

REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO

Vol. 8, nº 2, jul-dez 2012 - ISSN 2238-0604

SUMÁRIO

Apresentação

4

O direito fundamental ao saneamento básico como garantia
do mínimo existencial social e ambiental

Sonia Aparecida de Carvalho

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

6

Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade
instrumento de efetividade

Marciano Buffon

38

A incorporação da transversalidade nas políticas públicas
voltadas a questão de gênero: (re)vindicando o espaço
pelo empoderamento e a emancipação social

Marli M. M. da Costa

Rosane T. Carvalho Porto

69

Pais homicidas e inimputabilidade:
um estudo transdisciplinar

Alfredo Cataldo Neto

Fabiola Dornelles

89

A moradia como direito à cidade: análise da
eficácia e efetividade jurídica

Fausto Santos de Morais

Bruno Dellagerisi

Marx Villa

119

O direito à cidade e a possibilidade de judicialização do
direito à educação para eficácia social do
direito humano social a partir do local

Andressa Vieira

Giuliana Redin

136

Adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à
violação de direitos fundamentais (ABCVV)

Ana Paula Motta Costa

148

Direitos Humanos e o uso progressivo da força.
Novas tecnologias a serviço das forças de segurança pública
como ferramentas para a proteção dos direitos
fundamentais da pessoa humana*

Jorge Amaral dos Santos

Patrícia Messa Urrutigaray

177

Discrecionabilidade e interpretação jurídica

Mauricio Martins Reis

197

APRESENTAÇÃO

Passados quase 25 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 ainda se faz necessária a discussão sobre a efetivação dos direitos fundamentais consagrados naquela carta. Assim, seguindo a proposta de pesquisa da Escola de Direito da Faculdade Meridional (IMED), debruçada sobre a interrogação dos níveis materiais e processuais de efetivação dos direitos fundamentais e a sua relação com a noção de espaço público, o presente volume da voz a contribuições científicas que desenvolvem essa temática.

Para além dessa delimitação teórica inicial, a proposta da Revista Brasileira de Direito (RDB) é servir de canal à socialização de trabalhos científicos preocupados na pesquisa de novos aportes ao Direito Brasileiro, partindo tanto da dimensão dogmática do direito quanto da aproximação transdisciplinar desta com a política, sociologia e filosofia.

Em busca desse objetivo a presente edição está servida com nove artigos ligados sobre o pano de fundo comum da preocupação quanto à efetivação dos direitos fundamentais.

Tal proposta já é percebida no primeiro artigo intitulado: “O direito fundamental ao saneamento básico como garantia mínima existencial social e ambiental”, de autoria de Sonia Aparecida de Carvalho e Luiz Gonzaga Silva Adolfo. Por vezes, ao se pretender a efetividade dos direitos fundamentais pelo Estado, não se dá a devida atenção da forma de custeio desses direitos. Objetivando esclarecer esse dever, Marciano Buffon apresenta o trabalho: “Tributação e direitos sociais: a extrafiscalidade como instrumento de efetividade”. O terceiro artigo da revista propõe o trato dos direitos fundamentais e as questões de gênero, intitulando-se: “A incorporação da transversalidade nas políticas públicas voltadas a questão de gênero: (re)vindicando o espaço pelo empoderamento e a emancipação social”, das autoras Marli M. M. da Costa e Rosane T. Carvalho Porto.

A interlocução do Direito Penal com a transdisciplinariedade se dá na revista através dos autores Alfredo Cataldo Neto e Fabíola Dornelles pelo trabalho: “Pais homicidas e inimputabilidade: um estudo transdisciplinar”. O direito à cidade como um direito fundamental é o tema comum desenvolvido pelos artigos: “A moradia como direito à cidade: análise da eficácia e efetividade jurídica”, de autoria de Bruno Dellagerisi, Marx Villa e Fausto Santos de Moraes; e “O direito à cidade e a possibilidade de judicialização do direito à educação para eficácia social do direito humano social a partir do local”, produzido por Giuliana Redin e Andressa Vieira.

Pensando na preservação dos adolescentes, a autora Ana Paula Motta Costa apresenta nessa edição o artigo “Adolescência brasileira e o contexto de vulnerabilidade à violação de direitos fundamentais (ABCW)”. Ainda, o artigo “Direitos Humanos e o uso progressivo da força. Novas tecnologias a serviço das forças de segurança pública como ferramentas para a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana”, produzido por Jorge Amaral dos Santos e Patrícia Messa Urrutigaray, coloca em evidência a preocupação com o uso de medidas coativas estatais menos prejudiciais ao ser humano. E, fechando a edição, Maurício Martins dos Reis discute a relação entre “Discrecionalidade e interpretação jurídica”, cujo efeito serve a melhor compreensão da jurisdição constitucional.

Percebe-se, portanto, que a Revista Brasileira de Direito mantém a sua preocupação com a afinidade temática instituída à pesquisa institucional sobre os direitos fundamentais e espaço público, trazendo contribuições importantes e atuais sobre o tema.

Assim, já agradecendo aos pesquisadores colaboradores da presente edição, fica o desejo de uma ótima leitura e que os trabalhos ora apresentados possam fomentar novos interesses e discussões científicas.

Editoração da Revista Brasileira de Direito

O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO
BÁSICO COMO GARANTIA DO MÍNIMO
EXISTENCIAL SOCIAL E AMBIENTAL

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO SANITATION AS A
GUARANTEE OF SOCIAL AND ENVIRONMENTAL
EXISTENTIAL MINIMUM*

*Sonia Aparecida de Carvalho**
*Luiz Gonzaga Silva Adolfo***

Resumo: Considera-se o saneamento básico um direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de serviço público essencial e, portanto a provisão dever do Estado. O saneamento básico atua entre a garantia do mínimo existencial social (moradia adequada, à saúde e a melhoria de todos os aspectos de higiene), e a proteção ambiental. A população, sem acesso as condições existenciais básicas assinala um conjunto de desigualdades sociais, econômicas e ambientais. Deste modo, questiona-se a justiça socioambiental e a efetividade das garantias aos direitos sociais básicos. Porquanto,

* Mestranda em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS). Especialista em Direito do Trabalho pela Universidade Castelo Branco – UCB, (Rio de Janeiro, RJ). Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Norte do Paraná – UNOPAR (Londrina, PR). Especialista em Direito Previdenciário pela mesma UNOPAR. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF (Passo Fundo, RS). Graduanda em Tecnologia em Gestão Ambiental também pela UNOPAR. E-mail: <sonia.adv.2008@hotmail.com>.

** Advogado, Doutor em Direito pela UNISINOS (São Leopoldo, RS). Presidente da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS na gestão 2010/2012. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual – APDI. Professor do PPG em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Santa Cruz do Sul, RS). Professor do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA (Gravatá, RS). E-mail: <gonzagaadolfo@yahoo.com.br>.

quando se discursa em mínimo existencial, permeia a justiça social e ambiental, no sentido de garantir uma redistribuição igualitária de bens sociais básicos e ambientais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Saneamento Básico; Mínimo Existencial; Justiça Ambiental.

Abstract: It is considered sanitation an individual and collective fundamental right, and an essential public service and therefore the provision is a State duty. Sanitation acts between the guarantee of the existential minimum (adequate housing, health and the improvement of all aspects of hygiene) and environmental protection. The population without the basic existential conditions has to face a set of social, economic and environmental inequalities. Thus, it is questioned the social and environmental justice and the effectiveness of the guarantees of the basic social rights. Because, when it is spoken about existential minimum, the social and environmental justice permeates in order to ensure an equitable redistribution of environmental and social benefits.

Keywords: Fundamental Rights; Basic Sanitation; Existential Minimum; Environmental Justice.

Considerações iniciais

Nas últimas décadas, a humanidade enfrenta transformações políticas, sociais, econômicas e ambientais. Os principais problemas que afetam a humanidade estão relacionados às garantias dos direitos fundamentais sociais e a interação ao meio ambiente. A falta de acesso aos direitos sociais básicos aponta um conjunto de desigualdade

social, por parte expressiva da população brasileira e mundial, caracterizando uma injustiça social e ambiental.

O problema do saneamento básico afeta a dignidade do ser humano com o meio natural. A qualidade ambiental deve ser reconhecida como elemento integrante do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo fundamental ao desenvolvimento do ser humano e ao bem-estar existencial.

A saúde humana depende dos serviços de saneamento básico como fatores determinantes as relações entre o meio ambiente e a saúde. As doenças causadas pelos problemas da falta de saneamento básico atingem especialmente, a população mais carente. Com isso, causa o aumento das desigualdades sociais, além de afrontar os direitos fundamentais sociais constitucionais e à dignidade da pessoa humana.

O saneamento ambiental tem por objetivo promover a melhoria das condições de saúde e a qualidade de vida da população. Os serviços de saneamento básico, tanto em seu caráter de cadeia industrial para a provisão de bens públicos, quanto como rede de serviços públicos destinados à efetivação de direitos sociais, vem passando por um substancial processo de transformação institucional desde a aprovação da Lei 11.445, de 2007¹ de Saneamento Básico.

Neste artigo se trabalhará na perspectiva de que embora o saneamento básico, não esteja expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 como um direito social, pode-se considerar que integra o conjunto de serviços públicos indispensáveis a efetivação dos direitos sociais. Nesse sentido, é fundamental reconhecer o direito ao saneamento básico e integrá-lo ao rol dos direitos fundamentais sociais que compõem a garantia do mínimo existencial, na promoção do bem-estar humano, assegurando as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência.

1 BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o Saneamento Básico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 10 de dez. 2011.

1. O saneamento básico como mínimo existencial

O saneamento básico é regulado pela Lei 11.445, de 2007, da Política Nacional de Saneamento Básico, e diz respeito ao serviço de água e saneamento prestado pelo Estado, ou empresa concessionária do serviço público aos integrantes de determinada comunidade, especialmente no que se refere ao abastecimento de água potável, ao esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e a drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p.117-118).

Conforme o IPEA (2010, p. 137-138), o acesso aos serviços adequados de água e esgoto é um importante determinante das condições de vida da população e da salubridade do meio ambiente. A oferta insuficiente de água configura-se em enorme problema socioambiental, sobretudo para os Municípios do semiárido brasileiro, devido ao fenômeno da seca, causada pela conjunção de fatores como o baixo índice pluviométrico e a irregularidade da distribuição das chuvas durante o ano.

A água é elemento vital para todos os seres vivos, que segundo Pires (2008, p. 71), “essa constatação faz refletir na água em dois aspectos: quantitativo e qualitativo, existindo um perfeito equilíbrio entre disponibilidade de abastecimento e qualidade”. A associação dessas características com um sistema adequado de saneamento básico é um indicativo de saúde primordial, já que em relação ao abastecimento de água e saneamento, “aproximadamente 80% de todas as doenças de origem hídrica e mais que um terço das mortes em países desenvolvimento é causado pelo consumo de água contaminada e que, excretos humanos e esgotos são importantes fatores de deterioração da qualidade da água” (HESPANHOL, 2006, p. 271).

A Assembleia Geral da ONU, em 2010, declarou o reconhecimento do direito à água potável e ao saneamento como um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos.

[...] Assim, o direito humano e fundamental à água potável e ao saneamento básico cumpre papel elementar não apenas para o resguardo do seu próprio âmbito de proteção e conteúdo, mas também para o gozo e o desfrute dos demais direitos humanos (liberais, sociais e ecológicos). Nesse sentido, a relação entre saneamento básico e proteção do ambiente resulta evidenciada, pois a ausência de redes de tratamento de esgoto resulta não apenas em violação ao direito a água potável e ao saneamento básico do indivíduo e da comunidade como um todo, mas também reflete de forma direta no direito a viver em um ambiente sadio, equilibrado e seguro (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 116-117).

O saneamento básico atua como um campo de atuação adequado ao combate da pobreza e da degradação do ambiente, de modo que a efetividade dos serviços de abastecimento de água e de esgoto sanitário integra o rol dos direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, o direito ao ambiente, incluindo o direito à água, essencial a dignidade humana (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 117). E, ainda, para Sarlet; Fensterseifer (2011, p. 117), o saneamento básico “caracteriza-se como um direito e dever fundamental do indivíduo e da coletividade, além de serviço público essencial e, portanto dever do Estado”.

Dessa forma, a caracterização dos direitos fundamentais socioambientais integra e torna interdependente a tutela dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, compatível para a realização de uma vida digna e saudável, garantindo o direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) estabelece “como parâmetro para determinar uma vida saudável um completo bem-estar físico, mental e social, o que coloca a qualidade ambiental como elemento fundamental para o completo bem-estar, caracterizador de uma vida saudável” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 49) bem como interpreta o meio ambiente como fator determinante e condicionante à saúde.

O meio ambiente passou a ser considerado essencial para que o ser humano possa gozar dos direitos humanos fundamentais, dentre

eles, o próprio direito à vida, e ao comentar sobre o meio ambiente, referindo-se à garantia de um meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações, Bobbio (1992, p. 6) assevera que “o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: como o direito de viver num ambiente não poluído”. Assim, o direito fundamental ao meio ambiente, tem uma amplitude maior, porquanto:

[...] o direito a um meio ambiente sadio salvaguarda a própria vida humana sob dois aspectos, a saber, a existência física e a saúde dos seres humanos, e a dignidade desta existência, a qualidade de vida que faz com que valha a pena viver. O direito a um ambiente sadio, desse modo, compreende a ampla o direito à saúde e o direito a um padrão de vida adequado ou suficiente [...] (TRINDADE, 1993, p. 76).

A aplicação do instituto do mínimo existencial vincula à garantia da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial representa o conjunto de condições elementares para a sobrevivência digna e o desenvolvimento da personalidade. A concepção é de garantir, ainda que em termos essenciais e não expansivos, mais que uma mera sobrevivência (HARTAMANN, 2010, p. 180).

E, para efetivar a dignidade da pessoa humana, deve-se garantir um mínimo existencial, um núcleo material e social que não permita que os indivíduos se encontrem em situação indigna. Pois, a situação social e econômica de cada cidadão é diferente, e cabe ao Estado igualar as condições necessárias para a manutenção da dignidade dos seus (RAWLS, 2002).

Por meio dos princípios de justiça, deve ser efetivada a distribuição equitativa de bens primários, ou seja, bens básicos para todas as pessoas independentemente de seus projetos pessoais de vida ou de suas concepções do bem. Ainda, que os mais fundamentais de todos os bens primários são o autorrespeito e a autoestima, acompa-

nhados das liberdades básicas, rendas e direitos aos recursos sociais (OLIVEIRA, 2003, p. 17). Sendo assim, corrobora Oliveira (2003, p. 18-19) que “a inviolabilidade das liberdades individuais está assegurada acima de todos os ajustes sociais envolvendo questões de oportunidades e desigualdades, de forma a evitar o sacrifício de indivíduos”.

Seus requisitos principais são os de que as liberdades individuais fundamentais e a liberdade de consciência e a de pensamento sejam protegidas e de que o processo político como um todo seja um procedimento justo. [...] Determina que as políticas sociais e econômicas visem maximizar as expectativas em longo prazo dos menos favorecidos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades e obedecendo a manutenção das liberdades iguais (RAWLS, 1997, p. 215-216).

Neste sentido, seria de que certas liberdades e direitos básicos devem estar considerados no princípio da equidade, que só a partir da garantia do patamar mínimo de direitos, seria possível considerar a diferença entre os indivíduos (RAWLS, 2002, p. 64).

A garantia do mínimo existencial representa um patamar mínimo para a existência humana e condição mínima para que um indivíduo possa exercer a sua liberdade, pois alguém de certo nível de bem-estar, como a falta de acesso a bens materiais e sociais, as pessoas não tem condições de assumirem parte na sociedade como cidadãos iguais.

No entanto, o Brasil apresenta enorme déficit de saneamento básico, negando uma vida digna à parcela da população. Com base no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) “estima-se que existam atualmente no Brasil aproximadamente 40 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha da pobreza. E sem renda para se alimentar, sem teto para se proteger, o indivíduo acaba sendo marginalizado, excluído, impedido de se desenvolver física e psiquicamente.” (DEMOLINER, 2008, p. 136).

