações para a sociedade. Muitas vezes o Direito serve, até mesmo, de fonte para a história, e, em outras oportunidades, busca, na história, respostas para questões hodiernas; entretanto, sobre a relação entre os dois, tratar-se-á adiante.

3. Direito: conceito e alguns apontamentos

Sobre a origem do termo “Direito”, há a seguinte doutrina:

A palavra “Direito”, bem como ele próprio no sentido amplo da Ciência do Direito, vem dos Romanos antigos e é a soma da palavra DIS (muito) + RECTUM (reto, justo, certo); ou seja, Direito em sua origem significa o que é muito justo, o que tem justiça (CASTRO, 2009, p. 2).

Sabendo, portanto, que a palavra “Direito” formou-se desta junção latina (*dis + rectum*), pode-se entendê-la, segundo um verbete de



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

De Plácido e Silva, como “tudo aquilo que é conforme à razão, à justiça e à equidade” (*apud* NASCIMENTO, 2001, p. 7).

Nos dizeres de Reale (2011, p. 64), “a palavra Direito tem diferentes acepções, o que pode parecer estranho, mas já advertimos que é impossível nas ciências humanas ter-se sempre uma só palavra para indicar determinada ideia e apenas ela.” Não se pode negar a verdade do comentário de Reale. Todavia, pode-se acrescentar que, não obstante a palavra “direito” se apresente com uma diversidade de acepções, e cada uma com suas peculiaridades, elas se inter-relacionam.

Sobre essa questão, discutida no parágrafo acima, há o seguinte comentário, cheio de detalhes, *verbis*:

O vocábulo direito pertence à classe das palavras analógicas – aquelas que têm sentidos diferentes, mas com ligação, conexão, entre si. Assim, se se diz que Direito é uma lei, uma norma, há uma classificação de tal ciência com objetividade. Para se entender Direito em sentido subjetivo, tem-se de entendê-lo como uma possibilidade de dispor do que pertence a alguém ou concessão de uma atitude a outrem na área que é particular a alguém, e, se se pensa o direito como aquilo que é correto, reto, perfeito, a qualidade justiça é que vale mais. Como palavra analógica, pode-se perceber que tanto o caráter objetivo quanto o subjetivo ou na questão da qualidade, o que se fala em direito tem ligação entre si. Há, portanto, conexão de ideias, embora com significados diferentes (VELOSO, 2005, p. 22).

Assim como a “história”, como pode ser visto no tópico anterior, o “direito” também é uma palavra analógica (sentidos diferentes, mas com ligação entre estes).

Apesar de parecer simples dar uma definição para o Direito, esta é uma tarefa demasiado complexa. Nesse sentido, o Direito pode ser definido, assim como a História (vide “tópico 2”), de diversas maneiras. Deste modo, semanticamente, “o vocábulo direito é polissêmico, por ter mais de um significado para um único verbete.” (VELOSO, 2005, p. 22).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Entendendo, portanto, a palavra direito como polissêmica, ter-se-ão, assim, muitas acepções para ela. Dessa forma, Direito pode ser um curso superior que forma bacharéis; pode ser ainda, o ordenamento jurídico de um país (Direito brasileiro, Direito argentino, alemão, etc.); pode, outrossim, ser um direito subjetivo de alguém; pode ser utilizado como sinônimo de Justiça, como fato social, entre outras possibilidades.

Indo pelo mesmo caminho do parágrafo anterior, Dimoulis (2008) distingue quatro significados diferentes do termo “Direito”. No primeiro, ele escreve que: “Direito é o justo, aquilo que cada pessoa deve fazer ou deixar de fazer em uma sociedade bem ordenada e justa. Este significado está relacionado com o termo latino *directum*, que significa reto, bem direcionado, correto.” (DIMOULIS, 2008, p. 18-19). No segundo significado para o termo, ele diz que: “Direito é aquilo que alguém pode fazer, exercendo uma faculdade [...], exigindo uma prestação [...] ou omissão [...]. Esta é definição do „direito subjetivo”” (idem, ibidem, p. 19) – de onde a ideia da *facultas agendi*. Em uma outra definição, Dimoulis registra: “Direito é o estudo das normas jurídicas [...]. Aqui o termo „direito” designa o conjunto das disciplinas jurídicas, que muitos denominam „ciências jurídicas”” (idem, ibidem, p. 19).

Em uma última tentativa de mostrar mais uma definição que é a dada ao direito, Dimoulis ensina que este “é o conjunto de normas que objetivam regulamentar o comportamento das pessoas na sociedade. Essas normas são editadas pelas autoridades competentes e preveem, em caso de violação, a imposição de penalidades por órgãos do Estado.” (DIMOULIS, 2008, p. 19) – eis a ideia da *normas agendi*.

Soibelman preleciona que:

Existem dezenas de definições do Direito, e Kant admitiu que não havia uma definição que satisfizesse a todos. É que a definição exige um estudo prévio para separar o direito das normas de outra natureza que regem a vida humana, tais como as regras morais, a de adesão a uma filosofia que conceitua o jurídico desta ou daquela forma, por antecipação ao conjunto com a realidade que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

deverá ser reconhecida como jurídica (SOIBELMAN, 1981, p. 120).

Concorda-se, por evidente, com Soibelman, quando ele enfatiza a dificuldade em se definir o Direito. Já se mostrou, nos parágrafos acima, o caráter analógico e polissêmico do Direito. Cabe, ainda, ressaltar, nessa oportunidade, que o conceito de Direito sofre mudanças ao longo dos tempos. Dimoulis elenca dezoito definições do direito na “Lição 1” de seu livro *Manual de introdução ao estudo do direito*, mostrando exatamente essa ideia de diferença entre os conceitos. Entre os pensadores que ele, Dimoulis, trabalha, buscando o conceito de Direito, pode-se elencar Platão, Aristóteles, Celso e Ulpiano, Tomás de Aquino, Thomas Hobbes, Samuel Pufendorf, Baruch Spinoza, Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant, Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Friedrich Carl von Savigny, Karl Magnus Bergbohm, Eugen Ehrlich, Hans Kelsen, Yevgeniy Bronislavovich Pachukanis, Robert Alexy, Eros Roberto Grau. E passa pelos estoicos, como fundamento.

Pensando nas convergências das definições dos pensadores elencados acima, Dimoulis (2008) percebe que os pontos em comum existentes nesses conceitos são a relatividade histórica do Direito e o Direito como *dever ser* social e a coerção. Esses são elementos presentes nas definições, daqueles autores citados, feitas em diversos períodos históricos.

Sobre a relatividade histórica do Direito, Dimoulis (2008) leciona que a definição do Direito não pode ser válida para todas as sociedades e para todos os tempos. Nesse sentido, fica evidente o dinamismo do Direito. Como exemplo disso, têm-se as palavras de que “O direito que conhecia Platão ou Aristóteles era diferente do direito cristão da época medieval e este último é diferente do direito capitalista da atualidade.” (DIMOULIS, 2008, p. 35).

Em todas as definições, os autores dos conceitos de Direito consentem que ele é composto de normas que regulamentam o comportamento das pessoas na sociedade, mostrando, assim, a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

característica do *dever ser* social do Direito. Por fim, “um outro elemento em comum das várias definições encontra-se na constatação de que o direito é um dever ser de particular natureza [...] um *dever ser* particularmente forte e ameaçador.” (DIMOULIS, 2008, p. 38), o que demonstra a presença do elemento “coerção” nos conceitos de direito.

Refletindo um pouco sobre as divergências ideológicas nas definições de Direito, Dimoulis comenta que “esses elementos em comum não escondem as grandes divergências entre as definições do direito. Quando se trata de autores que viveram em épocas diferentes podemos explicar as diferenças lembrando da relatividade histórica das experiências jurídicas.” (DIMOULIS, 2008, p. 38). Todavia, quando os autores atuaram no mesmo período e contexto, e às vezes até na mesma cultura, e mesmo assim divergem nas definições do Direito, deve-se, a divergência, “ao fato de que cada um adota uma ótica diferente, devido às suas concepções filosóficas e científicas.” (DIMOULIS, 2008, p. 39), como já explicou Soibelman, em palavras anteriormente transcritas.

Pensando o Direito em qualquer uma das suas definições, mas, observando, principalmente, a última definição feita por Dimoulis, já supracitado, e entendendo o Direito, em um sentido comum, como “o conjunto de normas para a aplicação da justiça e a minimização de conflitos de uma dada sociedade.” (CASTRO, 2009, p. 2), pode-se perceber o fator humano. Tanto é que “estas normas, estas regras, esta sociedade [presentes no conceito acima] não são possíveis sem o Homem, porque é o Ser Humano quem faz o Direito e é para ele que o Direito é feito.” (CASTRO, 2009, p. 2). Aqui, percebe-se a mister importância do indivíduo na confecção do Direito e a quem ele se destina.

Ráo comenta sobre essa dependência do fator humano. Segundo ele, “o direito pressupõe, necessariamente, a existência daquele ser e daquela atividade. Tanto vale dizer que pressupõe a coexistência social, que é o próprio homem.” (1995, p. 51). Nesse mesmo diapasão, a doutrina ensina que:



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

O ser humano é gregário por natureza, não só pelo instinto sociável, mas também por força de sua inteligência, que lhe demonstra que é melhor viver em sociedade para atingir seus objetivos. O homem é “essencialmente coexistência”, pois não existe apenas, mas coexiste, isto é, vive necessariamente em companhia de outros indivíduos. Com isso, espontânea e até inconscientemente, é levado a formar grupos sociais: famílias, escola, associações esportiva, recreativa, cultural, religiosa, profissional, sociedades agrícola, mercantil, industrial, grêmio, partido político, etc. (DINIZ, 2012, p. 260).

Nesse sentido, frente às reflexões apresentadas sobre a História e o Direito enquanto ciências, fica evidente a importância das duas áreas, bem como uma clara das suas relações com o Homem. Não se faz História ou Direito sem se perceber as constantes transformações da sociedade e os mecanismos tradicionais e legais que conformam as relações sociais. História e Direito, nesse contexto, se inter-relacionam, permitindo, dessa forma, compreender, com maior eficácia, uma História do Direito.

4. História do Direito: conceito e convergência de duas áreas do conhecimento

Rabinovich Berkman (2011) entende que existem duas *áreas do saber* presentes na *História do Direito*, todavia, mesmo sendo um jurista, pelas suas palavras, não desvalorizando o Direito (logicamente), percebe-se uma exaltação da História. Para ele, quando se diz “História do Direito”, faz-se referência a duas ciências: a histórica e a jurídica. Dessa forma, assumir-se-ia como proposta a existência de uma terceira disciplina. Esta teria suas peculiaridades, mas sempre seria uma ciência histórica. Ainda sobre essa questão, esclarece:

O fato de tratar-se de uma disciplina histórica significaria que as pessoas que a cultivam buscam pesquisar, descobrir e



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

recriar o passado humano. O fato de ser “jurídica” implicaria que elas se interessariam especificamente pelos aspectos do passado vinculados ao direito de modo mediato ou imediato (RABINOVICH-BERKMAN, 2011, p. 1).

Destarte, quem optar por trabalhar com essa disciplina *História do Direito* deverá utilizar as ferramentas críticas e as categorias terminológicas de ambas as disciplinas: a História e o Direito (RABINOVICH-BERKMAN, 2011).

Ao contrário do que prega Rabinovich-Berkman, Albergaria valoriza o Direito no que diz respeito a essa relação *História-Direito*, e, assim, ele acusa, tempestivamente, sobre a importância da História do Direito e o seu papel *sine qua non* para se entender a sociedade e a humanidade. Para ele,

é importante destacar que o Direito é a própria História da nossa humanidade. Não há como separar os dois elementos. Apesar de a História poder ser vista por várias facetas, tais como pelas artes, pela culinária, pela filosofia, pela medicina, pelo desenvolvimento científico e tecnológico, é justamente pela noção jurídica dos povos que se tem uma correta interpretação do mundo pretérito e de cada cultura (ALBERGARIA, 2012, p. 4).

Dessa forma, percebe-se, portanto, que a História do Direito, tratada como disciplina ou como segmentação para fins de estudos, é apresentada como a História do próprio mundo jurídico, como um todo. Nesse sentido, “o objetivo da história do direito é a interpretação dialética do fenômeno jurídico e seu dimensionamento em função do tempo.” (DINIZ, 2012, p. 249).

Wolkmer disserta que se pode,

ademais, *conceituar* a História do Direito como parte da História geral que examina o Direito como fenômeno sociocultural, inserido num contexto fático, produzido dialeticamente pela interação humana através dos tempos, e



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

materializado evolutivamente por fontes históricas, documentos jurídicos, agentes operantes e instituições legais reguladoras (WOLKMER, 2010, p. 5).

Nesse ínterim, pode-se dizer que “a história do direito estuda as instituições jurídicas dos povos civilizados nas fases sucessivas de seu desenvolvimento. Baseia-se em documentos, representados por escritos ou por monumentos chegados até nós, como o Código de Hamurabi, de mais ou menos 2000 a.C.” (KLABIN, 2004, p. 21).

É interessante destacar, ainda, que o “direito não se conserva estático, mas se dinamiza e se transforma na medida em que as condições sociais assim exigem; não há como desvinculá-lo da realidade histórica, pois é preciso saber como este direito foi, até ontem, para entendê-lo, hoje, e melhorá-lo, amanhã” (AZEVEDO, 2005, p. 21).

Assim, com outros termos, mas que se completam em termos de melhor definição,

o historiador procura reviver ou reconstruir o fenômeno jurídico em sua singularidade específica a fim de compreender seu significado no tempo. Faz uma análise atual do direito pretérito para, verificando os fins que perseguiram e seus efeitos sobre a sociedade, assinalar as vantagens ou inconvenientes das normas ou instituições no passado, comparando as soluções que se deram antes ou surgiram depois, para chegar ao conhecimento de todo processo histórico do direito (DINIZ, 2012, p. 248-249).

Sabe-se que, para se fazer *História do Direito* é preciso se pesquisar as legislações da época. Mas, só as leis são suficientes como fontes para esse tipo de pesquisa? A resposta vem assim:

As fontes da história do direito, além dos escritos propriamente jurídicos, tais como leis e obras dos jurisconsultos, utilizam também documentos de ordem histórica e literária. A “história romana” de Tito Lívio; os discursos tratados de Cícero, por exemplo, completam o



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

manancial de documentos nos quais se abebera o historiador do direito romano (KLABIN, 2004, p. 22).

Pensando na finalidade de se estudar *História do Direito*, Wolkmer (2010) leciona que quanto aos *objetivos* da História do Direito, o escopo é fazer compreender como é que o Direito hodierno se formou e se desenvolveu, bem como de que maneira evoluiu na defluência dos séculos. Do mesmo modo, o intuito é o exame crítico das legislações passadas com a finalidade de exposição de suas sucessivas transformações, frisando, com efeito, os modos por que estas ocorreram, conforme as mudanças da consciência, das condições e necessidades sociais. Em resumo, a História do Direito tem uma finalidade precípua, que interpretar, criticamente, todos os caminhos que levam à visão das instituições jurídicas atuais, com alicerce no que aconteceu alhures e em tempos idos. Tudo isso, em busca de fixação de normas que tornem o Ser Humano mais social, mais condizente com a sua condição de “humano”, cumpridor das regras de convívio.

Conhece-se, agora, a importância da *História do Direito*, o seu conceito, qual o seu objeto e qual a sua finalidade. Assim, para complementar esse tópico, pretende-se relacionar, de maneira mais detalhada, a História e o Direito. Nesse sentido, além de serem palavras em que ambas têm caráter polissêmico e analógico, como já tratado, é “possível perceber que História e Direito têm [ainda] algo em comum: o Homem. Assim, partindo do Ser Humano, é necessário salientar alguns pontos primordiais.” (CASTRO, 2009, p. 3).

Dentre todos os seres vivos, o Homem é, por excelência, o que produz cultura, o que manifesta raciocínio elevado, o que valoriza a memória (história). Para inteirar o tema, é interessante recordar algumas formulações convencionais de *Cultura*. Assim, cumpre assinalar que esta pode expressar: “a totalidade das manifestações e formas de vida que caracterizam um povo.” (JAEGER, 1979, p. 7); “o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

mesmo.” (REALE, 2011, p. 25); e, ainda, que “cultura é o conjunto das práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem transmitir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social.” (BOSI, 1992, p. 16).

Os conceitos de cultura desenvolvidos no parágrafo acima vão, todos, pelo mesmo caminho; todos têm o mesmo sentido. Dessa forma, há convergências nos conceitos, pois, Jaeger, Reale e Bosi visualizam a *Cultura* como “o processo pelo qual o homem acumula as experiências que vai sendo capaz de realizar, discerne entre elas, fixa as de efeito favorável e, como resultado da ação exercida, converte em ideias as imagens e lembranças. [...]” (PINTO *apud* CASTRO, 2009, p. 4).

Pode-se, portanto, perceber que o que se tem como cultura representa um tom temporal, marcador de um tempo, fixador do momento histórico. A cultura indica, além das características do indivíduo que a professa, também indica a época, o local e até o grupo social em que está mais presente quem a manifesta. E, para confirmar isso, tem-se o ditado árabe citado por Bloch, que diz: “O Homem se parece mais com seu tempo que com seus pais.” (BLOCH, 1976, p. 36).

Nesse diapasão, pode-se concluir que,

Sendo o Direito uma produção humana, ele também é cultura e é produto do tempo histórico no qual a sociedade que o produziu ou produz está inserida. Plagiando o ditado árabe, poderíamos afirmar que o direito se parece com a necessidade histórica da sociedade que o produziu; é, portanto, uma produção cultural e um reflexo das exigências desta sociedade (CASTRO, 2009, p. 4).

Compartilhando desse pensamento, Altavila (1963, p. 8) escreve que “os direitos sempre foram espelhos das épocas.”. Para o mesmo autor,

os direitos dos povos equivalem precisamente ao seu tempo e explicam no espaço de sua gestação. Absurdos, dogmáticos, rígidos, lúdicos e liberais, - foram, todavia, os anseios, as conquistas e os baluartes de milhões de seres



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

que, para eles, levantaram as mãos, em gesto de súplica ou de enternecido reconhecimento (ALTAVILA, 1963, p. 12).

Considerações finais

Acredita-se que um maior diálogo entre a História e o Direito contribuiria para um maior avanço dessas duas *áreas do saber*. Com efeito, o Direito serviria como campo (ou como fonte) de pesquisa para a História. E já esta poderia ser útil para o melhor entendimento daquele.

Ainda pensando na relação entre as já supracitadas áreas do saber, “a história se mostra importante para o Direito no momento em que serve como conhecimento e acúmulo de experiências passadas, possibilitando uma ampliação das análises de situações jurídicas e na interpretação dos textos normativos.” (FERREIRA, 2008, p. 1). A recíproca é verdadeira. A História, outrossim, precisa do Direito. O Direito propicia à História a visão do passado que faz com que as regras do presente e do futuro sejam mais apuradas, mais justas e, sobretudo, representativas da cultura do que é Bom, Justo, Humano e apreciável. Portanto, é a noção jurídica da História é que permite que se compreenda melhor a cultura, a sociedade, a política e o sistema de um determinado povo.

Mesmo assim, um importante aspecto deve ser reafirmado quando se procura interseções entre duas áreas: não se faz História sem compreender o Homem. Não existe Direito sem a importante consideração quanto aos atos do indivíduo em sociedade. Logo, a História Jurídica só se legitimará a partir da exata compreensão das transformações sociais que alteraram a visão do homem sobre a História e sobre o Direito.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Referências Bibliográficas

- ALBERGARIA, Bruno. *Histórias do direito: evolução das leis, fatos e pensamentos*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1963.
- BLOCH, Marc Léopold Benjamim. *Introdução à história*. Tradução de Maria Manuel et al. Mira-Sintra (Portugal): Europa-América, 1976.
- BORGES, Vavy Pacheco. *O que é história*. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- BOSI, Alfredo. *Dialética da colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.
- CASTRO, Flávia Lages de. *História do direito: geral e do Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA, Eduardo Oliveira. *A importância da história para o direito*. Disponível em: <<http://cacyrodosanhos.files.wordpress.com>>. Acesso em: 12 dez. 2013.
- KLABIN, Aracy Augusta Leme. *História geral do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- JAEGER, Werner Wilhelm. *Paidea: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1979.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. *Lições de história do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- PINHEIRO, Ralph Lopes. *História resumida do direito*. 11. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2004.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo David. *Trilhas abertas na história do direito: conceitos, metodologia, problemas e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares do direito*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1981.
- VELOSO, Waldir de Pinho. *Filosofia do direito*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.
- VEYNE, Paul. *Como escreve a história: Foucault revoluciona a história*. Tradução de Alda Baltar e Maria Auxiliadora Kneipp. 4. ed. Brasília: Ed. UnB, 1998.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

BACHARELISMO E ENSINO JURÍDICO: A IMPLANTAÇÃO DO MODELO TECNICISTA NA EDUCAÇÃO JURÍDICA E A PROLIFERAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO COMO FATORES PREPONDERANTES PARA O “DECLÍNIO” HODIERNO DO FENÔMENO BACHARELÍSTICO

Renat Nureyev Mendes (FCJ /UEMG)

Yury Vieira Tupynambá de Lélis Mendes (FADIR /UNIMONTES)

Resumo:

O fenômeno do Bacharelismo se fez presente em toda a história do Brasil independente. Para ratificar essa afirmação, basta olhar para os grandes personagens de nossa história: quase todos eles eram Bacharéis em “Ciências Jurídicas e Sociais”. Em outras palavras, os Bacharéis estiveram presentes em vários grandes momentos históricos de nosso país. Destacaram-se na Política, na Literatura, no Jornalismo, dentre outras possibilidades. No entanto, da segunda metade do século passado aos dias atuais, alguns fatores, relacionados ao Ensino Jurídico pátrio, foram primordiais para que o fenômeno em tela não mais tivesse toda aquela “força” de outrora; e os seus integrantes deixassem de ser absolutos na vida social, política e cultural do Brasil. Partindo desse pressuposto é que pretendemos, através de uma pesquisa bibliográfica, refletir sobre essa questão: se a implementação do tecnicismo jurídico, aliada à proliferação dos Cursos de Direito no Brasil, foram preponderantes para o “declínio” do fenômeno bacharelístico.