Já, o problema da liberdade, que é o da desigualdade social e da destruição ambiental, existe uma visão de resgate da cidadania e do direito de cada cidadão construir suas opções. À medida que a pobreza aumenta, diminuem as opções e as possibilidades da massa de excluídos na sociedade. Atender as necessidades mais prementes dos pobres possibilita a maximização dos interesses individuais, que segundo Sen (1999, p. 82) “a qualidade de vida pode ser em muito melhorada, a despeito dos baixos níveis de renda, mediante um programa adequado de serviços sociais.” Deste modo, devemos garantir condições sociais e ambientais em que o interesse individual possa se manifestar.

Na questão do mínimo existencial existe a complexidade da definição de quais direitos e em que amplitude podem ser caracterizados como fundamentais dentre o rol dos direitos sociais na Constituição Federal. Neste sentido, a necessidade de reconhecimento de certos direitos subjetivos a prestações ligados aos recursos materiais mínimos para a existência de qualquer indivíduo. A existência digna, estaria intimamente ligada à prestação de recursos materiais essenciais, devendo ser analisada a problemática do salário mínimo, da assistência social, da educação, do direito à previdência social e do direito à saúde (SARLET, 2010, p. 322-323).

Deste modo, um dos maiores problemas em garantir o mínimo existencial, tem relação com a limitação dos direitos sociais que compõem este núcleo de forma que seja equitativa a todos os cidadãos.

2. Direito ao saneamento ambiental

A saúde, o saneamento ambiental e a saúde pública vêm sendo negligenciados como instrumentos de planejamento público, o que exige novas posturas na gestão das políticas públicas, em que a participação popular e o controle social devem estar interliga-

dos. Em função desse processo, as definições conceituais de saúde, saneamento ambiental e saúde pública relacionadas com o meio ambiente sofreram interpretações distintas (PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA, 2004, p. 25). Assim, a Organização Mundial da Saúde (OMS) define saneamento “como o controle dos fatores do meio físico, o qual pode exercer efeitos nocivos sobre o ser humano, seja sobre seu bem-estar físico, mental ou social.” O conceito de “saúde caracteriza-se como o completo bem-estar físico, mental e social do indivíduo e não apenas ausência de doenças” (PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA, 2004, p. 25), Logo:

A saúde pública é definida como a ciência e a arte de promover, proteger e recuperar a saúde por meio de medidas de alcance coletivo e de motivação da população. Esse conceito é tão amplo e diversificado que engloba a ciência como conhecimento racional humano e, ao mesmo tempo, precisa dos conhecimentos intuitivos e abstratos da arte para a consecução de seus objetivos (PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA, 2004, p. 25).

O direito ao saneamento ambiental estabelecido no artigo 2º, inciso I, da Lei 10.257, de 2001², Estatuto da Cidade, assegura não só a preservação de sua incolumidade físico-psíquica (saúde), vinculada ao local onde vivem, local este em que o Poder Público municipal tem o dever de assegurar condições urbanas adequadas de saúde pública, inclusive vinculadas ao controle de águas e esgotos, como a preservação dos demais valores vinculados a tutela dos bens ambientais adstritas a determinado meio em que referidas pessoas humanas se relacionam. Obrigação também imposta ao Poder Público municipal no sentido de fazer cessar toda e qualquer poluição em face dos demais bens ambientais garantidos constitucionalmente (FIORILLO, 2009, p. 357).

A escassez de serviços no campo empurra famílias para as cidades, dispensa trabalhadores rurais, que sem qualificação para atu-

2 BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Estabelece diretrizes gerais da Política Urbana e dá outras providências. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 de dez. 2011.

ar em atividades urbanas, acabam por viver em moradias precárias, onde o saneamento básico inexistente ou é deficiente.

Para Pires; Feijó; Luiz (2009, p. 116), as cidades brasileiras não têm conseguido oferecer infraestrutura urbana necessária para acompanhar o mesmo ritmo do crescimento populacional e, por isso, muitas pessoas não conseguem ter o atendimento mínimo necessário para viver dignamente em comunidade.

Ainda, o crescimento das cidades demanda aumento de produção de água tratada, como para a manutenção da sua dinâmica, enquanto centro urbano, bem como da expectativa de desenvolvimento e crescimento econômico para a geração de empregos e renda. Neste sentido, a água é um fator limitante do crescimento das cidades, pois para o desenvolvimento urbano é necessária água tratada em quantidade e qualidade satisfatórias. O desenvolvimento põe em risco a sobrevivência humana, porque compromete as reservas hídricas disponíveis. Porquanto, quanto maior for à expansão da cidade tanto em termos de crescimento populacional, quanto em número de indústrias, maior será a extração de recursos naturais necessários para a manutenção do processo, entre eles, a água (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 116-170).

O Brasil, com índice de cobertura da ordem de 90% em relação aos serviços de abastecimento de água, em áreas urbanas, ainda enfrenta grandes desafios para a universalização dos serviços básicos de saneamento, devido principalmente as características dos déficits, concentrados na periferia das grandes cidades e nos pequenos municípios dispersos no país. [...] Em relação aos serviços de saneamento básico, da Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) indicam que, na América Latina mais de 92 milhões de pessoas não possuem acesso a água segura e mais de 128 milhões de pessoas não possuem serviços de esgotamento sanitário adequado. Em áreas urbanas estes números atingem cerca de 39 milhões e 54 milhões de pessoas. Logo o Chile encontra-se próximo à universalização. [...] O Brasil, juntamente com a Argentina e a Venezuela são os países que mais investem em saneamento na América Latina (PEREIRA, 2012).

Segundo Hespanhol (2006, p. 311), em relação à gestão do saneamento básico, o Brasil enfrenta grandes desafios, tendo em vista a expansão urbana, o aumento da poluição dos recursos hídricos, à precariedade de recursos financeiros, assim como a grande mudança das políticas governamentais e as dificuldades de uma ordenação institucional em relação à cobertura e a qualidade dos serviços de saneamento ambiental em todo o País.

Também, referente às políticas públicas nacionais de saneamento, o Programa Saneamento para todos objetiva promover a melhoria das condições de saúde e a qualidade de vida da população por meio de ações integradas e articuladas de saneamento básico urbano com outras políticas setoriais. O programa financia com recursos onerosos empreendimentos de saneamento dos setores público e privado, com o intuito de promover o aumento da cobertura e a qualidade dos serviços de abastecimento de saneamento. Além disso, o Programa Serviços Urbanos de Água e Esgoto tem como objetivo ampliar o acesso e melhorar a qualidade dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos municípios brasileiros. Foi planejado com o intuito de suprir as deficiências de cobertura e de qualidade dos serviços de saneamento ambiental, que atingem de forma mais intensa a população de menor nível socioeconômico, com consequências negativas sobre o ambiente e a qualidade de vida nas cidades (IPEA, 2010, p. 137-139).

Diante disso, o desenvolvimento atribuído pela sociedade prevê que a concepção tradicional de saneamento básico deve ser ampliada para o conceito mais amplo de saneamento ambiental, desvinculando-se de sua conotação atual de mero executor de obras públicas e integrar a função de sanear com o objetivo de preservação da qualidade ambiental.

3. Saneamento, saúde, desenvolvimento e planejamento urbano

Embora desde tempos remotos o ser humano tenha percebido o impacto da degradação ambiental sobre o meio ambiente, foi somente no final do século XX é que os seres humanos perceberam a importância do meio ambiente equilibrado para a sua sobrevivência e qualidade de vida.

Neste contexto, a água, o desenvolvimento econômico e a saúde estão interligados, e uma das grandes falhas da economia no século XX foi à incapacidade de distribuí-la adequadamente com o saneamento satisfatório para toda a população. Essa falha causa entre 5 milhões e 10 milhões de mortes de pessoas, por ano, por doenças relacionadas à qualidade da água e às más condições sanitárias (TUNDISI, 2009, p. 205).

Ao mesmo tempo, a urbanização do planeta cresce e a população das cidades deverá dobrar até 2025, atingindo os cinco bilhões de habitantes. Trata-se de uma urbanização intensa e desordenada, com isso surgem os problemas ambientais. Conforme Philippi Júnior; Silveira (2004, p. 44-45), “a Organização das Nações Unidas (ONU) estima que até 2010 a metade da humanidade esteja vivendo em cidades e que, até o ano de 2025, dois terços da população mundial terão migrado para as cidades. Essa estimativa tem grandes implicações sobre o bem-estar, sobre a saúde das populações humanas e sobre o meio ambiente”.

É a partir disso que se desencadeia um novo enfoque sobre a questão ambiental e quatro fatores principais resumem a preocupação como o meio ambiente: o crescimento populacional e a infraestrutura, o esgotamento dos recursos naturais, o esgotamento da capacidade da biosfera em absorver resíduos e poluentes e as desigualdades sociais.

Os aspectos do desenvolvimento urbano caracterizam a evolução das cidades. Nesse entendimento, Tucci (2006, p. 399) assevera:

No início do século passado, a população urbana compunha cerca de 15% da população mundial e previa-se que no final deste, 50% da população mundial estaria em cidades. Nos países desenvolvidos como os Estados Unidos, a urbanização já atinge 94% da população. [...] Nos países em desenvolvimento existe um acelerado processo de urbanização. Na América Latina e no Caribe, a população urbana cresce a taxas de 3% a 5% ano. No ano de 2000, previa-se que cerca de seis cidades deveriam ultrapassar 10 milhões de habitantes e de 30 a 35 cidades deveriam ter população superior a 1 milhão. [...] A taxa da população urbana brasileira é de 76%.

O processo de urbanização acelerado ocorreu após a década de 1960, gerando uma infraestrutura inadequada para a população. Esse processo de urbanização danifica o solo ao transformá-lo em cidade e assim modifica-se o ambiente natural. Com isso, os Municípios terão como necessidade resolver as questões relacionadas ao saneamento básico: abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotamento sanitário, coleta, tratamento e disposição de resíduos sólidos.

Segundo o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), o Brasil tem uma população estimada em 170 milhões de habitantes, é a maior população da América Latina e se classifica como o sexto no mundo; entretanto, 54 milhões de pessoas vivem abaixo da linha de pobreza (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 121).

A mortalidade infantil está relacionada com a pobreza devido às condições precárias de sobrevivência a que muitas pessoas são obrigadas a viver. Neste sentido, menciona Tundisi (2009, p. 01), que “a água tem relação com o crescimento da população humana e com a saúde, porque muitas doenças que afetam a espécie humana têm origem hídrica em função do ciclo de vida de alguns organismos que dependem deste meio para se desenvolverem”. A falta ou a deficiência dos serviços de esgotamento sanitário e de tratamento

de resíduos sólidos são os dois principais fatores diretamente relacionados à mortalidade infantil.

Logo, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) aponta que as mortes por diarreias são verificadas no Brasil como um todo; porém o índice é mais expressivo nas Regiões Sudeste e Nordeste. De acordo com os dados do IBGE demonstram que as Regiões Sul e Sudeste do Brasil estão mais bem assistidas por serviços de saneamento básico: abastecimento de água; esgotamento sanitário; limpeza urbana e coleta de lixo; e drenagem urbana. O saneamento influencia a saúde das comunidades e os locais com maior cobertura destes serviços têm melhores condições de vida e, conseqüentemente, maior desenvolvimento.

O Brasil tem 9,6 milhões de domicílios urbanos, que abrigam aproximadamente 60 milhões de pessoas que não dispõem de coleta de esgoto. Essa situação ocorre principalmente nas áreas mais carentes dos grandes centros, nas cidades com até 20 mil habitantes, mas também nas Regiões Norte e Nordeste. Aproximadamente 15 milhões de domicílios não contam com água encanada; parte desta população, atendida pelo sistema de abastecimento de água, sofre com interrupção no fornecimento de água e tem problemas de qualidade da água (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 123).

O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que é usado para avaliar a qualidade de vida dos Municípios no Brasil, leva em conta o saneamento, que é um índice de qualidade ambiental. Assim, em relação ao desenvolvimento do saneamento básico:

O Brasil tem o pior desempenho na área do serviço de saneamento básico, em relação aos países como a Colômbia, o Suriname, o Chile e o Paraguai. E, que o saneamento básico influencia no cálculo do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) [...]. O IDH pretende ser uma medida geral do desenvolvimento humano, não abrangendo todos os aspectos do desenvolvimento, não representando, assim, a felicidade das pessoas e nem indicando o melhor lugar no mundo para se viver, mas permitindo uma concepção real de como é considerada e tratada à vida humana em cada País (DEMOLINER, 2008, p. 134-135).

Neste sentido, Sen (2000, p. 18), o desenvolvimento assinala como à manifestação da própria liberdade do indivíduo, e que o desenvolvimento deve necessariamente resultar na eliminação da privação de liberdades substantivas como os bens sociais básicos: alimentação, habitação, água tratada, saneamento básico, educação, rol que deve ser acrescido da qualidade do meio ambiente.

O saneamento ambiental é uma atividade essencial que por meio dos serviços de água, esgoto e resíduos sólidos favorece o desenvolvimento das cidades e melhora as condições de vida da população, entretanto, o saneamento básico, é o mínimo que as populações necessitam para reduzir ou minimizar os impactos ambientais e sociais.

Entretanto, nas cidades existem espaços vazios que poderiam ser ocupados objetivando aproveitar as condições favoráveis da localidade para o abastecimento de água e coleta de esgoto visando propiciar maior abrangência destes serviços no Município. Os vazios urbanos, existentes na cidade, geralmente são lugares privilegiados, valorizados à espera do consumidor que tem o maior poder de compra, e a especulação imobiliária prejudica este processo. A classe menos favorecida adquire seu imóvel nas áreas mais distantes da cidade, aumentando os espaços entre um loteamento e outro e, com isso agravam-se os problemas relacionados ao saneamento, porque esta condição dificulta, encarece e retarda o acesso aos benefícios proporcionados pelo saneamento básico (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 126).

Para Krawulski (2009, p. 127), a infraestrutura urbana não tem conseguido acompanhar o ritmo acelerado do processo de ocupação de áreas e, para morar nas cidades, o ser humano necessita de atendimento mínimo para viver decentemente em comunidade. Contudo, isso tem um custo alto porque é necessário investimento do poder público. Viver com dignidade requer planejamento das cidades que contemple todos os aspectos necessários a sua funcio-

nalidade, e não somente serviços de água, esgoto, resíduos sólidos e energia elétrica, mas um conjunto de benfeitorias, a fim de que as pessoas possam desfrutar do ambiente.

E, para atender este contingente populacional será necessário expandir as cidades e quanto maior for à expansão da cidade, maior será a extração de recursos naturais necessários para a manutenção do processo.

Apesar, existem vazios urbanos que poderiam ser habitados com o intuito de aperfeiçoar os espaços existentes e aproveitar as condições favoráveis da localidade para habitação, desta forma, reduziriam os custos, propiciando melhor qualidade de vida. Estes espaços vazios dificultam o acesso aos serviços essenciais, o acesso aos benefícios proporcionados pela infraestrutura urbana, além das habitações em áreas irregulares e o rápido crescimento populacional em curto intervalo de tempo (KRAWULSKI, 2009, p. 128).

O ambiente urbano oferece diversas condições que favorecem o seu crescimento. Neste aspecto, o problema situa-se na forma como as pessoas estão distribuídas neste espaço e as condições em que vivem. Para o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA):

O aumento da população e o alto consumo dos setores ricos estão agravando o estresse sobre o meio ambiente mundial, provocando o aumento do aquecimento global, o desmatamento, a crescente escassez de água [...] a população mundial atual é de 6,4 bilhões de pessoas e até 2007, 50% deste índice será urbano. Dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e Organização das Nações Unidas (ONU) apresenta conta de que: Mais de 2,6 bilhões de pessoas e cerca de 40% da população mundial, não têm acesso ao saneamento básico e mais de 1 bilhão ainda bebem água não tratada. Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), aproximadamente 80% da população brasileira vive nas cidades e esta concentração de pessoas realiza uma pressão ambiental no meio urbano (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 119).

Importa salientar que nos grandes centros urbanos existem favelas, assentamentos, moradia em condições improvisadas e em situação irregular, tais como em áreas de fundo de vale. A ocupação em área irregular, principalmente próxima aos cursos d'água, dificulta a execução de obras de saneamento básico e como consequência, põe em risco a saúde dos moradores. Apesar destas considerações, os moradores precisam viver dignamente em área propícia, dispondo de condições adequadas (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 119).