Palavras-chave: Bacharelismo. Ensino Jurídico. Tecnicismo Jurídico. Proliferação dos cursos de Direito. Declínio.

1. Introdução

É indubitável que os Bacharéis (em *Direito* ou *Ciências*



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Jurídicas e Sociais), em toda a história do Brasil independente (e talvez até antes disso, como veremos), se fizeram presentes, até de maneira predominante, na vida política, social e cultural do país, o que acabou por caracterizar o fenômeno do Bacharelismo⁹⁸.

Vários foram os eventos históricos que contaram com a participação bacharelesca, inclusive de maneira fundamental, em alguns deles. Na política, na literatura, no jornalismo, em todas as facetas sociais possíveis, os Bacharéis se aventuraram e se destacaram.

Acontece, porém, que, da segunda metade do século passado aos dias atuais, alguns acontecimentos, ligados ao Ensino Jurídico, acabaram por “prejudicar” o crescimento e desenvolvimento do fenômeno que é objeto de estudo aqui. Destacamos, neste trabalho, dois fatores que contribuíram para o “declínio” do Bacharelismo, atualmente: a implementação do tecnicismo jurídico e a proliferação dos Cursos de Direito no Brasil.

Para se averiguar isso, se estes fatores realmente contribuíram para o “enfraquecimento” do Bacharelismo, optamos pela pesquisa bibliográfica. A partir dela, procuramos ilustrar o quadro sócio-político-cultural do Brasil independente, onde foram predominantes os Bacharéis, algo que acontecia muito em função do modo como o Ensino Jurídico se apresentava naqueles contextos. Ainda nessa primeira parte do trabalho, buscamos conceituar o fenômeno, bem como dar exemplos de grandes personagens históricos, importantes para a história nacional, que vieram das cadeiras das Faculdades de Direito, seja de Coimbra, seja de São Paulo, seja de Olinda/Recife.

Em um outro momento, levamos a discussão para a esfera relacionada ao Ensino Jurídico, principalmente. Aí, tentamos demonstrar que a implantação do tecnicismo no Ensino Jurídico, aliado à proliferação dos Cursos de Direito no Brasil, acabaram por dificultar a “ascensão” do

⁹⁸ Sempre que utilizarmos termos relacionados a “Bacharéis” ou “Bacharelismo”, dentre outros, estaremos nos referindo aos *Bacharéis em Direito*.



Bacharelismo. Esses dois fatores fizeram, acreditamos, com que o fenômeno Bacharelístico perdesse espaço, tanto na esfera política, como na sócio-cultural.

No entanto, é importante frisar que, ainda hoje, os Bacharéis se destacam nos diversos aspectos da nossa vida em sociedade. O que pretendemos demonstrar é que isso acontece em menor intensidade do que em outrora. E, a nosso ver, por causa dos fatores já elencados, dentre outros (que não discutiremos aqui).

2. O Bacharelismo na História do Brasil: do auge ao declínio

“Sem o Direito, sem o Jurista, sem o Advogado, não há desenvolvimento”.

(Pedro Paulo Filho)

A fala de Paulo Filho (1997), na epígrafe deste tópico, é ilustrativa da importância que os Bacharéis tiveram ao longo da História Nacional. Foram eles fundamentais para a formação e evolução do Estado Brasileiro; estiveram, eles, “presentes em todos os grandes movimentos do Brasil desde sua formação como colônia, passando pela independência, a abolição da escravatura, proclamação da República, na luta contra a ditadura e redemocratização até os dias de hoje” (FERREIRA, 2015).

Em outras palavras, os Bacharéis de Direito, no Brasil,

tiveram papel fundamental na estruturação do Estado, ocupando os mais importantes cargos públicos e espalhando-se por todos os poderes, seja no Império, seja na República. De fato, à exceção, talvez de alguns revezamentos com a aristocracia de farda, os bacharéis, guiados pelos ideais da Revolução francesa, estiveram metidos em praticamente todos os grandes acontecimentos políticos da história brasileira (KOZIMA, 2008, p. 379).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Ao observarmos os dados colhidos por Carvalho (2003), perceberemos que existia, efetivamente, uma predominância dos letrados na vida política do Brasil. Durante todo o período Imperial, a maioria esmagadora (cerca de 90%) de Ministros era composta por eles, o que “mostra uma elite altamente educada” (CARVALHO, 2003, p. 78). O mesmo acontecia com os Senadores, pois 85% deles tinham Educação Superior. Em resumo, podemos dizer que, no Brasil Imperial, “a educação era a marca distintiva da elite política” (FREY apud CARVALHO, 2003, p. 79).

Dentre os letrados, o “Direito” era dominante. Tanto em relação aos Ministros, quanto em relação aos senadores, a formação jurídica se mostrou predominante. Nas duas “carreiras”, os Bacharéis sempre foram maioria. Nas primeiras décadas do Brasil Independente, mais de 50% tinham formação jurídica dentre os Ministros; o mesmo acontecendo com os Senadores, que contabilizavam em seu corpo político mais de 60% de Bacharéis. De 1840 adiante, o domínio dos Bacharéis em Direito, de acordo com Carvalho (2003), foi esmagador, pois mais de 80% dos Ministros eram formados em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais), o mesmo acontecendo com os Senadores.

Em síntese, no século XIX e início do XX, “é impossível pensarmos o funcionamento do estado brasileiro sem a participação e institucionalização desenvolvido por advogados” (SILVA, 2005, p. 13).

Até porque está aí a predestinação dos bacharéis no Brasil: fazerem parte da burocracia estatal, tornarem-se funcionários do Rei (CABRAL, 1996). Como dissemos, eram os letrados (para não dizer os Bacharéis) que tinham vocação para a burocracia. Ou seja, “o funcionalismo não era vocação de todos [...], mas sim das minorias urbanas, sobretudo de seus elementos mais educados e mais agressivos” (CARVALHO, 2003, p. 165).

Além do destaque político, os Bacharéis também se arriscaram nas letras, seja com o jornalismo, seja com a literatura. Dito de outro



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

modo, a produção desses juristas se definiu pelo ecletismo, englobando “a militância política, o jornalismo, a literatura, a advocacia e, sobretudo, a ação no interior do gabinete” (ADORNO apud SCHWARCZ, 1993, p. 174).

Ao lançar os olhos para os personagens brasileiros que se destacaram em nossa História, perceberemos que um número considerável deles são bacharéis; tem, portanto, uma formação jurídica.

Desde o período Colonial, com os egressos da Faculdade de Direito de Coimbra, passando pelo Período Imperial, com as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda/Recife, até a atualidade, os Bacharéis desempenharam, e ainda desempenham, importante papel na vida nacional (MENDES; MENDES, 2014, p. 175).

Assim, “a notória presença, quando não predominância, dos Bacharéis em Direito no primeiro século e meio do Brasil independente e soberano, é realidade incontestável” (KOZIMA apud MENDES; MENDES, 2014, p. 176).

Vários são os exemplos dos Bacharéis que se destacaram na política e/ou nas letras, ou ainda em alguma outra possibilidade sócio-político-cultural. A citação a seguir é ilustrativa nesse sentido:

A supremacia dos Advogados e Bacharéis na história política nacional está bem identificada na maioria dos Presidentes da República, egressos das Faculdades de Direito, a partir da proclamação de 15 de novembro de 1889, a saber: *Prudente de Morais* (1894-1898); *Campos Sales* (1898-1902); *Rodrigues Alves* (1902-1906); *Afonso Pena* (1906-1909); *Nilo Peçanha* (1909-1910); *Venceslau Brás* (1914-1918); *Delfim Moreira* (1918-1919); *Epitácio Pessoa* (1919-1922); *Arthur Bernardes* (1922-1926); *Washington Luiz* (1926-1930); *Júlio Prestes* (01.03.1930 a 01.03.1930), *Getúlio Vargas* (1930-1945 e 1951-1954); *José Linhares* (1945-1946); *Café Filho* (1954-1955), que não concluiu o curso, mas exerceu a Advocacia, após exame no Tribunal de Justiça de Natal; *Carlos Luz* (9/11 a



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

11/11 de 1955); *Nereu Ramos* (1955); *Jânio Quadros* (31/01 a 25/08/1961); *João Goulart* (1961-1964); *Ranieri Mazilli* (2/04 a 15/04/1964); *Tancredo Neves* (eleito em 15/01/85, mas faleceu em 21/04/85) e *José Sarney* (1985-1990) (FERREIRA, 2015 – *Grifos nossos*).

A esse fenômeno, em que há uma predominância dos Bacharéis de Direito na vida social, política e cultural de um país, damos o nome de Bacharelismo, concordando com Holanda (apud SANTOS; CASIMIRO, 2012), Kozima (2008) e Mendes e Mendes (2014).

Vainfas (2002) aponta a gênese do Bacharelismo como sendo no Império, e sua sobrevivência, na República. No entanto, embora pareça contraditório, “a História do Direito Brasileiro é muito mais antiga que a História do Brasil, ela se embaraça nos seus primórdios e desenvolvimento com o Direito Lusitano” (FERREIRA, 2015). Desta feita, podemos considerar que “as origens do Bacharelismo deitam suas raízes em Portugal”, onde era recorrente “a significativa participação de juristas nos conselhos da Coroa desde o alvorecer do Estado português” (MENDES; MENDES, 2014, p. 174).

Dito de outra forma, no Brasil, “se fatores de ordem econômica e social – comuns a todos os países americanos – devem ter contribuído largamente para o prestígio das profissões liberais, convém não esquecer que o mesmo prestígio já as cercava tradicionalmente na mãe-pátria” (HOLANDA, 1995, p. 157). “Em quase todas as épocas da história portuguesa uma carta de bacharel valeu quase tanto como uma carta de recomendação nas pretensões a altos cargos públicos” (HOLANDA, 1995, p. 157).

No Brasil, inspirado pelo modelo luso de valorização dos Bacharéis, até quando mulato, o Bacharel gozava de certo prestígio, ou, nas palavras de Gilberto Freyre (2003), gozava de vantagens de branco. Era como se, ao “doutorar-se” (formar-se Bacharel), o indivíduo mulato pudesse “embranquecer” a sua pele, ganhando o prestígio que todos queriam ter na época, pois até a etimologia da palavra “Bacharel” alude aos efeitos enobrecedores que este grau outorgava a seu portador. Ou



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

seja, “Bacharel” deriva de um jovem cavaleiro servindo sob outra bandeira, e a origem do designativo pode ser remontada à expressão francesa *bas Chevalier*, literalmente “Baixo Cavaleiro” (CASTRO JR.; REITER, 2007, p. 86).

Acreditamos que o sucesso (incluindo o prestígio social) do Bacharel brasileiro se deu muito em função da sua formação acadêmica; esta o levou a alçar voos mais altos e, por conseguinte, participar de variados e importantes eventos históricos, sendo, inclusive, a “pedra angular” em muitos deles. No contexto de criação dos Cursos de Direito no Brasil,

sob inegável inspiração iluminista, pretendia-se oportunizar ao estudante de Direito uma formação humanística plena, de modo a permitir que o Bacharel em Direito fosse pessoa não apenas conhecedora técnica jurídica, mas conhecedora de toda potencialidade humana (MORAN, 2009, p. 75).

Nesse diapasão,

para ingressar no Curso Jurídico era necessário um tempo (dois anos) de ‘Preparatórios’ chamado *Curso Anexo*, funcionando nas próprias Faculdades, com nome de *Colégio de Artes* e as seguintes disciplinas: Latim (em prosa e verso), Francês e Inglês (em prosa e verso), Retórica e Poética, Lógica, Metafísica e Ética, História e Geografia, ou seja, um verdadeiro Curso de Humanidades (CARDOSO, 1998, p. 88-89).

Desta forma, “a orientação geral destes estudos era humanística e fortemente enraizada na tradição romana, quer dizer latina, e, como resultado, a educação [era] extremamente generalista e universal” (CASTRO JÚNIOR; REITER, 2007, p. 85).

Podemos, desta forma, depreender “acentuado hibridismo na formação jurídica, fruto de um Ensino Livre, que valorizava atividades políticas, jornalísticas e literárias, dentre outras” (MENDES; MENDES, 2014, p. 178).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Em função dessa cultura geral e da visão ampla das relações humanas proporcionadas pelo estudo jurídico desse período, o conhecimento do Bacharel foi sempre útil em toda e qualquer atividade que ele veio a tentar se dedicar (FIUZA, 2010), daí existir o fenômeno do Bacharelismo. O Ensino Jurídico contribuiu para que os Bacharéis se destacassem em qualquer área em que se aventurassem.

Além da importante formação humanística, o “autodidatismo” também foi fundamental para que o Bacharel se destacasse perante a sociedade. Ele contribuiu para complementação da formação essencial para que o Bacharelismo pudesse existir e se sustentar. Destarte, “o autodidatismo é característico dos juristas brasileiros desde os primeiros que se formaram em Olinda e São Paulo” (DEFINA, 2003, p. 170).

Em resumo,

a iniciação nas Academias Jurídicas permitia uma identidade cultural apta ao exercício da advocacia, da literatura, do periodismo e da militância política. Para além do envolvimento com a política nacional, foi o periodismo universitário a ação prática que mais absorveu e se incorporou à formação intelectual do acadêmico das leis (WOLKMER, 2014, p. 105).

Foram das fileiras das Faculdades de Direito, a partir dessa formação humanística, que “saíram grandes políticos – entre ministros, senadores, governadores e deputados –, pensadores que ditaram os destinos do país” (SCHWARCZ, 1993, p. 142). “Além dos aspectos políticos, estavam metidos, também, os bacharéis: nas artes, nas ciências, na literatura, na música, no jornalismo, no teatro, etc” (MENDES; MENDES, 2014, p. 178), como já esclarecido.

Acontece, no entanto, que o Bacharelismo, fenômeno que perdurou forte durante, principalmente, toda a história do Brasil Independente, na segunda metade do século XX, com o advento da Escola Tecnicista, passa a ter algumas baixas, diminuindo, por exemplo, o número de Bacharéis notáveis na Política e nas Letras. E essa situação é



ainda agravada com os acontecimentos relacionados ao Ensino do Direito que ocorreram no atual século.

Dentre outras possibilidades, entendemos, aqui, que dois fatores são fundamentais para se compreender esse “enfraquecimento” do Bacharelismo. Acreditamos que i) a implementação do Tecnicismo, tentando superar a formação humanística e valorizando em demasia o Ensino técnico; aliada ii) à proliferação dos Cursos Jurídicos, a partir de 2002, foram fatores decisivos para que houvesse uma amenização na força do Bacharelismo e para que os Bacharéis não mais fossem hegemônicos e, talvez, não mais predominantes na vida social, cultural e política do país.

Partindo do pressuposto de que “a vida acadêmica e a formação cultural e profissional do bacharel em Direito [de outrora] ia bem além da dinâmica do ensino e aprendizagem atual” (SANTIN; LORENZONI, 2013, p. 54), e que algumas mudanças hodiernas na Educação acabaram por prejudicar que o fenômeno do Bacharelismo se expandisse, ou ao menos se mantivesse robusto, no próximo tópico, refletiremos sobre isso, dando ênfase à questão da raiz do problema: a formação dos Bacharéis (o Ensino Jurídico).

3. O panorama atual do Bacharelismo brasileiro e os fatores que levaram ao seu declínio

Atualmente, o Bacharelismo insiste em manter-se vivo e, ademais, forte. E, para o bem da Sociedade, é melhor assim. Não vislumbramos o fim deste fenômeno, até por que seria isso um “retrocesso social”, no nosso entender. No entanto, da segunda metade do século XX aos dias hodiernos, principalmente, acabamos por perceber um “enfraquecimento” do Bacharelismo brasileiro. Acreditamos que as explicações para tal acontecimento possam ser encontradas no Ensino Jurídico do País e nas mudanças enfrentadas por ele ao longo das últimas décadas.

Se antes era nítida a valorização do Bacharel pela Sociedade,



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

hodiernamente não são raros os casos de sátiras à figura bacharelesca⁹. Se antigamente era incontestável a presença, quando não predominância (como vimos acima), dos Bacharéis na vida política, social e cultural, hoje esses personagens tem que dividir o palco com outros atores sociais. Se em outrora poder-se-ia viver em função do Bacharelado, e das façanhas que o diploma de Bacharel proporcionava, atualmente isso não mais é possível. Os Bacharéis têm, na contemporaneidade, que se reinventar, correndo o risco de perderem a histórica hegemonia sócio-político-cultural.

Dois são (entre outros), no nosso entender, os fatores que acabaram por prejudicar, em um sentido amplo, que o Bacharelismo se mantivesse forte, robusto (como em outrora) nas últimas décadas: a implementação do tecnicismo no Ensino Jurídico e a proliferação dos Cursos de Direito no atual século. É importante frisar, ainda, que outros fatores existiram e existem, todavia pretendemos utilizar o Ensino Jurídico (a base de todo o Universo Jurídico) para explicarmos o “declínio” do fenômeno bacharelesco.

Como vimos, durante grande parte da história do Ensino Jurídico brasileiro, houve uma valorização da formação humanística no ensino do Direito. Porém, com o alvorecer da década de 60 do século passado, surge um outro modelo. “O modelo do profissional tecnicista nasce com a Reforma Universitária (Lei n.º 5.540/68) e se concretiza na reforma curricular dos cursos de direito (Resoluções n.º 03/72¹⁰ e 15/73)”

⁹ Vide: SONTAG, Ricardo. *Triatoma Bacculaureatus: Sobre a Crise do Bacharelismo na Primeira República*. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 67-78, jan./jun., 2008.

¹⁰ “Verificada, portanto, a necessidade da reestruturação, o ensino jurídico passou a ser regido pela Resolução 3/72, de 25 de fevereiro de 1972 do Conselho Federal de Educação, que determinou a exigência de três disciplinas básicas, oito disciplinas profissionais e duas disciplinas eletivas obrigatórias, distribuídas em 2.700 horas de atividades, no mínimo, acrescidas de 300 horas de prática forense sob a forma de estágio supervisionado, estrutura curricular praticamente inalterada nos dias atuais” (MORAN, 2008, p. 76-77).



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

(LIMA, 2005, p. 75).

Assim,

junto com os militares, o tecnicismo lançou raízes no modelo educacional nacional. A ideia era reparar a desconformidade entre o enquadramento educacional e as injunções da vida profissional. A distância entre teoria e prática desarmava o recém-graduado quando colocado diante das complexidades da ‘vida prática’ (DEFINA, 2003, p. 173).

As razões da implementação da Reforma Universitária foram esclarecidas por Paviani e Pozenato (apud LIMA, 2005, p. 75) na citação que se segue:

O principal motivo que levou à Reforma Universitária brasileira foi a tomada de consciência de que não havia universidades no país e sim apenas instituições de ensino superior, agências de formação de profissionais liberais. A atividade de formação profissional, que deveria ser decorrência da atividade universitária, era na realidade sua meta exclusiva. Em consequência, a Universidade brasileira não era um centro de ciência e de cultura e também não correspondia às funções que deveria exercer na sociedade. [...] Um motivo mais imediato, e de maior força, foi a nova situação criada no país com o surto desenvolvimentista deflagrado pelo Governo de Juscelino Kubitschek. O desenvolvimento mostrou a necessidade de uma diversificação maior de habilitações profissionais, além das tradicionais profissões liberais; passou a exigir a participação da Universidade na elaboração de novos conhecimentos, científicos e tecnológicos; e, sobretudo, provocou um crescimento explosivo da demanda pela formação universitária, até então buscada somente pelas elites sociais. Diante de todas essas novas exigências, constatou-se que a Universidade brasileira se encontrava despreparada, obsoleta, elitista, bacharelesca, em suma, afastada da missão cultural e científica que dela passava agora a esperar a sociedade (impunha-se, agora, com



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

clareza, à consciência nacional, a necessidade de uma reforma universitária).

Além disso, os interesses da “Ditadura Militar” se chocariam com um pensamento mais humanístico e crítico, proporcionado pelo Ensino humanista; assim, aproveitando-se os militares do contexto de surto desenvolvimentista e industrial, procuraram romper com esse modelo, e implantar um outro, menos reflexivo e mais fácil de se ter um controle social: o modelo Tecnicista. Em suma, o Ensino Jurídico, nesse sentido, foi mais uma “vítima” do Regime Militar de Exceção.

Desta feita, com o advento da Escola Tecnicista, “as necessidades impostas pela sociedade industrial, consolidada nos anos 50, modificaram a concepção da didática” (MORAN, 2008, p. 74). Ou seja, “com a derrocada do modelo escolanovista após o golpe militar de 1964, a ciência da educação passou a ostentar a bandeira do modelo tecnicista, valorizando, sobremaneira, a formação profissional dos estudantes, em detrimento da sua própria formação humanística” (MORAN, 2008, p. 76).

Nesse contexto, “o modelo de ensino jurídico humanista entrou em crise, uma vez que se encontrava divorciado dos objetivos da Reforma Universitária” (LIMA, 2005, p. 75). Esse rompimento com o modelo anterior (modelo este que, inclusive, contribuiu para com o fenômeno que é objeto deste estudo) foi tão intenso que, “na década de sessenta, o CEPED – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito desenvolveu estudos questionando o Bacharelismo” (LIMA, 2005, p. 75).