Ainda, a ausência de rede de coleta de esgoto obriga as pessoas a buscarem alternativas, tais como fossa, galeria de água pluvial, canalização direta no rio ou no solo. Entretanto, não basta implantar a rede coletora de esgoto se não realizar o tratamento, porque assim resolve-se o problema de uma comunidade, mas leva-se um problema maior para outras de jusante. Quando uma área dispõe apenas da coleta de esgoto, mas não dispõe do respectivo tratamento, haverá necessidade de lançar tais resíduos em algum lugar e que seu destino final será um curso d'água. Este procedimento é, entretanto incorreto porque causa poluição e contaminação; compromete a saúde de populações que se localizam a jusante do rio, e consequentemente uma série de doenças advém deste ciclo e a tendência é aumentar o índice de mortalidade desta e de outras comunidades (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 119).

Igualmente, a água é um regulador importante e, quando ofertada para uma comunidade moradora em área irregular, inicia-se o primeiro estímulo para que fixe moradia. Nos aspectos sanitários, esta condição de ocupação também é inadequada, pois todas as habitações demandam consumo de água e de produtos, que tem como consequência a geração de resíduos sólidos e líquidos e, evidentemente, os dejetos necessitam de destinação adequada. Todavia, devido à ausência de rede coletora de esgoto nos fundos de vale, a tendência é o lançamento in natura do esgoto no curso d'água. O outro agravante da ocupação irregular, é que geralmente são áreas

de difícil acesso, o que dificulta ou impede a coleta de lixo. Já, quando não existe o sistema público de abastecimento de água tratada, a comunidade fica mais sujeita às doenças de veiculação hídrica, porque geralmente a água consumida provém de poços e minas sem controle de qualidade e nas mais precárias situações, diretamente do rio, o que provoca aumento do índice de mortalidade. Pois, as condições de saúde estão diretamente ligadas às condições sanitárias (PIRES; FEIJÓ; LUIZ, 2009, p. 119-120).

Selborne (2011, p. 50), salienta que com o aumento da população mundial, o fornecimento de água limpa e segura e a manutenção de sistemas de saneamento se tornaram mais difíceis de conseguir. O deslocamento da população, das áreas rurais para as áreas urbanas, pressionou também estruturas que já eram inadequadas. Em 1955, 68% da população global viviam em áreas rurais, e 32% em áreas urbanas. Em 1995 essas proporções tinham mudado para 55% (áreas rurais) e 45% (áreas urbanas), e a previsão é de que atingirão 41% e 59%, respectivamente, em 2025. Em quase todo o mundo em desenvolvimento a taxa de investimento nos sistemas de suprimento de água caiu em relação ao crescimento urbano. Dentro das cidades, as taxas de mortalidade são mais elevadas nos bairros de classe baixa, devido à moradia inadequada, à grande densidade demográfica e à carência de serviços básicos.

Os sistemas de saneamento básico podem reduzir em 20% a 80% a incidência de doenças infecciosas, inibindo a sua geração e interrompendo a sua transmissão. Entre 1990 e 1994 cerca de oitocentos milhões de pessoas ganharam acesso à água de boa qualidade; no entanto, devido ao crescimento da população, o número dos que não são beneficiados caiu de 1,6 para 1,1 bilhão. Ao longo do mesmo período o número de pessoas sem acesso a saneamento básico aumentou em trezentos milhões. Em 1994 era de 2,9 bilhões, e esperava-se que aumentasse para 3,3 bilhões no ano 2000. Foram esses os resultados promovidos pelas Nações Unidas com a

década Internacional do Suprimento de Água e Saneamento Básico (1981-1990). A meta desse esforço era fazer com que as comunidades atingissem em todo o mundo, no ano 1990, disponibilidade e acesso fácil, seguro, confiável e adequado à água e ao saneamento básico. Durante essa década houve aperfeiçoamentos significativos, e a população servida por água potável segura aumentou em 240% em todo o mundo, e em 150% nas áreas rurais. Por outro lado, a porcentagem da população urbana disposta de saneamento aumentou apenas de 69% para 72% (SELBORNE, 2011, p. 51).

Portanto, constata-se que a meta proposta não foi atingida. Um relatório recente das Nações Unidas afirma que mais de cinco milhões de pessoas morrem anualmente com doenças causadas pela água de beber pouco segura e a falta de saneamento e de água para fins de higiene. Segundo a Organização Mundial da Saúde, bilhões de pessoas estão arriscadas a contrair doenças transmitidas pela água. Em 1997, 33% de todas as mortes foram devidas a doenças infecciosas e parasitárias. As diarreias provocaram 2,5 milhões de mortes. Em 2025 haverá cinco milhões de mortes entre as crianças com menos de cinco anos de idade, sendo que 97% desses óbitos deverão ocorrer nos países em desenvolvimento, a maioria deles devido a doenças infecciosas combinadas com a desnutrição (SELBORNE, 2011, p. 51).

4. Saneamento básico: uma questão de justiça socioambiental

A justiça ambiental congrega um conjunto de princípios éticos que se destinam a influenciar uma nova racionalidade socioambiental no atual estágio do capitalismo globalizante. A justiça ambiental pode ser definida como uma “espacialização da justiça distributiva”, porquanto se relaciona diretamente com uma proposta de justiça na

distribuição do meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os seres humanos.

Além disso, segundo Herculano (2011), visa evitar, seja por questões étnicas, raciais ou de classe, que as populações humanas vulneráveis “suportem uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas de operações econômicas, de políticas e programas federais, estaduais ou locais, bem como resultantes da ausência ou omissão de tais políticas.” O movimento por justiça ambiental surgiu nos Estados Unidos da América, em meados de 1980, como fruto da articulação de movimentos sociais de defesa dos direitos de populações pobres e de etnias discriminadas e vulnerabilizadas, expostas a riscos de contaminação tóxica por habitarem regiões próximas aos grandes depósitos de lixo tóxico e radioativo ou às grandes indústrias com efluentes químicos. Atualmente, o movimento por justiça ambiental avançou, focando não apenas na questão racial como fator de desigualdade ambiental, mas, sobretudo, na questão de classes, incorporando em seu discurso expressões como desigualdade e exclusão social (HERCULANO, 2011).

O movimento por justiça ambiental se apresenta como uma proposta de retomada de princípios de justiça social e de equidade ambiental em tempos de globalização. Assim, a justiça ambiental, caracterizada por movimentos de cidadãos unidos por um conjunto de princípios éticos destinados a influenciar uma nova racionalidade ambiental, podem auxiliar nas lutas por acesso à água potável, ao saneamento básico, dentre outros direitos. Neste sentido, comenta Sarlet; Fensterseifer (2011, p. 123):

Quando se fala em mínimo existencial a ideia de justiça social permeia a discussão na feição distributiva, no sentido de garantir um acesso igualitário aos direitos sociais básicos, da mesma maneira quando se discute os fundamentos do mínimo existencial socioambiental, os princípios de uma justiça ambiental devem ser considerados, balizando tanto as relações entre os Estados quanto relações entre as suas populações.

A realização dos direitos fundamentais sociais está longe de uma realização satisfatória, ainda mais considerando a privação, do acesso aos bens sociais básicos para um expressivo número de seres humano, como no caso do direito à saúde. Assim, no sentido de uma tutela integrada dos direitos sociais e da proteção do ambiente, sob a formatação dos direitos fundamentais socioambientais, atende justamente a um critério de justiça socioambiental, para além da ideia de justiça social, erradicando as mazelas socioambientais que alijam parte significativa da população brasileira do desfrute de uma vida digna e saudável, em um ambiente equilibrado, seguro e hígido. Diante disso, basta olhar para a realidade dos grandes centros urbanos brasileiros, onde as populações carentes vivem nas áreas mais degradadas do ambiente urbano (consequentemente, menos disputadas pela especulação imobiliária), geralmente próximas a lixões, recursos hídricos contaminados, áreas industriais, bem como em áreas de proteção e risco ambiental. Diante de tais situações, os grupos sociais mais pobres têm os seus direitos fundamentais violados duplamente, ou seja, tanto sob a perspectiva dos seus direitos sociais, quanto em relação ao seu direito a viver em um ambiente sadio e equilibrado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012).

Ainda, acrescenta Sarlet; Fensterseifer (2012), que a miséria e a pobreza como projeções da falta de acesso aos direitos sociais básicos, como saúde, saneamento básico, educação, moradia, alimentação, renda mínima, caminham juntas com a degradação e poluição ambiental, expondo a vida das populações de baixa renda e violando, por duas vias distintas, a sua dignidade. Destaca-se a importância de uma tutela compartilhada e integrada dos direitos sociais e dos direitos ecológicos, denominados de direitos fundamentais socioambientais, assegurando as condições mínimas para a preservação da qualidade de vida. No sentido de ampliar o núcleo de direitos sociais, de modo a atender as novas exigências para uma vida digna.

A população pobre é a mais prejudicada no que se refere ao saneamento, tanto que o relatório de Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do ano de 2006, expõe que “a crise da água e do saneamento no mundo é, acima de tudo, uma crise dos pobres” (PNUD, 2012). Significa que os objetivos do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) consiste em contribuir para o desenvolvimento humano, o combate à pobreza e o crescimento do País nas áreas prioritárias.

E, que no mundo tem 1,1 bilhão de pessoas sem acesso a água e 2,6 bilhões sem saneamento, e cerca de 2,6 bilhões de habitantes moram em domicílio sem esgoto, dos quais 660 milhões sobrevivem com menos de dois dólares por dia. Também, de acordo com o Ministério da Saúde, [...] sessenta e cinco por cento das internações hospitalares são resultado da inadequação dos serviços e ações de saneamento, sendo a diarreia responsável anualmente por cinquenta mil mortes de crianças [...] (TUCCI, 2001, p. 129).

Estamos vivendo uma sociedade de risco global, o qual pode ser definido como um processo de autodestruição de todas as formas de vida. Neste processo, a sociedade moderna criou um modelo de desenvolvimento complexo e avançado que faltam meios de controlar e disciplinar a questão social, econômica, política e ambiental e tendem cada vez mais escapar dos mecanismos de controle do Estado.

En la última década la pobreza se ha agudizado en todas partes. La ONU afirma que más de 2.400 millones de personas viven ahora sin saneamientos, un considerable aumento respecto a la década anterior; 1.200 millones carecen de agua potable segura; un número parecido carece de viviendas y servicios sanitarios y educativos adecuados; más de 1.500 millones sufren desnutrición, no porque falte comida o sobre sequía, sino por la creciente marginalización y exclusión de los pobres (BECK, 2006, p. 08).

Para Sarlet; Fensterseifer (2011, p. 123), existe uma injustiça na distribuição não só dos bens sociais, mas na distribuição e no acesso aos recursos naturais, de modo que a população mais necessitada acaba por ter não só seus direitos sociais violados como também o seu direito ecológico. A falta de acesso aos recursos sociais e ambientais, como o acesso ao saneamento básico, compromete o respeito pela vida e a dignidade da população carente.

Com isso, grande parcela da população se mantém as margens das cidades, sem água potável, coleta adequada de lixo e tratamento de esgoto, que permite que grandes empresas lucrem com a imposição de riscos ambientais e sanitários aos grupos que, embora majoritários, por serem pobres, tem menos poder na sociedade e, sobretudo, nas esferas do Poder Público. Enquanto a população de maior renda tem meios de se deslocar para áreas mais protegidas da degradação ambiental, as populações pobres são espacialmente segregadas, residindo em terrenos menos valorizados e inseguros. Também os grupos sociais de menor renda são os que têm menor acesso à água potável e ao saneamento básico. As dinâmicas econômicas geram um processo de exclusão territorial e social, que nas cidades leva a periferização de grande massa de trabalhadores e no campo, por falta de expectativa em obter melhores condições de vida, leva ao êxodo para os grandes centros urbanos (VELEDA MOURA, 2012).

O conceito de injustiça ambiental define as situações onde os danos ambientais do desenvolvimento se concentram de modo predominante, em locais onde vivem populações pobres. Fazendo com que todos os efeitos nocivos do desenvolvimento recaiam sempre sobre as populações mais vulneráveis. A injustiça ambiental resulta de um sistema de produção, de ocupação do solo, de destruição de ecossistemas, de alocação espacial de processos poluentes, que penaliza as condições de saúde da população trabalhadora, moradora de bairros pobres e excluída pelos grandes projetos de desenvolvimento (VELEDA MOURA, 2012).

O Brasil vive um grave problema de desigualdades sociais nas mais diversas regiões do país, com relação às implicações de ordem socioeconômica. Basta observar em volta das cidades, dos bairros onde vivemos, para perceber que as violações ao meio ambiente são agressões constantes, cotidianas, sofridas por milhões de pessoas (SCHONARDIE, 2003, p. 37).

Conforme apontado pelo Instituto para o Meio Ambiente e Segurança Humana da Universidade das Nações Unidas, “até 2010, existirão, em todo o mundo, pelo menos 50 milhões de refugiados ambientais, sendo que os países mais pobres serão os mais afetados [...]” E, em relação ao deslocamento dos “refugiados ambientais”³ são motivados pela busca de condições de vida que atendam um mínimo, suas necessidades, tanto em termos sociais como ambientais. Pois, as pessoas mais pobres que apresentam condições de vida precária, desprovidas de acesso aos seus direitos sociais básicos são mais vulneráveis aos efeitos negativos da degradação ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 53).

Diante disso, sem acesso a um meio ambiente saudável e equilibrado, ficarão prejudicados todos os demais direitos, visto que a violação dos direitos básicos do indivíduo também constitui dano ao meio ambiente. E, em relação às desigualdades sociais e ambientais, assevera Schonardie (2003, p. 37-38):

Os contrastes sociais entre a riqueza e a miséria, entre a fartura e a escassez transtornam as relações sociais dos homens entre si e desses com a natureza. O desequilíbrio do meio ambiente, compreendido de maneira global, total, envolvendo o meio natural, cultural, artificial, causa não apenas o desgaste do convívio dos seres entre si, mas, sobretudo, a perda de valores de ordem social e moral que garantem a sobrevivência digna das espécies, dentre elas, a nossa própria.

3 A utilização do termo “refugiado” faz referência àquelas pessoas que são obrigadas a deixar o local em que vivem, seja porque ele foi tomado pelas águas, seja porque não apresentam mais, condições mínimas para que nele se consiga viabilizar a sobrevivência... (LEÃO, 2011).

A razão suprema da existência do Estado reside no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente concretizado e perseguido pelo Poder Público e pela própria sociedade. Os deveres de proteção do Estado veiculam o compromisso de tutelar e garantir uma vida digna e saudável aos indivíduos e grupos sociais, o que passa pela tarefa de promover a realização dos direitos fundamentais socioambientais, entre eles a saúde e a qualidade ambiental, afastando possíveis óbices à sua efetivação e impondo medidas de cunho protetor e promocional (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012).

O Estado Socioambiental além de comprometer-se com a justiça social (garantia de uma existência digna ao acesso aos bens sociais básicos) assume a condição de um Estado de justiça ambiental, pois implica a proibição de práticas discriminatórias que tenham a questão ambiental de fundo, como decisão, seleção, prática administrativa ou atividade material referente à tutela do ambiente ou à transformação do território que onere injustamente indivíduos, grupos ou comunidade pertencentes à minoria populacional em virtude de raça, situação econômica ou localização geográfica (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 35-36).

Segundo Fensterseifer (2008, p. 280), a justiça ambiental deve reforçar a relação entre direitos e deveres ambientais, objetivando uma redistribuição de bens sociais e ambientais, e que possa rumar para uma equalização de direitos entre ricos e pobres entre os países do Norte e países do Sul, sendo que todos são, em maior ou menor medida, reféns das condições ambientais.

Percebe-se que os problemas ambientais urbanos podem estar tanto associados à pobreza como a afluência do crescimento econômico. O rápido crescimento populacional nas periferias das grandes cidades, aliado a ineficiência do poder Público dos países em desenvolvimento, faz com que os serviços básicos providos pelos Estados tornam-se muito aquém do mínimo necessário para o bem-estar dessas populações marginalizadas.

No mundo, essas populações sofrem com a falta de água potável, de tratamento de esgoto sanitário e coleta regular de lixo. Esse meio ambiente, típico das periferias das grandes cidades, propicia o aparecimento e a disseminação de diversas doenças, assim como problemas sociais advindos da exclusão (PHILIPPI JÚNIOR; SILVEIRA, 2004, p. 45).

Portanto, o meio ambiente urbano com problemas de favelização, saneamento básico deficiente e apenas para uma parte da população, habitações insalubres, com poluição do ar, água e solo. A qualidade ambiental abaliza para uma população vivendo em condições insalubres e inadequadas, especialmente a parcela dos excluídos social e economicamente, os quais não se garantem o mínimo de dignidade humana.

Considerações finais

Considera-se saneamento básico a rede de serviços públicos, que além de serviço essencial para a população, deve ser reconhecida como elemento integrante da dignidade da pessoa humana, sendo fundamental ao desenvolvimento do ser humano e ao bem-estar existencial.

O modelo institucional do saneamento básico no Brasil passa por um processo de evolução, devido ao crescimento desordenado das demandas urbanas e da baixa eficiência dos serviços de saneamento. No entanto, realizando um comparativo entre a década de 1960 e o ano de 2008, o acesso a serviços adequados de água e esgoto atinge o percentual de 80,5% da população urbana. Ressalta-se que houve um avanço considerável na atividade do saneamento básico, especialmente com relação aos processos, controle e monitoramento.

As populações de baixa renda, além de estarem expostas às agressões decorrentes da falta de amparo do serviço público de saneamento ambiental, também sofrem com os efeitos do crescimento

econômico desordenado. Para oferecer serviço de saneamento básico à população, são necessários recursos humanos, materiais e tecnológicos e considerando que a execução de obras de saneamento básico requer grandes investimentos, são necessárias também sensibilidade e vontade política de quem governa, lidera e libera recursos financeiros.

A implantação de um loteamento necessita de planejamento urbano que atenda um conjunto de benfeitorias considerando as principais necessidades humanas. O consenso entre os órgãos responsáveis pelas implementações é fundamental para que as ações sejam planejadas e concretizadas. Os investimentos em saneamento justificam-se prioritariamente nas áreas mais habitadas, onde os problemas são maiores e, tendem ficar desprovidas parcial ou totalmente dos serviços de infraestrutura urbana em função de uma série de dificuldades técnicas e operacionais. Caberão aos Municípios a gestão e o dever de prever o atendimento futuro destas áreas.

As habitações em áreas irregulares, os vazios urbanos e o rápido crescimento populacional em curto intervalo de tempo dificultam o acesso aos serviços essenciais. A desconsideração para com os aspectos técnicos nas áreas destinadas a loteamentos coloca barreiras à implantação do saneamento básico, que oneram, dificultam e retardam o acesso ao benefício; razão por que o planejamento urbano e o saneamento devem ser compatibilizados.

Nesta perspectiva, a concepção de um Estado de justiça socioambiental conduz a proibição de práticas discriminatórias referentes às questões sociais e ambientais. A justiça socioambiental objetiva uma redistribuição de bens sociais e ambientais, com a participação da sociedade por meio dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, juntamente com o Ministério Público, visando manter o equilíbrio ambiental, para alcançar o desenvolvimento e conseguir ao mesmo tempo o bem-estar social.

A injustiça ambiental se revela de diversas formas, decorre da crescente escassez de recursos naturais e que a deterioração dos

ecossistemas afeta de modo desigual diferentes grupos sociais ou áreas geográficas, já que as múltiplas formas de degradação ambiental incidem, especialmente, onde vivem as populações de menor renda. Entretanto, a injustiça social, afeta de forma mais intensa os cidadãos mais desfavorecidos economicamente, os quais possuem um acesso mais restrito aos serviços públicos essenciais, tais como: a água potável, ao saneamento básico, à moradia adequada, à saúde e a melhoria de todos os aspectos de higiene.

Percebe-se que os direitos fundamentais sociais têm função eficaz para a realização da dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade formal e material, com objetivos de erradicar a pobreza e promover o bem-estar social e ambiental de todos os cidadãos.

Portanto, é fundamental reconhecer o direito ao saneamento básico e integrá-lo ao rol dos direitos fundamentais sociais que compõem a garantia do mínimo existencial como elemento integrante da dignidade da pessoa humana, considerando o acesso à água potável e o saneamento como um direito humano essencial para o pleno desfrute da vida humana.

Referências bibliográficas

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Traducción de Jesús Alborés Rey. Siglo XXI de España Editores S. A: Madrid, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Lei nº 11.445, de 05 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o Saneamento Básico e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11445.htm>. Acesso em: 10 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº 10. 257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. Estabelece diretrizes gerais da Política Urbana e dá outras providências. Disponível em: <www.presidencia.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 dez. 2011.

DEMOLINER, Karine Silva. *Água e saneamento básico: regimes jurídicos e marcos regulatórios no ordenamento brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico - constitucional do Estado Socioambiental de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

HARTAMANN, Ivar Alberto Martins. *E-codemocracia: a proteção do meio ambiente no ciberespaço*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HERCULANO, Selene. *Riscos e desigualdade social: a temática da justiça ambiental e sua construção no Brasil*. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selene%20Herculano.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2011.

HESPANHOL, Ivanildo. *Água e saneamento básico*. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia (Orgs.). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. p. 269-323.

IPEA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio: Relatório Nacional de Acompanhamento*. Brasília: IPEA, mar., 2010. 184 p.

KRAWULSKI, Cristina Célia. *Introdução à gestão ambiental: Gestão Ambiental*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2009.

LEÃO, Márcia Brandão Carneiro. *Direitos humanos e meio ambiente: mudanças climáticas, “refugiados” ambientais e direito internacional*. Disponível em: <http://www.nima.puc-rio.br/aprodab/artigos/clima_e_refugiados_ambientais_marcia_brandao_carneiro_leao.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2011.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Rawls*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003.

PEREIRA, Dilma Seli Peña. Saneamento básico: situação atual na América Latina - enfoque Brasil. In: III CONGRESSO IBÉRICO SOBRE GESTÃO E PLANEJAMENTO DA ÁGUA. O diretivo quadro da água: realidade e futuro. Espanha, 2002. Disponível em: <<http://www.tierra.rediris.es/hidrored/congresos/psevilla/dilma1po.html>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

PIRES, Ewerton de Oliveira. Poluição do solo, atmosfera e águas continentais. In: FEIJÓ, Cláudia Cristina Ciappina (Org.); *et al.* *A sociedade, meio ambiente e cidadania*. Londrina: Unopar, 2008, p. 57-83.

_____; FEIJÓ, Cláudia Cristina Ciappina; LUIZ, Leliana Casagrande. *Gestão de Recursos Hídricos: Gestão Ambiental*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2009.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; SILVEIRA, Vicente Fernando. Saneamento ambiental e ecologia aplicada. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; ROMÉRO, Marcelo de Andrade; BRUNA, Gilda Collet (Orgs.). *Curso de Gestão Ambiental*. Barueri, São Paulo: Manole, 2004. pp.19-52.

PNUD. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Relatório de Desenvolvimento Humano. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2. ed. Tradução de Almiro Pi-setta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____; _____. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: KRELL, Andreas J. *et al*; SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Estado Socioambiental e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. pp. 11-38.

_____; _____. Direito à saúde e proteção do ambiente na perspectiva de uma tutela jurídico-constitucional integrada dos direitos fundamentais socioambientais (DESCA). *BIS, Bol. Inst. Saúde*. São Paulo, v.12, n. 3, 2010. Disponível em: <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122010000300007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2012.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. *Dano ambiental: a omissão dos agentes públicos*. Passo Fundo: UPF, 2003.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

SELBORNE, Lord. *A ética do uso da água doce: um levantamento*. Brasília: UNESCO, 2001. 80 p. Meio Ambiente. v. 3. Disponível em: <<http://www.unopar.br/biblio01/catalogos.htm>>. Acesso em: 30 set. 2011.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. *Gestão da água no Brasil*. Brasília: UNESCO, 2001.

TUCCI, Carlos Eduardo Morelli. Água no meio urbano. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia (Orgs.). *Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação*. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006. pp. 399-431.

TUNDISI, José Galizia. *Água no século XXI: enfrentado a escassez*. 3. ed. São Carlos: RiMa: IIE, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. Disponível em: <<http://www.unicef.org.br>>. Acesso em: 20 dez. 2011.

VELEDA MOURA, Danieli. *Justiça ambiental: um instrumento de cidadania*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 65, 01/06/2009. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6285. Acesso em: 16 jan. 2012.

TRIBUTAÇÃO E DIREITOS SOCIAIS:
A EXTRAFISCALIDADE INSTRUMENTO
DE EFETIVIDADE

TAX AND SOCIAL RIGHTS:
EXTRATAXLY A AS INSTRUMENT
OF EFFECTIVENESS

*Marciano Buffon**

Resumo: O presente trabalho analisa as possibilidades de a tributação ser um eficaz meio de densificação do princípio da dignidade da pessoa humana, mediante a materialização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais para que, com isso, possam ser exploradas todas suas potencialidades na construção do Estado Democrático de Direito, num cenário em que o poder do Estado vem perdendo paulatinamente sua capacidade de ação, em face da sua denominada crise estrutural. O princípio da dignidade da pessoa humana está tão umbilicalmente ligado ao Estado Democrático de Direito que não se pode sustentar que este exista, sem a consagração formal daquele, uma vez que a dignidade da pessoa humana necessita desse modelo de Estado para restar assegurada, ou intensamente perseguida. Para tanto, faz-se necessário uma ação Estatal efetiva – distanciada da neutralidade apregoada pelo modelo liberal

* MARCIANO BUFFON - Doutor em Direito - ênfase em Direito do Estado - pela UNISINOS, com período de pesquisa na Universidade de Coimbra - Mestre em Direito Público. Advogado Tributarista, com especialização em Direito Empresarial. Professor no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da UNISINOS. Professor de Direito Tributário na UNISINOS São Leopoldo RS e em cursos de pós-graduação (especialização) em Direito Tributário noutras instituições. Vice-presidente jurídico do IBTEC. Autor do livros na área tributária, sendo o mais recente: *Tributação e dignidade humana: entre direitos e deveres fundamentais*.

individualista – no sentido de, sobretudo, reduzir as desigualdades econômicas e sociais, mediante a realização daqueles direitos fundamentais que adequadamente servem a esse fim. Para isso, o Estado dispõe de poderosos instrumentos, entre quais, principalmente, a utilização da extrafiscalidade, hipótese na qual o Estado, via tributação, busca atingir os fins de sua existência – realização de direitos fundamentais e concretização de princípios constitucionais – e não visa apenas à obtenção receitas derivadas – para que, com isso, reste preservado e perseguido o “interesse humano” na tributação.

Palavras-chave: Dignidade humana. Tributação. Cidadania fiscal. Extrafiscalidade. Interesse humano.

Abstract: This work analyzes the possibilities of the taxation be an effective way of densification the principle of the human dignity, in front of the materialization of the fundamental social rights, economical and cultural, so that, with this it can be explored all its possibilities in the building of a Democratic State of Right, in a set where the power of the State comes slowly losing tits capacity of act, because of its called structural crisis. The principal of the human dignity is so umbilicus linked to the Democratic State of Right that is possible that it exists, without the formal consecration of that, once the human dignity needs this pattern of the State to ransom ensured, or deep chased. For this purpose, it is necessary state-owned action effective – apart from the neutrality announced by the individualist liberal pattern – meaning, above all, to reduce the economical and social inequalities, front of the accomplishment of the fundamental rights that are suitable for this purpose. For that, the State has powerful instruments, among them, mainly the use of the extrataxy, hypothesis where the State, by taxation, tries to reach the goals of its being – achievement of the fundamental rights and materialization of the constitutional principles – and it does not only goal to obtain derivative takings – for that, with this, it remains preserved and followed the “human interest” in taxation.

Keywords: Human dignity. Taxation Citizenship tax. Extrataxy. Human interest.

Introdução

O contemporâneo formato do Estado não prescinde da arrecadação de tributos. Isso implica reconhecer que um dos principais deveres inerentes à cidadania consiste em pagar tributos, uma vez que, com isso, o Estado assegura os recursos necessários para garantir a realização de programas e políticas direcionadas à obtenção do denominado bem comum - razão da própria existência do Estado.

Quando se examina o sentido do referido bem comum, há de se ter presente que seus contornos conceituais não podem ficar à mercê de programas governamentais unilateralmente elaborados. Em um Estado Democrático de Direito, a idéia de bem comum está constitucionalmente positivada, razão pela qual existe uma vinculação e um comprometimento de todos os Poderes e em todas as esferas com a sua realização.

Na linha do exposto, pode-se dizer que o bem comum corresponde à concretização dos objetivos e princípios constitucionalmente postos, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais. Portanto, à medida que os direitos fundamentais alcançam um grau satisfatório de realização, automaticamente pode-se dizer que se trilha o caminho da maximização da densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana e, num plano pragmático, caminha-se na direção do bem comum.

Em vista do exposto, faz-se necessário examinar como a tributação pode servir de instrumento à realização dos direitos fundamentais denominados de segunda e terceira dimensão, ou seja, os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os denominados direitos de solidariedade.

A questão a ser discutida não diz respeito à aplicação dos recursos obtidos com a exigência de tributos para concretizar o bem comum, isto é, a fórmula segundo a qual os direitos se realizam me-

diante a instituição de uma fonte de custeio e a aplicação do produto da arrecadação em programas sociais tendentes a tal fim.

Refere-se, sim, à possibilidade de que o Estado utilize a tributação como instrumento de intervenção na sociedade, sobretudo no campo econômico e social, com vistas a concretizar suas diretrizes constitucionalmente previstas. Ou seja, ao invés de apenas arrecadar tributos e aplicar os recursos respectivos, o Estado estimula ou desestimula comportamentos, visando a atingir os mesmos fins que tradicionalmente buscava atingir tributando. Esse fenômeno é denominado de extrafiscalidade.

Não seria possível sustentar que a extrafiscalidade viesse a substituir, completamente, a clássica fórmula, pois o Estado continuará a ter que arrecadar recursos para fazer frente ao ônus decorrente da sua própria razão de existir - sobretudo com a realização dos direitos sociais, de cunho prestacional. No entanto, paralelamente a isso, é possível que políticas tributárias extrafiscais cumpram um importante papel na realização dos objetivos constitucionalmente postos, em especial os no que tange à eficácia social dos referidos direitos.

Assim, serão analisados os requisitos, pressupostos, limites e fins possíveis dessas políticas extrafiscais, além da forma como poderão ser efetivadas e operacionalizadas.

1. Os contornos conceituais da extrafiscalidade

A princípio, a compreensão da extrafiscalidade ocorre pela via da exclusão. Uma vez que se compreende a idéia da fiscalidade, percebe-se que a idéia da extrafiscalidade gravita no seu espaço entorno. Isto é, se a fiscalidade se refere à forma como o Estado arrecada tributos para que, com isso, tenha recursos para realizar seus fins, a

extrafiscalidade, por óbvio, corresponde a uma fórmula que ocupa um espaço alternativo a essa idéia.

Lobo Torres caracteriza a extrafiscalidade como a “utilização do tributo para obter certos efeitos na área econômica e social, que transcendem à mera finalidade de fornecer recursos para atender às necessidades do tesouro”.¹ Dentro dessa linha, menciona Casalta Nabais:

A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados econômicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer frente face às despesas públicas.²

Cabe frisar que a extrafiscalidade não significa que o Estado deixe de arrecadar tributo. Ocorre que a finalidade visada com ela não é meramente arrecadatória, ainda que ingressem recursos aos cofres públicos. O objetivo transcende, pois, o arrecadar e direciona-se a estímulos comportamentais que tenham como fim objetivos constitucionalmente positivados. Nesse sentido, Lapatza explica:

Entendido assim, o “sustento da despesa pública” permite que o legislador estabeleça tributos com fins distintos da simples arrecadação, isto é, com fins neste exato sentido, “extrafiscais”, sempre que, como já dissemos, se respeitem as exigências mínimas do princípio de capacidade; que os fins desejados pelo legislador sejam também desejados e protegidos pela constituição; que sua consecução esteja encomendada por ela ao Estado e aos demais entes públicos; e que consecução influa ou se reflita, direta ou indiretamente, no nível de despesa pública ou em sua distribuição. Penso que neste âmbito devem ser inseridos os chamados fins extrafiscais dos tributos. Com eles o Estado pode, por exemplo, buscar uma redução dos gastos (na conservação do meio ambiente através dos cha-

1 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. Vol. III: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 135.