Ainda hoje, percebemos o quão tecnicista ainda é o Ensino Jurídico, pois “o ensino universitário do direito é centrado na ‘teoria’, isto é, no aprendizado do conteúdo das normas em vigor e na discussão de ‘casos práticos’ simplificados” (DIMOULIS, 2011, p. 260). E isso só ratifica a questão de que as disciplinas do eixo profissional de formação não se sustentam sozinhas, tendo, dessa forma, que contar com a contribuição das chamadas disciplinas propedêuticas (eixo fundamental de formação), se quisermos ter, ainda, um pouco da formação



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

humanística que fez grandes os Bacharéis pretéritos.

De fato, é possível percebermos que esse modelo de ensino (tecnicismo) tem decepcionado, principalmente quando se observa os resultados não satisfatórios avaliados por meio do provão do Inep/MEC, como destaca Bittar (2001), além dos não menos decepcionantes resultados do Exame Nacional de Cursos (Lei nº 9.131/1995) e do Exame da OAB em todos os estados da Federação nos últimos anos, de acordo com o entendimento de Moran (2008). Em outras palavras, ficamos sem os “bacharéis” (se destacando na política e nas letras), e, outrossim, sem os “juristas-tecnicistas”, “prometidos” pela *Reforma de 68*.

Conhecidas as mazelas causadas pela concepção profissionalizante e tecnicista implementada pela Reforma Universitária de 1968, arriscamo-nos a dizer (citar) algo aparentemente óbvio: “falta no âmbito dos cursos de Direito a valorização da criticidade e do envolvimento com a realidade social” (UCHIMURA, 2013, p. 360), o que não acontecerá com a continuidade do modelo tecnicista, visto que, hoje, “o espaço acadêmico de direito, longe de ser aquilo a que se destina – o campo ideal para fomentar a inquietude, a dúvida, a discussão – transformou-se em um mero laboratório profissionalizante” (GUERRA, 2010, p. 69-70). Dito de outra forma, há muito as Faculdades de Direito não estão preocupadas em “formar juristas críticos e consciências pensantes”, e sim “meros oficiais de diligências jurídicas” (CANOTILHO, 2003, p. 17).

O outro fator que acabou por contribuir com o “enfraquecimento” do Bacharelismo, foi o da proliferação dos Cursos de Direito (juntamente com as suas deficiências contemporâneas), posto que o aumento dos mesmos (e da sua procura) “não significa [...] que os Cursos de Direito estejam empenhados em proporcionar condições de melhoria ao Ensino Jurídico” (FERREIRA, 2009, p. 308), que inclusive vai muito mal, sendo que alguns autores chamam a atenção para uma possível crise, o que pode ser percebido nas palavras de Machado (2005, p. 108): “A crise do ensino jurídico no Brasil está também intimamente



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

vinculada ao fenômeno da proliferação dos cursos jurídicos”.

Existiam, no início (Séc. XIX), dois Cursos de Direito no Brasil: um em São Paulo, outro em Pernambuco. De 1891 a 1925, “foram criados novos cursos como ‘Faculdades Livres’ (isto é, particulares) no estado da Bahia, em Minas Gerais e no Rio de Janeiro” (OLIVEIRA; MENDES; MENDES, 2014, p. 1927). Ao longo do século XX, o número de Cursos de Direito foi aumentando significativamente, conforme demonstra a citação a seguir:

De 1945 até a votação da Lei de Diretrizes e Bases, em 1961, ocorreu uma primeira expansão significativa do ensino superior no país, de modo que, em 1962, estavam em funcionamento nada menos que 60 curso de Direito. Outra expansão, não menos expressiva, deu-se entre 1962 e 1974, pois neste último ano os cursos de Direito existentes no país totalizaram 122. Em 1982, o total passou a ser de 130 cursos. Uma terceira e altamente expressiva expansão deu-se nas décadas de 80 e 90, de modo que em 1997, o total de 1982 foi dobrado: 260 cursos em funcionamento (SILVA apud OLIVEIRA; MENDES; MENDES, 2014, p. 1927).

Na década de 2000, após o advento do *governo petista “Lula da Silva”*,

Observou-se verdadeira proliferação dos cursos jurídicos, chegando-se, atualmente, ao exorbitante número de, aproximadamente, 1260 cursos de Direito, enquanto todos os outros países do mundo juntos, excluindo-se o Brasil, possuem pouco mais de 1100 escolas jurídicas. De perfunctório confronto desses números extrai-se infeliz quadro para o ensino jurídico nacional (OLIVEIRA; MENDES; MENDES, 2014, p. 1927).

Desse quadro, é que concluímos que, atualmente, a “ampliação do número de Cursos de Direito e a grande quantidade de formandos que são colocados no mercado caracterizam o Ensino Jurídico no Brasil”



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

(FERREIRA, 2009, p. 308).

Tanto é assim que o Conselho Federal da OAB, preocupado com a baixa qualidade dos cursos de direito que proliferaram pelo País, criou uma espécie de *selo de qualidade* chamado *OAB Recomenda*, por meio do qual, na primeira avaliação, divulgou uma lista de 52 faculdades aprovadas, reprovando 124 de um total de 176 cursos de direito em 21 Estados e no Distrito Federal. No ano de 2003, a OAB divulgou a reprovação de 155 (72%) de um total de 215 cursos avaliados no País (MACHADO, 2005, p. 110).

Dos quase 1300 Cursos de Direito existentes no Brasil desta década, somente 89 são contabilizados na lista do “OAB Recomenda”; ou seja, somente 7% (aproximadamente) dos Cursos Jurídicos tem o selo de qualidade da OAB (Ordem dos Advogados do Brasil).

Isso nos faz refletir. Algo aconteceu para que o Ensino Jurídico nacional chegasse a esse quadro explanado acima. Insistimos, aqui, que aqueles dois fatores (Tecnicismo Jurídico e Proliferação dos Cursos de Direito), aliados a outros (logicamente), muito contribuíram para que se chegasse a essa lamentável realidade.

Com efeito, “a proliferação de cursos de Direito de má qualidade e a mercantilização do ensino jurídico se agravam ano após ano, sem que o Estado tome qualquer atitude firme no intuito de dificultar a abertura de mais cursos jurídicos” (BRITTO, 2015).

De acordo com o entendimento de Machado (2005, p. 109),

Não seria exagero dizer que o ensino jurídico no Brasil está praticamente entregue à lógica do lucro e da exploração econômica, levada a efeito pelos empresários da educação que passaram a enxergar nesse ‘filão’ de mercado um negócio extremamente lucrativo. Observe-se que, entre os fatores que contribuíram significativamente para a proliferação de cursos jurídicos no País está exatamente o baixo custo desse investimento, centrado basicamente na



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

contratação de professores e funcionários – aqueles nem sempre titulados –, bem como na construção de salas de aula. O curioso, ou talvez irônico, é que esse investimento privado na expansão das escolas de direito é realizado em nome de uma suposta democratização da universidade e do princípio da liberdade de empresa, cujos argumentos sempre buscaram escamotear o forte impacto negativo dessa proliferação de escolas sobre a cultura jurídica nacional.

Além das inúmeras reprovações na Prova da Ordem e nos diversos Concursos Públicos supracitados, ousamos incluir, ademais, a diminuição da força do fenômeno do “Bacharelismo” como reflexo desse quadro de crise, instaurado no Ensino Jurídico Nacional. Acreditamos que, seja com a proliferação dos Cursos de Direito (e com a transformação em comércio de toda a Educação Jurídica), seja com a implantação do modelo tecnicista, o fenômeno bacharelístico acabou por diminuir, tornando-se, os seus integrantes, cada vez mais escassos, exíguos.

Nesse sentido,

A consequência mais imediata desse problema, visivelmente pernicioso para a vida cultural da nação, e para o exercício da cidadania em geral, é o notável despreparo dos bacharéis em direito, tanto no que se refere à formação científica ou teórica, quanto no que diz respeito à capacitação técnica e profissional dos mesmos, cada vez mais insuficiente quer para o exercício das atividades jurídicas tradicionais, quer para o cumprimento de novas funções emergentes na sociedade moderna (MACHADO, 2005, p. 109-110).

Em suma, “na dança dessa grandiosidade de cursos de Direito hoje existentes resulta lógico e inafastável proporcional decréscimo na qualidade” (GELLER, 2012, p. 10), o que acaba por prejudicar, diretamente, o desempenho dos Bacharéis na vida política, social e cultural do país.



Considerações finais

Sabemos que, ainda hoje, “os cursos jurídicos desenvolvem importante papel em todos os setores da vida social [cultural e política], pois através deles são formados profissionais que exercerão forte influência nas mais diversas atividades que organizam uma sociedade” (FERREIRA, 2009, p. 308). No entanto, esses profissionais, que são imbuídos de toda essa responsabilidade social, têm se mostrado cada vez mais despreparados. Creditamos essa culpa ao atual contexto em que o Ensino Jurídico brasileiro se encontra.

Os Cursos de Direito que, no passado, já foram um viveiro de atores sociais de relevo, provavelmente porque os conteúdos de suas disciplinas vasculhavam o indivíduo, o Estado e a Sociedade, hodiernamente, foram jogados a um pragmatismo indigno de formação meramente técnica (VENTURA, 2007, p. 260), não passando de um laboratório profissionalizante, como já discutido.

Aquele legado de um Ensino Jurídico com base humanística, “que contribuiu eficazmente para a formação não apenas de Bacharéis em Ciências Jurídicas, mas de Estadistas, que foram responsáveis pela criação da consciência nacional, pelo estabelecimento das bases do Estado e da consolidação da ordem e da paz” (CORRÊA, 2010, p. 1101), foi substituído por Ensino Técnico, que contribuiria, mais tarde, com o “enfraquecimento” do fenômeno *Bacharelismo*. Além dele, a aumento exagerado dos Cursos de Direito neste século também diminuiu a importância de nossos Bacharéis, que se transformaram em meros reprodutores do Direito positivado.

Nesse ínterim, o tecnicismo jurídico, aliado à proliferação dos Cursos de Direito no atual século, são os grandes responsáveis pela diminuição do número de Bacharéis notáveis encontrados na atualidade. Ou seja, o Bacharelismo perdeu parte de suas forças muito em função desses dois fatores, ligados ao Ensino Jurídico. Embora caiba a importante ressalva de que existem, outrossim, outros fatores que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

poderiam, muito bem, dividir a responsabilidade por esse acontecimento. A ascensão de outros atores sociais, de outros grupos profissionais, de outras burocracias estatais, por exemplo, são exemplos desses outros fatores.

Em resumo, “a solução para tais mazelas advindas da proliferação dos cursos de Direito [e do modelo tecnicista] dependerá definitivamente da melhoria da qualidade do ensino e, conseqüentemente, de uma grande mudança de atitude” (SOUZA, 2015); somente isto (re)colocará, definitivamente, o Bacharelismo de volta no “jogo”, como protagonista (como acontecia em outros tempos).