2 CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 629.

dados tributos meioambientais; em saúde, através de impostos sobre o álcool ou o tabaco) ou um aumento do nível de renda ou uma melhor distribuição dela (através, por exemplo, de tributos que estimulam a utilização de terras ou outros elementos improdutivos).³

Em última análise, toda imposição fiscal representa, em maior ou menor grau, uma espécie de intervenção do Estado na economia, mesmo que “a priori” o objetivo seja puramente arrecadatário. Assim, mesmo na fiscalidade, haverá sempre um espaço para a extrafiscalidade.

Conforme sustenta a doutrina espanhola, não se pode desconhecer o fato de que, como aponta o art. 4º da Lei Geral Tributária (espanhola), os impostos, além de representarem o meio de ingressos públicos, devem servir como instrumentos de política econômica geral, atender às exigências de estabilidade e progresso social e procurar uma melhor distribuição da renda nacional. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol (STC 46-2000 de 17-02) entendeu, relativamente ao Imposto de Renda Pessoa Física, que esse é um instrumento idôneo para alcançar os objetivos de redistribuição de renda e de solidariedade que a Constituição propugna e que dota de conteúdo o Estado Social e Democrático de Direito.⁴

A extrafiscalidade não constitui uma novidade que tenha surgido com o advento do Estado Social. Com esse modelo do Estado, porém, a extrafiscalidade ampliou seu grau de importância, estando apta a fazer frente às multifacetadas realidades sociais e econômicas que reclamam a intervenção estatal. Explicando isso, menciona Casalta Nabais:

3 LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário: teoria geral do tributo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole; Madrid: Marcial Pons, 2007. p. 25.

4 LOZANO SERRANO, Carmelo; QUERALT, Juan Martín; OLLERO, Gabriel Casado; LÓPEZ, José Manuel Tejerizo. *Curso de derecho financiero y tributario*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 111.

A título de primeira nota trata-se de lembrar que os impostos extrafiscais não constituem uma novidade do estado social, já que neles sempre se incluíram os clássicos impostos aduaneiros proctetivos, bem antigos e conhecidos do estado liberal cuja finalidade era (e é) a de proteger os respectivos espaços económicos nacionais, pelo que a actual forma de estado – o estado social – se limitou a acrescentar a esses os chamados impostos ordenadores ou orientadores que, justamente por terem objectivos dominantes de intervenção económica e social, desencadearam a ampla problemática da sua legitimidade constitucional. Como segunda nota, há que assinalar que estes últimos impostos extrafiscais - os únicos que constituem portanto um verdadeiro *apport* do estado social – são bastante mais raros do que, à primeira vista se possa pensar, pois o legislador (fiscal) escassamente erige em finalidade dominante dum imposto a intervenção económica e social, convertendo-a, assim, numa medida de política económica-social por via fiscal.⁵

Conforme lembra Balleiro, uma das mais remotas formas de aplicação do tributo com fins extrafiscais refere-se à exigência de direitos alfandegários altamente onerosos na importação de mercadorias.⁶ A cobrança de tributo dessa natureza não tinha, e ainda não tem, o fim precípua de gerar arrecadação, mas sim equilibrar a balança comercial e proteger a indústria nacional, ou ainda, em sentido inverso, incentivar a entrada de produtos que, por serem escassos no mercado interno, pressionam as taxas inflacionárias.

O mesmo acontece com outros impostos - Imposto de Exportação, IPI e IOF - os quais têm uma nítida conotação extrafiscal. Tanto é assim que, a própria Constituição excluiu os referidos impostos da observância da regra da anterioridade anual (art. 150 §1º)⁷ e permitiu que suas alíquotas fossem modificadas por ato do Poder Executivo (art. 153 § 1.º), observados os limites previstos em lei.

5 CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 2004. p. 630.

6 BALLEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 15. ed. ver. e atual. por Dejalma Campos, 1998. p. 190.

7 Cabe mencionar que a Emenda Constitucional nº 42/2003 instituiu a regra da anterioridade de nonagesimal, excluindo, porém sua aplicabilidade relativamente ao Imposto de Importação, ao Imposto de Exportação e ao IOF, entre outros tributos.

Isto ocorre, porque tais tributos servem de instrumento à política econômica/cambial, sendo imprescindível que esses instrumentos sejam ágeis.⁸

Pode-se constatar ainda uma típica extrafiscalidade na exigência do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR, de forma seletiva, com vistas a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas (art. 153 § 4.º), bem como na exigência do IPTU progressivo no tempo, nos termos do inciso II do § 4.º do art. 182 da CF/88.

Além disso, a extrafiscalidade se verifica no disposto nos arts. 153 § 3º, inciso I e art. 155, § 2º, inciso III, os quais estabelecem que as alíquotas do IPI e do ICMS serão seletivas em função da essencialidade do produto, visando, neste caso, à adequação desses impostos ao princípio da capacidade contributiva. Percebe-se também a extrafiscalidade no art. 156 § 1º, inciso II, ao estabelecer que o IPTU terá alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel. Ou ainda, no disposto no art. 146, inciso III, alínea “d”, ao estabelecer a necessidade de um tratamento tributário diferenciado e favorecido para micro e pequenas empresas.

De qualquer forma, as hipóteses de extrafiscalidade não se esgotam nas já referidas, assim como se reconhece que toda imposição fiscal implica certo grau de intervenção do Estado no campo econômico e social, razão pela qual, até os impostos que visam precipuamente arrecadar estão imbuídos de uma conotação extrafiscal, mesmo que ténue.

Enfim, não é pelo fato de a Constituição prever algumas hipóteses de extrafiscalidade, que a tributação não poderia servir de

8 Para exemplificar a necessidade de urgência, cabe lembrar que em fevereiro de 1995, no auge da “fantasia cambial” (sobrevalorização do real frente ao dólar) o automóvel mais vendido no país foi o FIAT TIPO, importado da Itália. Esta situação, por óbvio, estava destruindo a indústria automobilística nacional, razão pela qual o Poder Executivo duplicou a alíquota do imposto de importação incidente sobre automóveis (35 % para 70 %), exigindo imediatamente o imposto calculado de acordo com a nova alíquota.

instrumento de intervenção do Estado, com vistas a obter outros fins também constitucionalmente postos, embora não-reservados expressamente à tributação como meio de realização.

Antes de examinar as hipóteses constitucionais de extrafiscalidade, faz-se necessário analisar a face da desoneração fiscal com finalidade extrafiscal, ou seja, quais são requisitos e pressupostos constitucionais que devem ser observados para a concessão de benefícios fiscais mediante redução de alíquotas, base de cálculo, isenções, suspensões ou diferimentos da incidência tributária.

3. Extrafiscalidade e benefícios fiscais

A extrafiscalidade manifesta-se através da majoração da carga tributária, com vistas a desestimular comportamentos que sejam contrários à maximização da eficácia social dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

De outro modo, a extrafiscalidade se manifesta mediante a desoneração fiscal, desde que tenha os mesmos objetivos visados pela exacerbação da exigência fiscal comentada. Casalta Nabais explica as duas faces da extrafiscalidade:

De outro lado, é de salientar que a extrafiscalidade se expande por dois grandes domínios, cada um deles traduzindo uma técnica de intervenção ou de conformação social por via fiscal: a dos impostos extrafiscais, orientados para a dissuação ou evitação de determinados comportamentos (em que são de integrar os chamados agravamentos extrafiscais de impostos fiscais), e a dos benefícios fiscais dirigidos ao fomento, incentivo ou estímulo de determinados comportamentos.⁹

9 CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 630.

Assim, a extrafiscalidade, em sua face de exoneração, se consubstancia na concessão de isenções ou benefícios fiscais, com vistas a concretizar direitos fundamentais, assegurar e estimular o desenvolvimento sócioeconômico de determinada região ou incentivar determinada atividade que seja de interesse da coletividade. Por decorrência, explica Casalta Nabais:

Efectivamente, é no domínio dos chamados benefícios fiscais que a extrafiscalidade se revela em termos mais significativos e freqüentes, pois que é geralmente reconhecido integrar o seu próprio conceito a natureza ou carácter extrafiscal como, de resto, se verifica no conceito legal que a nossa ordem jurídica nos fornece – o art. 2º, nº 1, do EBF, que define os benefícios fiscais como medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de interesses públicos extrafiscais relevantes e que sejam superiores aos da própria tributação que impedem⁹. Pelo que os benefícios fiscais são, em si mesmos, medidas extrafiscais, o que os distingue designadamente dos chamados desagravamentos fiscais stricto sensu (não-sujeições tributárias que consubstanciadas em medidas fiscais estruturais de carácter normativo que estabeleçam delimitações negativas expressas da incidência, os quais, muito embora também possam ter por base, como de resto é freqüente, razões de natureza extrafiscal, não integram a verdadeira extrafiscalidade ou extrafiscalidade externa, já que eles sempre se conformam com as normas e princípios especificamente respeitantes à estrutura do imposto cuja incidência visam delimitar negativamente, configurando-se assim como medidas de política fiscal e não medidas de política económica e social por via fiscal, ou seja medidas que embora traduzam despesas fiscais enquanto diminuem as receitas ou a produtividade dos correspondentes impostos, são adoptadas pelo legislador fiscal no exercício do seu poder tributário, isto é, enquanto selecciona e delimita os factos tributários pro-nunciando-se sobre o que pretende tributar e o que não pretende tributar em função da política de impostos adoptada. Em suma, dos benefícios fiscais são de afastar estes desagravamentos que se situam no domínio da chamada erosão fiscal (pela erosão da matéria colectável ou do imposto que provocam) ou da extrafiscalidade interna.¹⁰

No que tange à concessão de benefícios fiscais, a doutrina espanhola entende que ela pode estar materialmente justificada e por-

10 CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 2004. p. 630.

tanto ser constitucionalmente legítima, sempre que tal concessão seja um expediente para a consecução de objetivos que gozam de respaldo constitucional.

Em vista disso, não se poderá, em tais casos, falar de privilégios contrários ao princípio constitucional da generalidade ou capacidade contributiva. O princípio da capacidade contributiva, em muitos casos, não é o meio mais adequado para se alcançar uma melhor distribuição de renda, devendo ceder lugar a outros princípios constitucionais mais aptos para a obtenção de uma distribuição de renda mais justa para o seu próprio crescimento.¹¹

Todavia esses benefícios fiscais não podem acarretar uma quebra total do princípio da capacidade contributiva, bem como desconsiderar esse princípio, pois isso significa uma discriminação injustificada e uma inaceitável exclusão do dever fundamental de pagar impostos (dever de solidariedade).¹²

Desse modo, o dever fundamental de pagar tributos não pode ser, injustificadamente, dispensado, pois isso quebra os vínculos de solidariedade que pressupõem a cidadania, em sua contemporânea concepção. Ser cidadão significa ter deveres – entre os quais o de pagar tributos – mas significa também ter direitos, especialmente o

11 LOZANO SERRANO, Carmelo; Queralt, Juan Martín; Ollero, Gabriel Casado; López, José Manuel Tejerizo. *Curso de derecho financiero y tributario*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 111. Conforme mencionam os autores, O Tribunal Constitucional espanhol já reconheceu a finalidade extrafiscal e a possibilidade da utilização do tributo como instrumento de política econômica conforme as seguintes decisões (SSTC 197/2002, de 19/11, 186/1993 de 07/06 e 134/1996 de 22/07), fazendo referências ainda nas decisões SSTC 276/2000 de 16-11 e 289/2000 de 30/11. (p. 111-112).

12 Nesse sentido a decisão do TSJ do País Basco de 30 de setembro de 1999, que declarou a nulidade de determinados benefícios fiscais que implicavam uma redução de 99% da base impositiva do Imposto sobre as Sociedades a empresas novas estabelecidas no referido território, posto que isto supunha uma redução tão acentuada na carga tributária que afetava o dever básico de contribuir previsto no art. 31.1 da Constituição Espanhola, em conexão com o princípio da capacidade contributiva. Tais benefícios foram considerados desproporcionais e inidôneos e provocavam a quebra do princípio da generalidade no dever de contribuir para com a coletividade. LOZANO SERRANO, Carmelo; QUERALT, Juan Martín; OLLERO, Gabriel Casado; LÓPEZ, José Manuel Tejerizo. *Curso de derecho financiero y tributario*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002. p. 112.

de exigir que não haja a ilegítima dispensa, por outrem, do principal dever de cidadania.

A concessão de benefícios e incentivos fiscais não pode ficar à mercê de interesses políticos e econômicos, fortemente defendidos por lobbies, no mais das vezes, obscuros. As referidas desonerações deverão submeter-se a mecanismos, substancialmente democráticos, de aprovação, sendo que só serão legítimos se os objetivos visados forem – de fato – constitucionalmente fundamentados.

Há de se reconhecer, pois, que em nome da geração de empregos, muitos incentivos e benefícios de ordem financeira e fiscal foram concedidos no Brasil, principalmente na última década do Século XX. Em muitos casos, pouco tempo depois, constatou-se que se tratava de empreendimentos oportunistas e não-comprometidos com os objetivos que serviram de pretexto à concessão das benesses fiscais e financeiras. Essas distorções colaboraram, inequivocamente, para o atual processo de crise vivenciado por boa parte das Unidades da Federação.

Enfim, a matéria relativa à concessão de benefícios e incentivos fiscais merece ter uma redobrada atenção no debate acerca do tipo de Estado que se quer ter, do tamanho desse Estado e dos objetivos que ele deve atingir. Há de se compreender que, quando determinada benesse fiscal é concedida, não se trata de uma manifestação de generosidade do ente “Estado” para determinado setor ou empreendimento. Trata-se, sim, da transferência de recursos de toda a sociedade, feita pelo administrador do Estado (governo), razão pela qual é imperioso que haja uma substancial participação de toda sociedade no processo decisório da concessão da benesse.

Mesmo com uma efetiva participação da sociedade no processo decisório acerca da concessão do incentivo ou benefício fiscal, a constituição estabelece, explícita ou implicitamente, pressupostos, limites e objetivos que condicionam a legitimidade da extrafiscalidade.

4. A legitimidade constitucional da extrafiscalidade

Sabe-se que a tributação extrafiscal implica discriminações, ou seja, implica tratamento diferenciado para aqueles que se encontram em situação de igualdade. Em vista disso, se poderia afirmar, em uma análise superficial, que a extrafiscalidade não encontraria fundamento constitucional por ferir o pilar da isonomia.

No entanto, a extrafiscalidade, além de possuir alicerce constitucional, serve de meio de concretização da própria Magna Carta. Por óbvio, isso só é sustentável se a discriminação perpetrada pela extrafiscalidade tiver como objetivo atingir uma meta que a própria Constituição determina deva ser atingida, razão pela qual Murphy e Nagel sustentam que a questão da justiça de determinado tratamento tributário não poderá ser considerada isoladamente. Conforme dizem:

Temos de saber: (a) se ela distorce o padrão mais amplo de redistribuição e financiamento da ação pública exigido pela nossa concepção geral de justiça, ou seja, se ela redireciona alguns custos e aumenta ou diminui sub-repeticamente a quantidade de redistribuição; e (b) se serve a outras finalidades, legítimas para a política fiscal, que sejam importantes o suficiente para neutralizar uma possível desvantagem do primeiro tipo.¹³

Não se pode falar, desse modo, que, uma vez observados determinados limites, as discriminações perpetradas pela extrafiscalidade sejam contrárias à constituição por afronta ao princípio da igualdade, tendo em vista que elas devem ter por objetivo efetivar e concretizar aqueles princípios consagrados no próprio texto constitucional.

A *priori*, portanto, a extrafiscalidade se legitima na exata proporção da legitimidade dos objetivos visados, e isso se verificará, certamente, quando os fins visados passarem pela realização dos

13 MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 236.

direitos fundamentais. Por isso, Helenilson Pontes sustenta que:

O Estado quando edita uma regra tributária com objetivo extrafiscal, o faz após uma interpretação/aplicação dos demais princípios do sistema jurídico. O Estado, assim, não obstante tenha motivações extrafiscais, não está livre para atuar contra o Direito, ou mesmo à margem do Direito e dos fins que este estabelece. A extrafiscalidade constitui, em regra, a utilização da competência impositiva como instrumento na busca do atingimento de outros princípios igualmente albergados pela ordem constitucional.¹⁴

Na doutrina italiana, Moschetti entende legítima a extrafiscalidade, quando seja fruto de uma adequada interpretação da constituição, observando-se: a) que não seja taxado fato ou situação destituída de capacidade econômica; b) que os interesses mercedores da extrafiscalidade sejam aqueles que efetivamente norteiam a Constituição; c) que sejam respeitados os princípios constitucionais que protegem outros setores da economia no sentido de não prejudicá-los; d) sejam observados os limites da coerência, *in verbis*:

La discriminazione deve essere sempre frutto di una corretta interpretazione costituzionale e a tal fine: a) in nessun caso possono essere tassati fatti o situazione non manifestanti capacità contributiva; b) la qualifica della capacità econômica in termini di capacità contributiva deve risultare da un'interpretazione sistematica dell'art. 53 e delle altre norme costituzionali, non dunque qualsiasi interesse, opinabilmente scelto dal legislatore ordinario, legittima l'utilizzo extrafiscale, ma solo l'interesse collettivo che si inquadra nelle idee guida della carta costituzionale; c) devone essere quindi rispettati anche i principi costituzionali che nei diversi settori economici e sociali siano indirettamente intaccati dalle norme tributarie; d) infine ulteriori limite à rappresentato dal principio di coerenza.¹⁵

Seguindo essa mesma linha, o também italiano Enrico de Mita sustenta que a extrafiscalidade só é legítima, e, portanto, compatível

14 PONTES, Helenilson Cunha. *Ordem econômica e social: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. Coord.: Fernando Facury Scaff. São Paulo: LTr, 1999. p. 153.

15 MOSCHETTI, Francesco. *La capacità contributiva*. Padova: CEDAM, 1993. p. 46-47.

com os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, se o objetivo visado, tanto em relação aos impostos incentivadores quanto os desestimuladores, for digno de tutela pelo Ordenamento Jurídico, observando-se, especificamente em relação à capacidade contributiva, que a imposição fiscal corresponda a um fato economicamente relevante e que represente uma manifestação de riqueza ¹⁶:

Ora sia le imposte incentivanti che quelle disincentivanti sono costituzionali quando il fine è degno di tutela dal punto di vista dell'ordenamento giuridico. Una volta stabilito che il fine è degno di tutela la scelta del mezzo prescelto è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore. Anche l'imposizione extra-fiscale deve rispettare il principio di capacità contributiva nel senso che, pur essendo preordinata a scopi extra-fiscali e pur realizzandosi tal scopi proprio quando il presupposto non si verifica, essa deve avere come presupposto un fatto economicamente rilevante, un fatto che sia manifestazione di ricchezza.

Conforme sustenta Herrera Molina, o direito fundamental de contribuir de acordo com a capacidade econômica pode sofrer restrições pela finalidade extrafiscal de um tributo, com um caráter social, desde que: a) a medida seja idônea; b) a medida seja necessária, e, portanto, não haja outro instrumento que atinja os mesmos fins e respeite a capacidade econômica; c) a medida seja proporcional, isto é, a lesão sofrida pela capacidade econômica seja menor que os benefícios trazidos pela obtenção dos fins visados pela extrafiscalidade.¹⁷

É possível sustentar, portanto, que, em vista da extrafiscalidade, a capacidade contributiva seja desconsiderada, desde que os objetivos visados sejam constitucionalmente legitimados. Na doutrina nacional, Seabra Godoi argumenta nesse sentido:

16 MITA, Enrico de. *Principi de diritto tributario*. Milano: Giuffrè, 1999. p. 92.

17 HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad económica y sistema fiscal: análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998. p. 128-129.

Ora, se a justiça tributária reduzir-se exclusivamente ao critério da capacidade contributiva, o atendimento daquela dimensão de construção de igualdade substancial ficaria prejudicado, pois o que a capacidade contributiva aponta é para um critério de neutralidade, segundo o qual os indivíduos devem submeter-se a um mesmo sacrifício tributário. Assim sendo, a tributação extrafiscal, com seus vários objetivos e princípios informadores, choca-se com o princípio da capacidade contributiva, mas deste choque nem decorre a derrogação da capacidade contributiva (ver colisão de princípios na teoria de Alexy), nem decorre que a igualdade foi desrespeitada, desde que a extrafiscalidade não se dê pela via dos favoritismos ilegítimos e da criação de privilégios e discriminações odiosos.¹⁸

Do exposto, é possível concluir que a exigência tributária poderá ter conotação extrafiscal, sem que isso implique afronta aos princípios constitucionais dentro de um Estado Democrático de Direito. Isso ocorre, porque a extrafiscalidade corresponde a uma forma de efetivar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, sendo que, mediante ela, é possível reduzir as desigualdades fáticas produzidas pelo modelo econômico vigente e alcançar a máxima densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, é imprescindível que o objetivo a ser alcançado com a extrafiscalidade esteja de acordo com os grandes objetivos visados na Carta Constitucional (por exemplo: os arts. 1º, 3º, 6º e 170 da CF/88), isto é, encontre fundamentação constitucional. Além disso, a extrafiscalidade, em concordância com a visão da doutrina italiana, não pode implicar exigência de tributo em relação a fato ou situação destituída de relevância econômica.

Enfim, mediante a fórmula da extrafiscalidade, é possível que sejam concretizados os direitos fundamentais e, ao concretizá-los, seja dada a máxima eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que tal princípio corresponde ao elemento comum – em maior ou menor grau – de todos os direitos fundamentais.

18 SEABRA DE GODOI, Marciano. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: *Dialética*, 1999. p. 215.

Em decorrência do exposto, serão examinadas, casuisticamente, as condições de possibilidade de realização de determinados princípios constitucionais e direitos fundamentais, mediante a extrafiscalidade. Serão abordados apenas alguns direitos fundamentais e o critério para o destaque será o grau de importância deles para fins de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana.

5. A realização de direitos fundamentais mediante a tributação e a prevalência do interesse humano

Da análise precedente, constata-se que o Estado utiliza a tributação para intervir em questões econômicas, sociais e culturais, ou seja, mediante o que se denomina de extrafiscalidade, ocorre desoneração (parcial/total) ou majoração da exigência tributária.

O objetivo a ser atingido com a exigência do tributo extrafiscal não é meramente arrecadatório, mesmo que ocorra o ingresso de recursos aos cofres públicos. A exação extrafiscal está direcionada a servir como meio de obtenção do bem comum, o qual deve ser entendido como a concretização dos objetivos constitucionalmente postos, via materialização dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais.

Em vista disso, a tributação representa um instrumento potencialmente eficaz à realização indireta dos direitos fundamentais. Cabe lembrar que este trabalho propugna a idéia de que é perfeitamente possível que a tributação sirva à realização dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais, sem deixar de observar os direitos fundamentais limitadores da ação estatal.

Noutras palavras, não se faz necessário que aqueles direitos fundamentais, representativos do princípio da segurança jurídica, sejam sacrificados para que o intento propugnado com a extrafiscalidade possa ser alcançado. Como menciona Carrazza:

De qualquer modo, os tributos extrafiscais, tanto quanto os fiscais, devem submeter-se aos princípios que informam a tributação: igualdade, legalidade, generalidade, proporcionalidade, não-confiscatoriedade etc. Além disso, a medida em que interferem nas condutas das pessoas, precisam encontrar respaldo num valor constitucionalmente consagrado, nunca em concepções ideológicas ou morais, incompatíveis com a liberdade na atuação da vida privada das pessoas, que deve imperar num Estado Democrático como o nosso.¹⁹

Reconhece-se, por conseguinte, a importância de se observar as denominadas “limitações constitucionais ao poder de tributar”, especialmente no que tange a legalidade, anterioridade, irretroatividade, igualdade perante lei, livre circulação e vedação ao confisco, nos termos preconizados pelo artigo 150 da Constituição Brasileira.

Parafraseando Herrera Molina²⁰, é imprescindível que seja introduzido e considerado o que se poderia denominar de “interesse humano” na tributação. Ou seja, defende-se a gestação de um sistema tributário que tenha como norte e razão de ser a realização dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais e, por conseguinte, vise assegurar e preservar a dignidade do ser humano.

Tradicionalmente, essa idéia foi desenvolvida mediante a simples instituição de impostos afetados ou contribuições sociais, cujo produto da arrecadação estava previamente destinado a servir de fonte de recursos para o desenvolvimento de políticas públicas de caráter social, especialmente. Pode-se lembrar, no caso de Brasil, da CPMF, Contribuição para o Seguro Acidente de trabalho – SAT, da COFINS, da Contribuição para o PIS, da Contribuição denominada de Salário-Educação, da Contribuição Social sobre o Lucro, Contribuição Social sobre a Folha de Salários, etc.

19 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 132.

20 O mencionado autor defende a introdução de reforma que denomina de ecológica, no sentido de introduzido o interesse ecológico no sistema fiscal. HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Derecho Tributário Ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 46.

Entretanto, a simples instituição de uma contribuição, cujo produto da arrecadação seja destinado para um fim social, não significa que, de fato, tal fim seja alcançado, através das políticas públicas para as quais os recursos foram carreados. Não bastasse isso, os recursos com destinação previamente estabelecida são, por vezes, destinados para “outras áreas” de atuação do Estado, as quais, nas raras oportunidades, estão descomprometidas com as finalidades sociais que deram ensejo à instituição da exação fiscal.

O mais lamentável, porém, é que os recursos arrecadados sequer chegam a ser empregados em quaisquer áreas de atuação estatal, porquanto, de uma forma inaceitavelmente significativa, são usurpados mediante ações ilícitas, as quais endemicamente permanecem presentes na cultura nacional. Por isso, Carrazza reconhece e sustenta:

Por outro lado, ao utilizar o mecanismo da extrafiscalidade para estimular comportamentos (comissivos ou omissivos) dos contribuintes o Estado quase sempre obtém vantagens maiores do que se previamente arrecadasse os tributos para, depois, aplicá-los aos gastos públicos. Realmente, com a supressão das instâncias burocráticas encarregadas de controlar a destinação do dinheiro obtido mediante o exercício da tributação a despesa pública tende a diminuir, sem prejuízo do atendimento das exigências de estabilidade e progresso sociais. E isso para não falar dos inevitáveis “desvios” e “perdas” no longo acidentado caminho que vai da obtenção dos recursos públicos.²¹

Dessa forma, não obstante as intenções sejam meritórias, a instituição de uma contribuição social não garante que o objetivo originalmente visado, ainda que nobre, seja efetivamente atingido. Tampouco significa que os recursos obtidos sejam utilizados para alcançar os fins almejados quando da instituição da contribuição social respectiva, em razão de ações lícitas ou ilícitas.

21 CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 131.

Por isso, urge encontrar meios indiretos de atuação estatal, mediante políticas tributárias cujo objetivo seja garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e de solidariedade. Isto é, uma vez que se constata a inefetividade de políticas sociais financiadas com arrecadação de tributos afetados, impõe-se direcionar ações com vistas à implementação de uma fórmula alternativa à desgastada opção de se instituir uma contribuição para financiar a realização de cada direito fundamental.

Seguir essa proposta alternativa também se faz necessário, porque há um relativo consenso acerca da impossibilidade de ampliação da carga tributária brasileira, tendo em vista que esta já alcançou o patamar próximo à insuportabilidade. Portanto, deve-se buscar meios de reduzir a carga tributária, e não ampliá-la com a majoração ou instituição de novas contribuições, pretensamente destinadas a servir de fonte de custeio para o cumprimento das promessas constitucionais.

Não se pretende sustentar que as contribuições que servem de fonte ao financiamento da atuação estatal no campo social possam ser extintas ou progressivamente suprimidas. Sustenta-se apenas que, uma vez que a fórmula adotada não obteve êxito, sejam implementados, paralela e alternativamente, meios que a complementem. Isso significa optar por um caminho oposto à lógica que conduziu a temática da tributação afetada, até o momento.

Nesse contexto, portanto, emerge a extrafiscalidade para fins de realização dos direitos fundamentais. Não se trata, por óbvio, de algo inédito, pois há muito tempo a extrafiscalidade vem sendo utilizada com vistas à realização de direitos fundamentais, notadamente mediante a concessão de benefícios e incentivos fiscais.

O que se advoga neste trabalho é a ampliação do uso da tributação como meio direcionador de comportamentos potencialmente úteis à realização dos direitos fundamentais. Isto é, o sistema tri-

butário deve ser moldado, levando-se em consideração o interesse humano, para que a tributação passe a existir em função do ser humano, e não vice-versa.

Muitas objeções podem ser levantadas à ampliação dessa fórmula, especialmente uma aparente quebra da neutralidade econômica do sistema tributário, bem como a maximização de sua complexidade.

Todavia, não se podem negar, em face disso, as possibilidades de uma ampla utilização da extrafiscalidade, com vistas a conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Ainda que, para o mercado, o ideal é que o sistema tributário seja economicamente neutro, não é necessariamente o interesse econômico que deve preponderar. Ao contrário disso, como sustentam Murphy e Nagel:

Há muito se reconhece que o sistema tributário tem de levar em consideração a moralidade política ou justiça. Todo aquele que defende um sistema tributário que seja simplesmente “o melhor para o crescimento econômico” ou “o mais eficiente” tem de fornecer não somente uma explicação de por que o sistema de sua predileção tem essas virtudes, mas também um argumento de moralidade política que justifique a busca do crescimento ou da eficiência sem que se levem em conta outros valores sociais.²²

Embora seja indiscutível a necessidade de se reduzir a complexidade no campo tributário - especialmente no que tange à gama infindável de deveres instrumentais - isso não significa que se defenda um modelo tributário, voltado, exclusivamente, à simplificação, desconsiderando o princípio da capacidade contributiva e as possibilidades de utilização da extrafiscalidade. Como lembra Albano Santos:

Um sistema fiscal constitui uma realidade complexa, isto é irreduzível a um único elemento, desde logo porque só uma pluralidade de impostos é capaz de corresponder adequadamente a uma base econômica mul-

22 MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 16.

tifacetada onde coexistem as formas mais desencontradas de matéria tributável. Do mesmo modo, também a diversidade de objectivos que, geralmente, se colocam ao sistema tributário, sobretudo com o desenvolvimento do moderno intervencionismo – alguns deles, aliás, contraditórios entre si –, exige a conveniente combinação de diferentes impostos, por forma a que, visando um leque de bases de incidência suficientemente largo, possam, para além de gerar indispensável receita, produzir efeitos distintos no plano social e económico.²³

Ratifica-se, então, a impraticabilidade e a própria inconstitucionalidade da hipótese da existência de um imposto único, seja qual for sua base de incidência, mesmo porque, se é muito difícil corrigir as imperfeições existentes em cada tributo, certamente seria impossível conviver com a soma de todas elas, concentradas no denominado “imposto único”. Sobretudo, seria inviável conviver com o insanável vício da injustiça fiscal, decorrente da afronta direta ao princípio da capacidade contributiva.

Outrossim, se reprova que, em nome da simplificação, rejeite-se a extrafiscalidade e, com isso, sejam negadas as concretas possibilidades de que, através da tributação, se possa dar uma eficácia social maior aos direitos fundamentais sociais, económicos e culturais. Se um sistema tributário de reduzida complexidade é entendido como incompatível com o mecanismo da extrafiscalidade, por que optar pela simplificação em detrimento e com o sacrifício da realização dos direitos fundamentais?

Além disso, a realidade multifacetada que ora se apresenta, forjada a partir de uma crescente complexidade das relações sociais e económicas, torna a simplificação do sistema tributário um objetivo muito próximo da utopia. Não obstante, conforme já sustentado na parte inicial deste trabalho, o combate à evasão fiscal está intimamente ligado a um eficaz combate à burocracia, o que passa, também, pela diminuição e simplificação da indecifrável teia de obrigações acessórias.