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA, Frederico de; SOUZA, André Lucas Delgado; CAMARGO, Sarah Bria de. Direito e Realidade: Desafios para o Ensino Jurídico. In: GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina (orgs.). *Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º Seminário Ensino Jurídico e Formação Docente*. São Paulo: Direito GV, 2013.
- BITTAR, Eduardo C. B. *Direito e Ensino Jurídico: legislação educacional*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BRITTO, César. *Crítica à Banalização do Ensino do Direito*. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2007-ago-07/cezar_britto_critica_banalizacao_ensino_direito >. Acessado em 10 de Fevereiro de 2015.
- CABRAL, Antônio Ferreira. *A Injusta Justiça e a Realidade Brasileira*. Montes Claros (MG): Editora Polígono, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- CARVALHO, José Murilo de. *A Construção da Ordem: a Elite Política Imperial. Teatro das Sombras: a Política Imperial*. Rio de



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CASTRO JÚNIOR, João Batista de; REITER, Bernd. Continuidade e Mudança no Brasil: os legados do Bacharelismo. In: *Direito Federal – Revista da AJUFE*, ano 23, nº 88, 2º trimestre de 2007.

CORRÊA, Oscar Dias. Fundação dos Cursos Jurídicos no Brasil. In: _____ . *Estudos de Direito Político-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

DEFINA, Cléber Pereira. Curtas acerca da História do Ensino Jurídico no Brasil. In: *Revista dos Acadêmicos de Direito da UNESP*, Franca (SP), nº 6, ano 6, jan.-dez., 2003.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Caio Roberto Mendes. *Crise no Ensino Jurídico e a proliferação dos cursos de Direito no Brasil hodierno*: por uma Educação de qualidade. In: *Revista do TRE da 13ª Região*, João Pessoa, v. 16, n. 1, 2009.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. *Os Bacharéis do Direito na História do Brasil*. Disponível em: <
<http://www.justocantins.com.br/advocacia-9656-os-bachareis-do-direito-na-historia-do-brasil.html>>. Acessado em 22 de Janeiro de 2015.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. A Importância do Bacharel em Direito. In: *Direito, Cidadania e Ética*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

FONSECA, Edson Pires da. *Primeiros Passos no Curso de Direito*. 2. ed. rev. e atual. Montes Claros, Apostila do Curso de Direito – Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA), 2011.

FREYRE, Gilberto. *Sobrados e Mucambos*: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 14ª ed. São Paulo: Global, 2003.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- GELLER, Rodolfo Hans et al. *OAB Recomenda: indicador de educação jurídica de qualidade*. 4. ed. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2012.
- GOULARTI FILHO, Alcides. O Mundo da Economia transitando no mundo do Direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. *O Ensino Jurídico em Debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas: Millennium Editora, 2007.
- GUERRA, Gustavo Rabay. Formação Jurídica Crítico-Reflexiva: a importância da intervenção discente estimulada. In: PALMA, Rodrigo Freitas. *Pensando o Direito: uma contribuição propedêutica*. Brasília: Processus, 2010.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- KOZIMA, José Wanderley. Instituições, Retórica e o Bacharelismo no Brasil. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Fundamentos de História do Direito*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- LIMA, Abili Lázaro Castro de. A função e a importância das disciplinas propedêuticas na estrutura curricular dos cursos de Direito no Brasil. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 42, nº 0, 2005. Disponível em: < <http://ojs.c3sl.ufpr.br/> >. Acessado em 15 de Janeiro de 2015.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino Jurídico e Mudança Social*. Franca (SP): UNESP-FHDSS, 2005.
- MENDES, Yury Vieira Tupynambá de Lélis [Orelha]. In: MAGALHÃES, Anala Lélis; MENDES, Yury Vieira Tupynambá de Lélis (Orgs.). *Antologia Jubileu de Ouro da Unimontes: prosas & versos*. São Paulo: Catrumano, 2012.
- MENDES, Yury Vieira Tupynambá de Lélis; MENDES, Josélia Batista. Aspectos do Bacharelismo em Machado de Assis. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 9, n. 1, 2014. Disponível em: < www.ufsm.br/revistadireito >. Acessado em



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

28 de Janeiro de 2015.

- MENDONÇA, Jacy de Souza. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Rideel, 2010.
- MORAN, Talita Soares. A Didática e o Ensino Jurídico: um Paralelo entre a Evolução da Didática enquanto Ciência e a Trajetória do Ensino Jurídico no Brasil. In: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. Vol. 3, n. 2. Montes Claros (MG): Editora Fundação Santo Agostinho, 2008.
- OLIVEIRA, Hélen Cristiany Pimenta de. A Crise do Ensino Jurídico e seu reflexo na Educação Superior. In: *CONEXÃO – Revista Científica da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas Santo Agostinho*, v. 2, n. 1, 2008.
- OLIVEIRA, Isabel Simões; MENDES, Renat Nureyev; MENDES, Yury Vieira Typynambá de Lélis. Breves apontamentos sobre didática e ensino jurídico na atualidade: considerações sobre a necessidade de atualização didática na docência jurídica. In: *Revista Eletrônica Direito e Política*, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.3, 3º quadrimestre de 2014. Disponível em: < www.univali.br/direitoepolitica >. Acessado em 20 de Dezembro de 2014.
- PAULO FILHO, Pedro. *O Bacharelismo Brasileiro (Da Colônia à República)*. Campinas: Bookseller, 1997.
- REIS, José Carlos. *As identidades do Brasil: de Varnhagen a FHC*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- SANTIN, Janaína Rigo; LORENZONI, André Luiz. Liberalismo e Direito na formação de bacharéis e instituições políticas e jurídicas no Brasil Imperial. In: *Revista Métis: história e cultura*, v. 12, nº 23, p. 49-64, jan./jun., 2013.
- SANTOS, Daniella Miranda; CASIMIRO, Ana Palmira Bittencourt Santos. Memória e Direito: as origens do Bacharelismo liberal no Brasil Império (1822-1889). In: *Revista Educação, Gestão e*



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- Sociedade*, ano 2, nº 5, março de 2012. Disponível em: < www.faceq.edu.br/regs >. Acessado em 28 de Janeiro de 2015.
- SCHWARCZ, Lílian Moritz. *O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- SILVA, Wilton Carlos Lima da. Os Guardiões da Linguagem e da Política: o Bacharelismo na República Velha. In: *Revista Justiça e História*, v. 5, nº 10, 2005. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/> >. Acessado em 25 de Janeiro de 2015.
- SIMÃO, André Luciano. Positivismo e Bacharelismo: Contexto e embate intelectual no Brasil ao final do século XIX. In: *Revista Educação em Foco*, ano 2014. Disponível em: < http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/educacao_foco >. Acessado em 28 de Janeiro de 2015.
- SONTAG, Ricardo. *Triatoma Baccalaureatus*: sobre a crise do Bacharelismo na Primeira República. In: *Revista Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 67-78, jan.-jun., 2008. Disponível em: < <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico> >. Acessado em 26 de Janeiro de 2015.
- SOUZA, Bruno Soares de. *A proliferação dos cursos de Direito*. Disponível em: < <http://buscalegis.cj.ufsc.br> >. Acessado em 10 de Fevereiro de 2015.
- UCHIMURA, Guilherme Cavicchioli. Por um Metadogmatismo no Ensino Jurídico: o pensamento jurídico crítico como corte epistemológico. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 2, 2013. Disponível em: < www.ufsm.br/revistadireito >. Acessado em 04 de Fevereiro de 2015.
- VAINFAS, Ronaldo. *Dicionário do Brasil Imperial (1822-1889)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- VENTURA, Deisy de Lima. *Do Direito ao Método e do Método ao*



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. *O Ensino Jurídico em debate: o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica*. Campinas: Millennium Editora, 2007.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

XAVIER, Wendell Lessa Vilela. Novos Desafios do Ensino Jurídico para a Formação Profissional. In: *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*. Vol. 3, n. 2. Montes Claros (MG): Editora Fundação Santo Agostinho, 2008.



SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO NO QUE TANGE AOS DIREITOS HUMANOS E À RESSOCIALIZAÇÃO

Rogério Adriano Cruz (UEMG)

Resumo

Rebeliões e fugas de presos são constantes no sistema prisional brasileiro. Mas o que refletem essas ações, quais são as causas e qual é a realidade vivida nos presídios? Ao se analisar a situação atual do sistema penitenciário, percebe-se que as rebeliões denunciam a falência do sistema, são uma resposta e ao mesmo tempo um alerta às autoridades para as condições precárias a que são submetidos os detentos, apesar da legislação protetiva existente. Além da violação de direitos fundamentais, chama atenção a ineficácia do sistema de ressocialização, uma vez que, em média, 90% dos ex-detentos voltam a delinquir e acabam retornando à prisão. O presente artigo tem a pretensão de apresentar algumas mazelas do sistema prisional brasileiro e estimular o debate acerca do desrespeito dos direitos humanos e a ressocialização do preso, com base, neste momento, em pesquisas bibliográficas e utilização do método dedutivo para a produção de conhecimento.

Palavras-chave: Ressocialização. Sistema prisional. Violação de direitos. Segurança. Lei de Execução Penal.

1 Introdução

A superlotação prisional é talvez o mais grave dos problemas que aflige o sistema penal brasileiro. Cada vez mais a população carcerária cresce e poucos presídios são construídos para atender à demanda das condenações. A precariedade e as péssimas condições oferecidas aos detentos nos presídios representa uma verdadeira afronta aos direitos fundamentais, impede que possa existir qualquer tipo de



ressocialização e atendimento à população carcerária, o que faz surgir forte tensão, violência, constantes rebeliões, tentativas de fuga e ataques aos agentes e guardas.

A pena de prisão busca a ressocialização do indivíduo, para que este se encontre em condições de ser reinserido na sociedade, não voltando a delinquir. Para alcançar esse objetivo, é necessário que o Estado assegure condições essenciais à permanência do apenado no estabelecimento carcerário, respeitando sua dignidade e promovendo adequada reabilitação.

Assim, de forma geral, a intenção deste trabalho é expor a realidade do sistema prisional brasileiro diante da constante inobservância dos direitos humanos, explicar o que vem a ser a reintegração e ressocialização do preso, além de mostrar de **forma geral** a situação prisional e o que diz a Lei de Execução Penal em relação ao tema.

2 O Sistema Prisional Brasileiro

No Brasil as prisões podem ser consideradas como um dos piores lugares em que o ser humano pode viver. Elas estão abarrotadas, sem condições dignas de vida, e menos ainda de aprendizagem para o apenado. Por essa razão os detentos sentem-se muitas vezes desestimulados e com baixa autoestima quando de sua volta à sociedade. Dessa maneira, quando a ela retornam continuam a praticar os mais diversos tipos de crimes.

De acordo com Toron, “se há algum lugar na face da terra que pode ser chamado de inferno, este é a prisão” (SZAFIR, 2010).

Essa desafiadora realidade que se espalha pelo sistema penitenciário brasileiro é corriqueira e de conhecimento das autoridades constituídas, responsáveis pela gestão do sistema, bem como das políticas públicas, que poderiam solucionar ou minimizar tal degradação.