23 SANTOS, J. Albano. *Teoria fiscal*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003. p. 371.

Enfim, o que se sustenta na questão da complexidade é que ela é inerente à realidade socioeconômica atual, razão pela qual um modelo tributário que tenha por objetivo se aproximar da justiça fiscal necessariamente será um modelo identificado como complexo. Não contraditoriamente a isso, existe um espaço bastante expressivo de simplificação do sistema, sem a necessidade de sacrificar objetivos mais significativos, como a realização indireta de direitos fundamentais.

Assim, superando as objeções que tradicionalmente são levantadas, constata-se que a extrafiscalidade tem um importante papel a desempenhar em um cenário que vise à densificação do princípio sobre o qual se funda o Estado Democrático de Direito brasileiro.

Com isso, retoma-se o ponto de partida desse tópico, pois a mencionada introdução do “interesse humano” na tributação tem o condão de privilegiar a concretização dos direitos fundamentais e, por conseguinte, de maximizar a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Uma vez pensada a tributação a partir do interesse humano, não parece difícil encontrar os meios com os quais se poderá garantir que, indiretamente, seu formato privilegie os direitos fundamentais. É certo também que não se pode mergulhar no fosso da ingenuidade, mediante a adoção da crença de que a tributação tenha condições de realizar todos os direitos sociais, econômicos e culturais constitucionalmente previstos. De um lado, a generosa quantidade destes inviabiliza a concretização efetiva de todos e, de outro lado, as possibilidades da extrafiscalidade em defesa do interesse humano estão submetidas a evidentes limitações.

Por isso, há de se pensar, num primeiro momento, na introdução do interesse humano via extrafiscalidade, adotando-se, como critério de escolha, a materialização dos direitos sociais, econômicos e culturais que estejam mais intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer, com todo risco que

qualquer escolha desse tipo represente, que saúde, educação, trabalho, moradia e assistência social ocupam um espaço de privilegiada importância em um rol dessa natureza.

A partir disso, questiona-se: como pode a tributação servir de instrumento de concretização desses direitos, via extrafiscalidade? Dificilmente, a resposta a essa questão poderá ser esgotada, uma vez em que, no momento que o paradigma do interesse humano torna-se o norte do sistema tributário, surgem variadas possibilidades de efetivá-lo.

Este trabalho, por isso mesmo, apontará algumas sugestões reputadas como úteis para o intento que se entendeu correto perseguir, sem ter a inadequada pretensão de apresentar todas as alternativas. Inicialmente, tal intento será buscado, de uma forma genérica para, depois, mais especificamente, examinarem-se as hipóteses de extrafiscalidade mais aptas à densificação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Antes disso, cabe lembrar que nem todos os direitos fundamentais têm idêntica densidade normativa, isto é, nem todos, por decorrência, dão ensejo a um direito subjetivo de ação, com vistas a garanti-lo. No entanto, isso não significa que o Estado não tenha o dever de desenvolver políticas públicas que possam propiciar a máxima eficácia de todos os direitos fundamentais. Tais políticas, por óbvio, englobam o sistema tributário.

Do exposto, mostra-se inaceitável e incompreensível que um dos direitos fundamentais que ocupam espaço de privilegiada importância no rol daqueles íntimos da dignidade humana seja tão vilipendiado pela tributação. Trata-se do direito fundamental ao trabalho. Não há discussão razoável que possa negar a importância do trabalho para uma existência digna, pois, salvo exceções, ninguém prefere viver de esmolas – mesmo que travestidas de programas estatais – se puder optar por prover seu sustento mediante o trabalho.

Sendo assim, como aceitar que a alta carga tributária seja um dos principais óbices ao acesso ao emprego formal neste país? Como admitir que ela cumpra, assim, uma função diametralmente oposta à eficácia do direito ao trabalho?

Nesse contexto, o papel da extrafiscalidade parece ser bastante simples e, talvez, nem possa ser identificado como uma típica política extrafiscal. Impõe-se, sobremaneira, a necessidade de reduzir a carga tributária incidente sobre o trabalho, especialmente em relação àqueles setores da economia que ainda se caracterizam pela utilização intensiva de mão-de-obra. Para sofisticar essa fórmula e privilegiar a dignidade, essa redução poderia estar condicionada a uma gradativa melhora nas condições de trabalho, em relação àqueles atividades insalubres e penosas, por exemplo.

Sabe-se, no entanto, que o grande entrave ao exposto, diz respeito à necessidade de viabilizar a deficitária Previdência Social, tradicionalmente financiada com a arrecadação de contribuições incidentes sobre os salários. Primeiramente, há de se pensar, porém, em outras fórmulas viáveis de combate ao crescente déficit previdenciário, passando-se pela real identificação da fonte de tal déficit. Em segundo lugar, deve-se encontrar fontes alternativas de custeio da previdência social, mesmo porque não se pode olvidar que a tributação deveria alcançar e atingir manifestações de riqueza (capacidade contributiva), o que não pode ser entendida como presente quando ocorre o pagamento ou quando alguém recebe salários, sobretudo aqueles pagos à maioria dos brasileiros.

Existem, enfim, outras inequívocas e expressivas manifestações de capacidade econômica, as quais poderiam ser adequadamente alcançadas pela tributação, com vistas ao custeio da previdência social, possibilitando-se, assim, uma redução expressiva da carga fiscal sobre o trabalho. Isso superaria, em parte, a lógica de que deve prevalecer o interesse econômico, dando-se espaço para que o interesse humano seja o horizonte tributário.

Quanto ao direito à saúde, poderia haver a redução, ou a total desoneração da carga fiscal incidente sobre medicamentos essenciais ou sobre alimentos e produtos que sejam recomendáveis à manutenção de condições adequadas de saúde. Da mesma forma, poder-se-ia tributar, mais significativamente, alimentos ou produtos que causam reconhecidas avarias à boa saúde da população.

Além disso, em relação ao imposto de renda das pessoas físicas deve-se admitir como dedutíveis as despesas com medicamentos ou quaisquer produtos que sejam necessários, especialmente porque a não-dedutibilidade implica, concomitantemente, afronta ao princípio da capacidade contributiva.

De qualquer sorte, relativamente ao direito fundamental à saúde, as hipóteses de utilização da extrafiscalidade são múltiplas, não sendo possível, por decorrência, referi-las todas neste trabalho.

Como ocorre com os outros direitos fundamentais, a forma como a tributação poderá servir de instrumento e os casos contemplados pelo tratamento diferenciado deverão ser objeto de uma escolha substancialmente democrática.²⁴ Ou seja, essa escolha passa pelo efetivo exercício da cidadania fiscal, no viés correspondente à tomada da decisão acerca da carga tributária, até porque, parafraseando Casalta Nabais, a definição da carga tributária – onerações e desonerações – é tão importante que não pode ficar, exclusivamente, sob a responsabilidade de técnicos e políticos.

Quanto ao direito fundamental à educação e à cultura, existe uma gama de benefícios e incentivos fiscais a serem concedidos a

24 Relativamente a essa questão, como lembra Bolzan de Moraes, faz sentido a advertência de François Ost: “E voltamos assim (...) ao essencial: a prática renovada e aprofundada da democracia. O ‘meio justo’ não derivará nunca da planificação de especialistas, por mais bem intencionados que sejam e qualquer que seja o nível, mesmo mundial, das suas intervenções. É do debate democrático, agora interpelado pela urgência de desafios inéditos, que deverão proceder as decisões susceptíveis de inflectir a nossa forma de habitar a Terra (...) Resta, portanto, inventar práticas concertadas, públicas, privadas ou associativas, para dar corpo a um outro modelo de desenvolvimento. BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *Novos Direitos e Tributação: perspectivas necessárias para uma eco-tributação*. Anotações Preliminares. In: TORRES, Heleno Taveira (org.). *Direito Tributário Ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 620.

setores da economia que investem na formação técnica ou cultural de pessoas, sejam seus trabalhadores vinculados ao não. Há vários tributos no sistema que podem servir para tanto, especialmente o imposto de renda e a contribuição social sobre o lucro, permitindo-se que as despesas suportadas em vista de tais investimentos sejam consideradas na apuração do lucro tributável, ou sejam deduzidas dos próprios tributos a pagar.

Nesse ponto, contudo, demanda-se o máximo zelo e critério, pois, em nome da cultura, muitos recursos oriundos de incentivos fiscais foram empregados inadequadamente em pretensas obras culturais de, no mínimo, duvidosa validade. Basta, pois, lembrar a gama significativa de recursos que foram carreados para determinadas produções cinematográficas, festivais e eventos, os quais pouco se justificam sob o aspecto cultural, ou atingem, exclusivamente, uma parcela da população que não necessita de tais recursos, sem levar em consideração, a deficitária, quando não inexistente, fiscalização do efetivo emprego dos recursos.

No campo da proteção ambiental a extrafiscalidade encontra um terreno bastante fértil a sua aplicabilidade, uma vez que poderão ser concedidos benefícios e incentivos fiscais, relativamente àquelas situações, atividades ou produtos ambientalmente corretos e, ao contrário, poderá haver uma oneração quando as referidas estiverem na contramão do direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF/88)

Enfim, neste estudo, a intenção não é esgotar os exemplos de possibilidades de se utilizar a extrafiscalidade para realizar direitos fundamentais, mas sim analisar os seus requisitos e as condições, traçando-se os contornos dentro dos quais poderão ser delineadas inúmeras alternativas de efetivação.

Síntese conclusiva

Os contornos conceituais do denominado bem comum não podem ser aleatoriamente definidos, pois essa idéia está constitucionalmente prevista e, desse modo, vincula e compromete todos os Poderes, e em todas as esferas. Num plano pragmático, a realização do bem comum passa pela concretização dos objetivos e princípios constitucionalmente postos, especialmente mediante a realização dos direitos fundamentais.

Com a extrafiscalidade, embora ingressem recursos aos cofres públicos, o Estado utiliza-se da tributação para estimular ou desestimular comportamentos, visando atingir os fins e objetivos constitucionalmente positivados. O que torna uma imposição extrafiscal é o predomínio de outro interesse, que não a obtenção de receitas públicas derivadas, devendo-se reconhecer, no entanto, que, em maior ou menor grau, todo tributo corresponde a uma intervenção do Estado na economia, mesmo que o objetivo seja puramente arrecadatório.

O fato de a Constituição prever algumas hipóteses de extrafiscalidade não significa que a tributação não possa servir de instrumento de intervenção do Estado, com vistas a obter outros fins também constitucionalmente postos, embora não-reservados expressamente à tributação como meio de realização.

De um lado, a extrafiscalidade propicia exonerações mediante a concessão de isenções ou benefícios fiscais, com vistas a concretizar direitos fundamentais, assegurar e estimular o desenvolvimento socioeconômico de determinada região, ou incentivar determinada atividade que seja de interesse da coletividade. Esses benefícios fiscais não podem desconsiderar totalmente o princípio da capacidade contributiva, pois isso significaria uma discriminação injustificada e uma inaceitável exclusão do principal dever de cidadania.

O dever fundamental de pagar tributos não pode ser, injustificadamente, dispensado, pois isso quebra os vínculos de solidarieda-

de que pressupõem a cidadania, em sua contemporânea concepção, a qual passa pelo reconhecimento de que, além de direitos, têm-se deveres, entre os quais o de pagar tributos. Entre aqueles, destaca-se o direito de exigir que não haja a ilegítima fuga ao dever tributário.

A concessão de benefícios fiscais deve submeter-se aos mecanismos substancialmente democráticos de discussão e aprovação. Assim, os objetivos visados só serão legítimos se forem – de fato – constitucionalmente fundamentados. Portanto, só será sustentável a discriminação perpetrada pela extrafiscalidade, se esta tiver como objetivo uma meta que a própria Constituição dirigente determina seja atingida.

A extrafiscalidade adequadamente utilizada corresponde a uma forma de efetivar os princípios constitucionais e os direitos fundamentais. Por isso, é possível alcançar a máxima densidade normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. Mediante ela, mostra-se possível introduzir e considerar o “interesse humano” na tributação.

A simples instituição de uma contribuição, cujo produto da arrecadação seja destinado para um fim social, não significa que, de fato, tal fim seja alcançado através das políticas públicas para as quais os recursos foram carreados. Além disso, deve-se reconhecer que a carga tributária brasileira não suporta a majoração ou instituição de novas contribuições, pretensamente destinadas a servir de fonte de custeio para o cumprimento das promessas constitucionais.

Nessa perspectiva, a extrafiscalidade ganha força e notoriedade, pois se apresenta como um meio indireto de atuação estatal, apto a colaborar no intento da máxima eficácia aos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e de solidariedade. Isto é, defende-se que o sistema tributário seja moldado, levando-se fortemente em consideração o interesse humano, para que, com isso, a tributação passe a existir em função do ser humano, e não vice-versa.

Num primeiro momento, cabe pensar a introdução do interesse humano via extrafiscalidade, adotando-se, como critério de escolha, a materialização dos direitos sociais, econômicos e culturais que estejam mais intimamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pode-se tranquilamente dizer que saúde, educação, trabalho, moradia, assistência social e ambiente ocupam um espaço de privilegiada importância em um rol dessa natureza.

Referências bibliográficas

BALLEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. ver. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996 por Mizabel Abreu Machado Derzi, 1997.

Bolzan de Moraes, José Luis. Novos direitos e tributação: perspectivas necessárias para uma eco-tributação. Anotações preliminares. In: Torres, Heleno Taveira (org.). *Direito tributário ambiental*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. São Paulo: Malheiros. 2005.

CASALTA NABAIS, José. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina. 2004.

HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. *Capacidad económica y sistema fiscal: análisis del ordenamiento español a la luz del Derecho alemán*. Madrid: Marcial Pons, 1998.

_____. *Derecho tributário ambiental: la introducción del interés ambiental en el ordenamiento tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

LAPATZA, José Juan Ferreiro. *Direito tributário: teoria geral do tributo*. Trad.: Roberto Barbosa Alves. Barueri: Manole; Madrid: Marcial Pons, 2007.

LOZANO SERRANO, Carmelo; Queralt, Juan Martín; Ollero, Gabriel Casado; López, José Manuel Tejerizo. *Curso de derecho financiero y tributario*. 13. ed. Madrid: Tecnos, 2002.

MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade: os impostos e a justiça*. Trad.: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MITA, Enrico de. *Principi de diritto tributario*. Milano: Giuffré, 1999.

MOSCHETTI, Francesco. *La capacità contributiva*. Padova: CEDAM, 1993.

PONTES, Helenilson Cunha. *Ordem econômica e social: estudos em homenagem a Ary Brandão de Oliveira*. Coord.: Fernando Facury Scaff. São Paulo: LTr, 1999.

SANTOS, J. Albano. *Teoria fiscal*. Lisboa: Universidade Técnica de Lisboa – Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEABRA DE GODOI, Marciano. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

A INCORPORAÇÃO DA TRANSVERSALIDADE NAS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS A QUESTÃO DE GÊNERO: (RE)VINDICANDO O ESPAÇO PELO EMPODERAMENTO E A EMANCIPAÇÃO SOCIAL

TRANSVERSALISM INCORPORATION IN A PUBLIC POLICYS AGAINST DISCRIMINATION: CLAIMING MORE POWER AND SOCIAL EMANCIPATION

*Marli M. M. da Costa**

*Rosane T. Carvalho Porto***

Resumo: O artigo tem por finalidade a análise da transversalidade das políticas públicas de gênero, representando um caminho para a efetivação dos direitos fundamentais sociais da mulher. Cada vez mais, as mulheres estão ocupando espaços no mercado de trabalho, o que por sua vez, geram implicações positivas e negativas, ente as

* Pós-doutora em Direito pela Universidade de Burgos/Espanha, com bolsa CAPES. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Coordenadora do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - na Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Coordenadora do Grupo de Estudos? Direito, Cidadania e Políticas Públicas? da UNISC. Professora da Graduação em Direito na FEMA - Fundação Educacional Machado de Assis de Santa Rosa. Psicóloga com especialização em terapia familiar. Coordenadora dos Projetos de Pesquisa: "O Direito à Profissionalização e as Políticas Públicas da Juventude na Agenda Pública: desafios e alternativas para a inserção dos jovens no mercado de trabalho - um estudo no município de Santa Cruz do Sul - RS." e "O Direito Vai a Escola: Consumo X Educação para cidadania de crianças e adolescentes na rede escolar do ensino fundamental". Email: <marlicosta15@yahoo.com.br>.