Em uma reunião com empresários em São Paulo, O Ministro da Justiça fez uma contundente declaração sobre as condições degradantes



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

das prisões brasileiras e levantou, mais uma vez, a discussão sobre o sistema penitenciário. “Se fosse para cumprir muitos anos em uma prisão, em algumas prisões nossas, eu preferia morrer. Eu falo francamente. Eu não acho que ela traz mais temor, não. Falo é a minha opinião”, disse o ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo (2012).

Segundo o Ministério da Justiça, há 514 mil presos no Brasil e 306 mil vagas em todo o sistema carcerário, o que resulta em superlotação. Existem 208 mil presos além da capacidade máxima do sistema e muitos nem deveriam estar lá. É o que o Conselho Nacional de Justiça constatou ao fazer mutirões carcerários nos presídios.

2.1 Presos e direitos humanos

A condenação à prisão é resultado de alguma prática contrária às normas estabelecidas em sociedade. A pena privativa da liberdade por prazo determinado procura afastar a pessoa condenada do convívio social para proteger a sociedade de novos crimes e dar oportunidade de se corrigir, como está previsto no Artigo 1º, da Lei de Execução Penal: “Execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Mas para a maioria da população o preso deixa de ser um indivíduo dotado de direitos e passa a ser tratado como uma coisa que precisa ser extirpada da sociedade, segregada em um local onde a força bruta do Estado faz-se presente com o pretexto de se fazer cumprir a lei, dar uma resposta aos anseios da sociedade, manter a ordem e a segurança. Isso ocorre porque muitas vezes o preso deixa de ser visto como cidadão que tem assegurado todas as garantias constitucionais, pelo simples fato de estar privado de sua liberdade.

O cidadão-presos precisa ter resguardados seus direitos fundamentais e sua dignidade, qualidade inerente à essência do ser humano, bem jurídico absoluto, portanto, inalienável, irrenunciável e intangível. A liberdade é um dos mais importantes direitos do homem que



acaba sendo suprimido de forma arbitrária quando confrontado com o direito de punir.

De acordo com os juristas Nery e Júnior, ao Estado incumbe, tanto quanto possível, adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares (NERY e JÚNIOR, 2006, p.164)

Mas não é o que se observa no dia a dia do sistema prisional brasileiro. O sistema deve procurar resolver de forma efetiva as deficiências apresentadas pela pessoa, e não somente exercer sobre ela apenas um controle jurídico e burocrático, devolvendo-a ao meio social sem que essas faltas tenham sido superadas.

2.2 Reincidência e falta da ressocialização

A reincidência é o principal indicador da deficiência de qualquer sistema de atendimento jurídico-social, porque através dela é possível perceber que as pessoas entram nas instituições prisionais por apresentarem certas carências, que vão desde a falta de moradia digna, deficiência na escolaridade, até a ausência de qualificação profissional ou de caráter e personalidade, e que independentemente do tempo que tenham passado sob os cuidados dessas instituições, ao saírem apresentam as mesmas deficiências que originaram sua entrada no sistema.

Sabe-se que muitas das pessoas que saem da prisão cometem outro delito em um pequeno intervalo de tempo. Esse fato gera um círculo vicioso de contínuas entradas e saídas do sistema prisional, ocasiona a superlotação dos presídios, rebeliões, mortes, violência, aumento da delinquência e devolve à sociedade indivíduos em situação pior do que quando ali adentraram.

Nesse ínterim, fica evidente que o Estado falha em não promover a ressocialização do apenado, além de não cumprir o



estabelecido em diversos diplomas legais, como a Lei de Execuções Penais, Constituição Federal, Código Penal, além das regras internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Resolução da ONU que prevê as Regras Mínimas para o Tratamento do Preso (ASSIS, 2007).

2.3 Ressocialização e seus aspectos positivos

A ressocialização tem como objetivo a humanização da passagem do detento na instituição carcerária e procura dar uma orientação humanista colocando a pessoa que delinuiu como centro da reflexão. Entende-se a prática da ressocialização como uma necessidade de promover ao apenado as condições para ele se reestruturar e não mais voltar a delinquir.

A Lei de Execuções Penais (LEP) em seu artigo 10º cita que “a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso.”

Segundo Marcão,

a execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar. (MARCÃO, 2005, p.1)

Diante do exposto, percebe-se que não se tem como afastar a punição da humanização, pois são formas que se complementam e trazem efetiva melhora no quadro individual dos apenados.

A ressocialização vem no intuito de trazer a dignidade, resgatar a autoestima do detento, trazer aconselhamento e condições para um amadurecimento pessoal, além de lançar e efetivar projetos que tragam



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

proveito profissional, entre outras formas de incentivo. Com ela os direitos básicos do preso vão sendo aos poucos priorizados.

Afirma a Declaração Universal dos Direitos do Homem em seu artigo 1º: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.” De acordo com o previsto em tal declaração é importante destacar que o apenado cometeu um erro, deve arcar com suas consequências, mas não se pode esquecer que, na qualidade de ser humano, deve ser tratado com humanidade e receber tratamento adequado para que, no retorno ao convívio com a sociedade, não volte à vida de criminalidade. As vantagens da recuperação do apenado são inúmeras, com destaque para a elevação da autoestima, não reincidência no crime, diminuição da população carcerária, entre outros fatores essenciais para a boa convivência na sociedade.

3 Reflexões acerca do sistema prisional

Além da necessidade de melhorias urgentes e ampliação de vagas para o sistema prisional, é preciso analisar a "qualidade" das prisões efetuadas e o perfil das pessoas que têm sido encarceradas, para que seja possível reduzir a superlotação, evitar prisões desnecessárias, considerando desde a baixa aplicação de medidas cautelares e de alternativas penais até a organização das diversas rotinas do cotidiano das unidades prisionais e as práticas de gestão dos serviços penais.

Os problemas no sistema penitenciário que se concretizam em nosso país devem conduzir a sociedade a profundas reflexões. A sociedade quer segurança, deseja que os crimes tenham punições duras e que os infratores paguem pelos seus crimes. Assim, nesta conjuntura em que as pessoas presas tendem a ser marginalizadas durante e depois do cárcere, a ressocialização torna-se algo utópico frente às mazelas do sistema carcerário brasileiro.

O Prof. Zacarias ressalta que



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

o trabalho é importante na conquista de valores morais e materiais, a instalação de cursos profissionalizantes possibilita a resolução de dois problemas, um cultural e outro profissional. Muda o cenário de que a grande maioria dos presos não possui formação e acabam por enveredar, por falta de opção, na criminalidade e facilitam a sua inserção no mercado de trabalho, uma vez cumprida a pena. (ZACARIAS, 2006, p. 61)

O trabalho em suas várias faces vem como um processo natural de resgate da dignidade humana. Essa realidade do incentivo ao trabalho do detento vem dar sentido ao artigo 29 da Lei de Execução Penal que diz: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.

Considerações Finais

O objetivo do presente trabalho foi apresentar os pontos que envolvem a dignidade do apenado, sua reintegração à sociedade e analisar se o sistema atual pode propiciar, de maneira eficaz, a quitação de sua pena com dignidade e como as normas preveem, de modo efetivo, diferentemente do que se vê no Brasil na atualidade.

Percebeu-se, quando se trata da reinserção desses indivíduos, a real situação dos encarcerados e a situação cotidiana das penitenciárias e pode-se afirmar que é possível criar um sistema prisional que cumpra sua função primordial: a ressocialização do apenado.

O tema deste trabalho está em voga e é de grande importância para os indivíduos que estão aprisionados, como também para a sociedade, que almeja um sistema carcerário funcional e eficiente. A dignidade no trato com o ser humano é um direito inerente a todos os indivíduos, portanto políticas públicas com esta finalidade precisam ser aplicadas. Diante do exposto, conclui-se que são necessários estudos e debates mais aprofundados sobre esse tema.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

Referências

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**; promulgada em 5 de outubro de 1988. Anne Joyce Angher (Org.). 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em:

<<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml>>. Acesso em: Outubro/2015

_____. Senado Federal. **Código Penal de 1940**. Brasília: Senado Federal, 2008.

_____. Senado Federal. **Lei n. 7.210/84**. Lei de Execução Penal. Brasília: Senado Federal, 2008.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional**. São Paulo, 2006.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada**. 2 ed. São Paulo: Tend Ler, 2006.

SZAFIR, Alexandra Lebelson. **desCasos**. São Paulo: Saraiva, 2010.



PROSTITUIÇÃO UNIVERSITÁRIA: PARA ALÉM DOS MUROS DAS UNIVERSIDADES

Sabrina Mayara Ferreira Canuto⁹⁹

Resumo:

O presente artigo possui o cunho de apresentar o universo paralelo da chamada prostituição de luxo escondido nas universidades, tendo como enfoque a mulher e colocando em evidência o perfil predominante das universitárias, bem como o dos seus eventuais clientes, e demonstrando claramente os fatores que conduzem essas estudantes ao caminho da indústria do sexo. No decorrer do texto será possível obter uma visão sobre a prostituição desvinculada do padrão de retórica mais conhecido, na qual as necessidades básicas de sobrevivência do indivíduo é que determinam a iniciação no comércio sexual. Em face das informações aqui inseridas a ideia de prostituição por prazer e como mecanismo de apoio na luta pela liberdade sexual feminina será debatida, trazendo uma nova visão sobre essa profissão que pode ser considerada como uma das mais antigas do mundo. A metodologia utilizada nessa pesquisa é de fulcro bibliográfico e pretende alcançar o público universitário, pela relação direta entre o tema trabalhado e seus principais protagonistas.

Palavras chave: Prostituição; Dinheiro; Luxo; Universidades

I. Introdução

Os princípios morais e religiosos são grandes fatores influentes na depreciação da prática da prostituição, arraigando um valor de segregação da mulher e reforçando uma situação de limbo. No atual contexto histórico em que estamos inseridos, muitas formas de

⁹⁹ Discente do 3º período do curso de Direito, da Universidade do Estado Minas Gerais – UEMG, unidade Diamantina.



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

exploração e abuso acontecem sob nossos olhos, mas a sociedade os ignora colocando a prostituição no centro da problemática social. Essa questão ganha ainda mais visibilidade quando levantada a bandeira do machismo e, como forma de combate a esse sistema, os movimentos feministas, que buscam a igualdade de gênero e a luta pelo direito da mulher à autonomia do próprio corpo, elucidando uma defesa em favor da prostituição.

A polêmica em torno desse assunto é evidentemente frequente, de forma que o debate saudável e uma possível construção de novos paradigmas a respeito da prostituição se fazem como objetivos primários dessa pesquisa. Lançando um olhar isento de preconceitos sobre toda essa questão é possível compreender a escolha de muitas mulheres em exercer essa atividade que, para muitos, é fruto da falta de necessidades básicas de sobrevivência. É fato real que isso também acontece, assim como outras formas de exploração do ser humano, no entanto, o foco dessa discussão gira em torno da opção, da escolha por esse trabalho, tirando de cena a problemática da exploração sexual.

Apoiando-se em casos concretos, demais pesquisas e referenciais teóricos sobre a prostituição, esse estudo permitirá uma nova opinião sobre as mulheres que optaram por trabalhar na indústria sexual, e colocará em evidência o movimentos e projetos em defesa da prostituição voluntária. Apesar do constante preconceito da sociedade em torno da comercialização do corpo, existe uma pequena parcela de pessoas, talvez as que possuem as chamadas “mentes evoluídas”, que enxergam essa questão por um ponto de vista mais liberal, e que não só entendem, como também apoiam a luta diária das prostitutas pelo reconhecimento da profissão.

Recentemente, o projeto de lei “Gabriela Leite”¹⁰⁰, pautada pelo deputado Jean Wyllys (PSOL-RJ), entrou em cena, causando grande comoção social. Essa lei visa a regulamentação da profissão, que já é

¹⁰⁰ Gabriela Leite, ativista e líder do movimento de prostitutas no Brasil. Fundou a marca Daspu, a ONG Davida e a Rede Brasileira de Prostitutas.



legalizada. Segundo Jean, essa lei poderá deter diversos tipos de abuso e exploração nas casas de prostituição, pois sendo esses prostíbulos ilegais, o Estado tem total autonomia para fiscalizar e impedir o funcionamento dessas. Diante de tal progresso, é possível identificar o conteúdo reacionário que ganha forma na defesa da prostituição, de maneira que o direito da mulher a dispor do próprio corpo como bem quiser, dá asas a utopia de respeito almejada pelas prostitutas.

II. Perfil das prostitutas de luxo e de seus clientes

O perfil predominante das universitárias de programa corresponde a meninas bem nascidas, de 18 a 27 anos, de classe média a média alta, filhas de pequenos empresários, executivos e profissionais liberais. Para esconder a atividade de suas famílias, essas meninas dizem trabalhar como modelo ou em eventos, sendo estas as justificativas mais comuns, como se poderá observar em relatos presentes no decorrer do texto.

Já o perfil dos clientes é marcado por características bem atrativas. Em geral são homens mais velhos, entre 35 e 55 anos, bem sucedidos, inteligentes, bonitos e que, por essas qualidades, se tornam um modelo de idealização das garotas, que se sentem seduzidas por esse estereótipo. Neste sentido, pode-se compreender os casos em que uma relação migra do profissional para o pessoal, se transformando em algo além de sexo, fato não raro nesse âmbito. O caso clássico de Raquel Pacheco, a conhecida garota de programa Bruna Surfistinha, que saiu do mundo da prostituição após se casar com um de seus clientes, exemplifica bem essa situação.

III. Agentes motivadores

Ao aprofundarmos na questão prostituição uma frequente pergunta permeia os debates acerca desse assunto: Qual motivo leva alguém a se tornar um profissional do sexo? Permeando um pouco mais nessa discussão, observa-se que diversos aspectos conduzem um



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

estudante à prostituição. Os mais recorrentes são o consumismo e a necessidade de ascensão econômica rápida e fácil, para se alcançar o objetivo de uma vida luxuosa. No que cerne à educação, faz-se mister dizer que a estrutura familiar é um fator determinante na construção da personalidade do indivíduo, provendo possíveis direções a serem seguidas futuramente. A essa relação com a família atribui-se a falta de limites presente desde o início da criação, no que diz respeito à realização de todas as vontades dos filhos, sem levar em consideração o merecimento ou a representação de esforço para se ter algo, tendo como resultado a dependência desses e a conseqüente imaturidade para enfrentar o mundo ao sair de casa. É nessa aventura de sobrevivência que tudo começa. Os filhos, que eram acostumados a ter tudo, se deparam com dificuldades para sustentarem o mesmo padrão de vida que possuíam e, como caminho mais fácil e de retorno financeiro rápido, a prostituição se torna um atrativo, pois o que este estudante ganharia em um mês de estágio - que seria a solução mais adequada para um problema financeiro de um estudante - ele conseguiria ganhar em uma semana de comercialização do próprio corpo. Na busca por fatos concretos que sustentem esses argumentos buscou-se relatos verídicos a fim de demonstrar a realidade objetivada por esse artigo. Em entrevista ao G1¹⁰¹, Gabriela Natália da Silva, garota de programa - de pseudônimo Lola Benvenuti - e ex-estudante de Letras da UFSCar¹⁰², deixa explícito o prazer em se prostituir quando diz que “Sempre gostei de sexo, então tinha um desejo secreto de trabalhar com isso e não há nada mais justo, faço porque gosto”. Ela conta que antes de concluir o curso mantinha discrição sobre sua profissão por medo disso refletir de forma negativa na faculdade, mas hoje, depois de formada, se sente à vontade para assumir e falar abertamente da sua escolha, com a intenção de quebrar os tabus sobre sexo. Em uma das respostas a entrevista, Gabriela diz que “Tem uma categoria nos sites de acompanhantes que são de universitárias e

¹⁰¹ Felipe Turione, jornalista entrevistador de Gabriela Natália da Silva, pelo Portal G1.

¹⁰² Universidade Federal de São Carlos – sede no município de São Carlos, estado de São Paulo



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

fazem isso porque fazem faculdade particular e precisam pagar, mas eu nunca precisei disso, sou inteligente, fiz faculdade, optei por isso, qual o problema?”. Em suas palavras ela deixa explícito que sua iniciação na prostituição não foi motivada por falta de dinheiro e sim, pela satisfação sexual, não financeira. Mais um exemplo é o da já citada Bruna Surfistinha, que era uma jovem também de classe média e que viu na prostituição uma espécie de independência.

Outros depoimentos foram divulgados pela Folha de São Paulo¹⁰³, na qual um deles é de Roseana (nome fictício) de 20 anos, que conta que saiu do interior do Estado de Minas Gerais e se mudou para São Paulo com a intenção de estudar Artes Cênicas. Assim como muitas outras, e apesar de ser de classe média, não tinha condições de arcar com as despesas além da faculdade e, guiada pelo desejo de manter um status social elevado, se rendeu à vida dupla de estudante e prostituta de luxo, ganhando, em média, R\$ 4.000,00 por mês trabalhando somente no período da tarde. Essa elevada renda conquistada em pouco tempo se torna um atrativo, de forma que as prostitutas enxergam uma oportunidade de crescer economicamente e acabam se rendendo de vez, pois aquilo que antes era temporário se torna um “emprego definitivo”. Introduzidas nesse mercado elas começam a associar o poder sexual ao ganho de dinheiro, de forma que o medo dá lugar à excitação, se tornando algo desafiador e prazeroso, fazendo com que outros fatores, como o jogo da conquista e a elevação do ego feminino, entrem em cena. A prostituição, então, ganha um novo significado, se transformando, exclusivamente, num meio para a realização de fantasias eróticas, na qual o teor sentimental ou de culpa perdem lugar para o prazer, como aponta o estudo de Guimarães e Merchán-Haman (2005)¹⁰⁴. Nesse sentido, a mulher se mostra absolutamente cercada pelo universo de sedução

¹⁰³ Gilberto Dimenstein, no texto “Prostituição: Nível superior vira qualificação no mundo das garotas de programa.”

¹⁰⁴ Segundo estudos de Katia Guimarães e Edgar Merchán-Hamann, na obra “Comercializando fantasias: a representação social da prostituição, dilemas da profissão e a construção da cidadania.”



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

envolvido no mercado do sexo e passa a gostar do que faz, tanto pelo lucro quanto pelo poder de conquista que aguçava a vaidade de toda mulher. Ademais, para elas a prostituição não se trata do domínio de seus corpos por parte de outrem e sim, do exercício da liberdade e autonomia sexual, buscada por muitas atualmente.

Considerações finais

Pretendeu-se expor que a procura das universitárias pela prostituição nem sempre se dá como último recurso para a garantia de sustento. Em muitos casos, como nos referenciados acima, o ato de se prostituir corresponde a uma realização de desejos pessoais, que acompanhada de uma grande recompensa, se torna muito convidativo. A liberdade sexual é um tema bastante polemizado, pelo fato de a imagem da mulher perfeita, idealizada pela sociedade, ser aquela construída no período patriarcal, na qual o comportamento conservador era mais valorizado, sobrepondo-se a qualquer forma de reação à autonomia da mulher. Esse pensamento social retrógrado se tornou objeto de incentivo para a realização dessa pesquisa, com a finalidade de ampliar a visão sobre as opiniões acerca da prostituição universitária, de forma que esse tema seja cada vez mais discutido, para ser tratado como um fato natural que, indiscutivelmente, faz parte da nossa realidade. Destarte, o intuito da inserção desse tema no repertório de debates de estudantes, que corresponde ao público alvo desse trabalho, se faz necessário pelo fato de eles serem um instrumento de formação de novos valores, considerando que a intelectualidade, fonte de disseminação de informação, ainda está em fase lapidável.

Referências

BRITO, Márcio Roberto Andrade. **PROSTITUIÇÃO NO BRASIL E INCLUSÃO SOCIAL**; Uma análise do Projeto de Lei Nº. 98, de 2003, sob o aspecto constitucional. - Universidade de Brasília - UNB –Brasília – 2008



II SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

“Democracia, Cidadania e Direitos Humanos”

Anais - ISSN 2359-6260

- FONAI, Ana Carolina Vieira e DELITTI, Maly. **Algumas contingências mantenedoras do comportamento de prostituir-se.** Rev. bras.ter. comport. cogn. [online]. 2007, vol.9, n.1, pp. 103-113. ISSN 1517-5545.
- GUIMARÃES, Katia e Merchán-Hamann, Edgar. **Comercializando fantasias:** a representação social da prostituição, dilemas da profissão e a construção da cidadania. vol.13 no.3. Florianópolis: Rev. Estud. Fem; 2005.
- José Miguel Nieto Olivar. **Prostituição feminina e direitos sexuais... diálogos possíveis?** no.11. Rio de Janeiro: Sex., Salud Soc ,2012, p. 106.
- PEREIRA, Patrícia. **Sociedade – As prostitutas na história:**Das deusas à escória da humanidade. Disponível em <<http://leiturasdahistoria.uol.com.br/ESLH/Edicoes/15/artigo119600-1.asp>>. Acesso em 26 de jun. de 2015, às 16h30min.
- PISCITELLI, Adriana. 2005. “**Apresentação: gênero no mercado do sexo**”. Cadernos Pagu, 25, p. 13
- ROBERTS, Nickie. **As prostitutas na história.** Ed.Rosa dos Tempos, 1998.
- TEIXEIRA RODRIGUES, Marlene. **A prostituição no Brasil contemporâneo:** um trabalho como outro qualquer?. vol.12 no.1 Florianópolis: Revista Katálysis, 2009, p. 68-76.
- TURIONE, Felipe. Portal G1. Disponível em <<http://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2013/04/faco-porque-gosto-revela-garota-de-programa-recem-graduada-em-letras.html>>. Acesso em 26 de jun. de 2015, às 14h00