** Mestre em Direito, área de concentração: Políticas Públicas de Inclusão Social e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora de Direito Civil. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito, Cidadania e Políticas Públicas, coordenado pela professora Pós-Dr^a Marli M. M. da Costa. Coordenadora do projeto financiado pelo PAPEDS: "O direito vai a escola: consumo x educação para cidadania de crianças e adolescentes na rede escolar do ensino".

quais: sobrecarga de atividades, devendo conciliar atividades domésticas como a criação dos filhos com o trabalho, desigualdade salarial, comparada com a dos homens e ainda, vítima de violência doméstica. Preliminarmente o método de pesquisa adotado fora o dedutivo, pelo motivo da pesquisa ter partido do referencial bibliográfico. Verificou-se a necessidade de envolvimento da comunidade e maior precisão na implementação das políticas públicas voltadas as mulheres, de maneira que se observe se os recursos e as propostas no município são direcionados a todas as áreas sociais, econômicas e políticas, com o fito de efetivar a transversalização a questão de gênero.

Palavras-chave: transversalização; políticas públicas; discriminação.

Abstract: The article aims to analyze the public policy of mainstreaming gender, representing a path for the realization of fundamental social rights of women. Increasingly, women are occupying spaces in the labor market, which in turn generates positive and negative implications, amongst which: overload of activities, must reconcile domestic activities like parenting with work, wage inequality, compared to men and also a victim of domestic violence. Preliminarily the research method adopted outside the deductive, by reason of the research have started from bibliographic references. There was the need for community involvement and greater precision in the implementation of public policies aimed women, so that they observe whether the resources and the proposals in the municipality are directed to all areas of social, economic and political, with the aim of the effect on gender mainstreaming.

Keywords: Transversalism; Public Policys; discrimination.

O presente artigo tem por objeto a análise da transversalidade das políticas públicas de gênero, representando um caminho para a efetivação dos direitos fundamentais sociais da mulher. Cada vez mais, as mulheres estão ocupando espaços no mercado de trabalho, o que por sua vez, geram implicações positivas e negativas, ente as quais: sobrecarga de atividades, devendo conciliar atividades domésticas como a criação dos filhos com o trabalho, desigualdade salarial, comparada com a dos homens e ainda, vítima de violência doméstica. Preliminarmente o método de pesquisa adotado fora o dedutivo, pelo motivo da pesquisa ter partido do referencial bibliográfico. Por isso o seguinte questionamento: (Re) pensar a transversalidade de políticas públicas de gênero é uma necessidade para redefinição de papéis sociais assumidos ao longo da história pelos homens e as mulheres e que ajudaram a construir as diferenças sociais? Para aproximar-se da resposta de maneira gradual, buscou-se tratar da gênese dos conflitos de gênero, bem como definições básicas a respeito das políticas públicas sociais ao encontro de tudo que aqui fora mencionado.

Tratar das questões de gênero na contemporaneidade transpassa as barreiras da sexualidade, pois o enfrentamento dessa temática, além de ser desafiadora, requer daqueles que labutam na pesquisa, maior sensibilidade e uma melhor compreensão sobre os papéis sociais atribuídos e assumidos pelo homem e pela mulher. Outro aspecto fundamental está ligado a transversalidade na perspectiva de gênero, ou seja, rearticular ações políticas e sociais sob o olhar de gênero. E muito embora, se tente sustentar que essa expressão não se limita ao sexo, por conta de não se querer adotar uma postura extremista de feminismo misturado com patriacalismo; não se pode fugir do que está posto pela natureza e pela cultura: existe, sim a diferença entre o feminino e o masculino. Logo, isso interfere significativamente no modo de viver em sociedade e nas

diretrizes de toda política pública elaborada e implementada em uma determinada comunidade. Por isso, a seguinte questão: (Re) pensar a transversalidade de políticas públicas de gênero é uma necessidade para redefinição de papéis sociais assumidos ao longo da história pelos homens e as mulheres e que ajudaram a construir as diferenças sociais?

Nesse contexto, esse artigo abordará os conflitos sociais que se originam das relações de gênero e explicam as diferenças culturalmente construídas e apreendidas do modo de ser homem e ser mulher. Em seguida, passar-se-á a analisar alguns conceitos básicos sobre políticas públicas bem como a necessidade de transversalidade para uma perspectiva de gênero. Assim, é imprescindível que se destaque o papel social da mulher no contexto democrático e social dos dias atuais, bem como a busca pela promoção da igualdade de gênero e da construção de uma cultura da paz, por meio de políticas públicas transversais com a perspectiva de gênero.

1. Reflexões sobre os conflitos nas relações de gênero

Enxerga-se o outro como um estranho, frio, egoísta, mau e incapaz de projetar na comunidade atos de amor e de paz. Essa banalização sobre os sentimentos positivos vinculados aos de solidariedade e afeto podem indicar um tipo de alienação instaurada no próprio sujeito que se reflete na sociedade. Entenda-se aqui por alienação, imaturidade racional e afetiva referente à projeção de si e do outro no espaço social. Nesse viés, a violência estrutural diz respeito à precariedade das instituições sociais - família, escola e comunidade, o que por sua vez, influencia sobremaneira no desenvolvimento social e emocional dos seus sujeitos. Por conta disso,

têm-se como exemplos a ausência de políticas públicas básicas que venham ao encontro dos direitos sociais, em especial políticas de proteção a violência contra a mulher. A violência é o abuso da força, desfigurante e despersonalizante, por isso (Muller, 2006, p.38) destaca que “a violência fere e marca a humanidade da vítima”. O autor vai além, quando diz que:

[...] Silenciar o outro já é um ato de violência, pois negar o direito à expressão é negar o direito à vida. Situações injustas que mantêm seres humanos em condição de alienação, exclusão ou opressão também são situações de violência, conhecidas como “violência estrutural”.MULLER, 2006, p. 87.

Após serem estabelecidos alguns dos pressupostos básicos acerca da contextualização sobre violência, outro assunto bastante pontual refere-se aos comportamentos individuais construídos segundo cada uma das perspectivas, e sua repercussão na formação do tecido social. Sua face mais visível e danosa é a mulher em situação de violência.

Tomado como marco temporal a década de 1980, observa-se a partir de (Izumuno, 2005, p. 47-164) que as diversas designações para um mesmo problema – violência contra a mulher, violência doméstica ou violência familiar - decorrem de concepções diferentes que variam conforme seu enfoque se altera, ora na dominação masculina, ora na dominação patriarcal ou na dominação relacional. Com o passar do tempo houve uma substituição gradual da categoria mulher para a categoria gênero e, conseqüentemente, da expressão “violência contra a mulher” pela “violência de gênero”.

As concepções relacionadas a percepções da diferença sexual tanto são produtos das relações sociais quanto produzem e atuam na construção destas relações. Em outras palavras, assim como as idéias influenciam a vida das pessoas, as experiências e os elementos materiais da existência, por sua vez, influem na constituição do pensamento (moldando as for-

mas de as pessoas interpretarem tudo o que relacionam de algum modo às diferenças sexuais). [...] Assim, as transformações históricas nas relações pautadas por gênero estão ligadas tanto a mudança no contexto sócio-econômico, nas sensibilidades e nas interpretações culturais gerais quanto às resistências e reivindicações concretas de sujeitos históricos (rebeldias femininas, por exemplo: quando certas mulheres assumem atitudes que desafiam normas do comportamento feminino apropriado, ameaçam e podem chegar a subverter as relações de gênero estabelecidas, participando, assim, da reformulação destas relações). (BASSANEZI, 1992).

Por sua vez, a violência de gênero é uma categoria mais geral, apreendendo tanto a violência doméstica quanto a familiar. Segundo estudos levados a efeito por Larrauri sobre o assunto na Espanha, a virada terminológica não foi apenas uma mudança de nome, mas trouxe uma série de prerrogativas. (SAFFIOTTI, 2004, p.69).

A primeira, segundo a autora, assinala como causa fundamental da violência contra a desigualdade de gênero, que a mantém em posição de subordinação; a segunda pressupõe que, em situações de igualdade de gênero, a violência diminuirá, e que a igualdade alcançada por meio do empoderamento e da autonomia delas acarretará o controle da violência; a terceira distingue a violência exercida pelos homens contra elas de outros comportamentos violentos; e a última atribui ao direito penal a função instrumentalizadora mais adequada para protege-las, aumentar a igualdade e empoderá-las. (LARRAURI, 2007, p. 17-18).

Ademais, importa destacar que a Idade Média e sua crueldade trouxeram consigo, parte do que de mais vergonhoso o homem já fez em sua existência. Inúmeras vezes corrompidas por uma motivação discriminatória e indubitavelmente despótica proferiram sentenças calcadas no erro, no egoísmo, no falso discurso da fé, de modo a interpretar o direito mais humano de todos - o de escolha - quando praticado por uma mulher, como uma prevaricação a Deus

e sua “obra prima” - os homens. Em nome do divino, milhares de mulheres foram feitas cativas, sentenciadas, condenadas e levadas à morte por supostos atos de heresia. Muitas das denominadas bruxas e feiticeiras eram na verdade mulheres à frente do seu tempo, que lutavam por igualdade, por justiça, externavam em suas ações um grito por liberdade e reconhecimento, o que representava uma verdadeira ameaça para os esteios da dominação.

No brutal dia 8 de Março de 1857, em Nova York, 129 operárias morreram queimadas pela força policial, que as mantiveram presas numa fábrica têxtil. Elas ousaram reivindicar a redução da jornada de trabalho de 14 para 10 horas diárias e o direito à licença-maternidade. Foi o bastante para lhes custar a vida. Este talvez tenha sido o fato que, ao contrário do que se esperava, mais tenha estimulado a classe feminista a lutar por seus direitos trabalhistas, como uma forma de honrar o sangue derramado de suas irmãs.

Inflamadas pela esperança da igualdade, surgiram organizações de mulheres, dando origem a um dos movimentos mais consagrados da história. A busca por condições equânimes de convivência nutria os anseios pelo fim dos ditames normativos estabelecidos pelo gênero. Entre o fim do século XIX e o início do XX, o feminismo foi inaugurado como movimento de manifestação. Bradava-se por direitos igualitários de propriedade, voto, contrato, autonomia, integridade do corpo, entre outros. As conquistas ocorreriam de fato. Países como o Brasil passariam a incorporá-las paulatinamente.

Diante desses fatos, a preocupação em serem formuladas políticas públicas com perspectiva de gênero, voltada à promoção do empoderamento da mulher em situação de violência doméstica e familiar foi o próximo passo, mas antes de se adentrar nessa senda, há que se entender um pouco mais desse processo de formulação e implantação de uma política pública.

2. As políticas públicas no Brasil e a transversalização na perspectiva de gênero

Nos anos 70, o movimento feminista (PINKER, 2004) ressurgiu com uma nova perspectiva e inegável força política. Pela atuação deste movimento alcançou-se nas últimas décadas a formação de uma consciência a respeito das condições das mulheres, ampliando seu espaço dentro do contexto político, científico e nos meios acadêmicos, aonde cada vez mais as mulheres vêm conquistando espaço. Em 1975 foi decretado pela ONU (Organização das Nações Unidas) o Ano Internacional da Mulher, na Conferência Mundial do México, o que revigorou o movimento feminista e expôs questões até aquele momento abafadas, como os direitos das mulheres. (MONTEIRO; LEAL, 1998).

Estudos recentes no Brasil sobre as políticas públicas nasceram com a transição do período autoritário, oriundo dos anos regidos pela Ditadura Militar, para a tentativa de redemocratização iniciada no final dos anos 1970 e na primeira metade dos anos 1980. Com o surgimento da Constituição de 1988 e esse novo modelo de democratização, surgiu uma enorme quantidade de trabalhos que uniam esforços no exame de políticas setoriais, para, além de entendê-las, propor novas alternativas a fim de rascunhar o novo desenho institucional. Concomitante a isso, advinha a necessidade de “reforma estatal” no sentido de garantir o acesso a serviços e à participação política, isso tudo como estratégia institucional para promover “o enfrentamento da então chamada “dívida social” do Estado brasileiro para com seus cidadãos”. (HOCHMAN, 2007, p. 14).

Diante disso, nos anos 90, a análise das políticas públicas no Brasil passaram a ser examinadas a partir de suas relações com as instituições políticas, e com isso aferindo-se a capacidade de afetar as estratégias dos atores e as tomadas de decisões. Nesse ínterim, em meio a tantas outras políticas setoriais, as políticas de gênero passa-

ram a ser alvo de discussões, debates e propostas, consequentemente, no mesmo momento em que ocorria a explosão da violência e, principalmente, o aumento de sua percepção pública.

Num contexto mais amplo, a expressão “política pública” assume significados distintos, ora indicando um campo de atividade, ora um propósito político e outras vezes programas de ação com resultados específicos. Mas, assim como Schmidt, é importante destacar, nessa concepção, que as políticas devem orientar as ações do Estado, a fim de combater problemas decorrentes de um regime em processo de democratização e continuamente interrompido pela renovação periódica dos governantes. (SCHMIDT, 2008, p. 2312).

Como é bem sabido, as políticas públicas, normalmente, são distinguidas por políticas sociais ou políticas econômicas ou macroeconômicas, todas com o objetivo de proporcionar o desenvolvimento econômico e social de determinada sociedade. As primeiras são entendidas como aquelas responsáveis por garantir os direitos sociais consagrados pela Carta Magna, tais como saúde, educação, segurança, assistência social, habitação. Enquanto, as últimas referem-se especificamente as políticas monetárias.

Nessa seara, atente-se que a doutrina, é responsável por diferenciar os distintos modelos política de maneira mais epistemológica, assim quatro tipos são apresentados: as distributivas responsáveis pela distribuição de recursos para a sociedade, regiões ou segmentos específicos; as redistributivas, que deslocam recursos das camadas sociais mais abastadas para as menos privilegiadas; as regulatórias, responsáveis por regulamentar e normatizar o funcionamento de serviços públicos; e as constitutivas ou estruturadas, que definem procedimentos gerais de uma política. (SCHMIDT, 2008, p. 2312).

Concomitante a isso, reconhece-se que as políticas são o meio de ação do Estado, através delas, a União, os Estados e os Municípios conseguem concretizar direitos e garantias fundamentais, por

isso saber diferenciar os conceitos metodológicos de uma política pública é imprescindível para a compreensão da dimensão e importância das fases que definem uma política, desde a sua criação até a avaliação de seus resultados.

Desse modo, processo de elaboração de uma política inicia-se com a “percepção e definição de problemas”, sem essa avaliação inicial a política não adquire nenhuma razão de existir, conforme destaca Schmidt, não basta apenas o reconhecimento de uma dificuldade ou situação problemática é preciso transformá-la em um problema político. (SCHMIDT 2008, p. 2312). É preciso também que tal questão desperte o interesse não só do governo, mas principalmente da sociedade, e como geralmente a comoção dessa acontece primeiro, ela acaba se tornando o órgão propulsor para que determinada situação ocupe o rol de prioridades do governo. Isso explica porque razão as políticas de gênero somente na última década passou a ser prioridade, até pouco tempo as mulheres eram detentoras de raríssimos direitos e se voltarmos ainda mais na linha do tempo, constata-se que sequer elas eram consideradas “indivíduos”.

A segunda fase inicia-se com a formulação da política pública, nesse momento define-se a maneira como o problema será solucionado, quais os elementos e alternativas que serão adotadas. Trata-se de uma fase de negociações e conflitos entre os agentes públicos e os grupos sociais interessados. Segundo (SCHMIDT, 2008, p. 2312), “a formulação de uma política nunca é puramente técnica. É sempre política, ou seja, orientada por interesses, valores e preferências, apenas parcialmente orientada por critérios técnicos. Cada um dos atores exhibe sua preferência e recursos de poder”. Nesse momento é importante definir as diretrizes, os objetivos e principalmente a atribuição de responsabilidades, a fim de deixar claro quem são os responsáveis pela execução das políticas. Assim, as políticas tomam forma através dos planos ou programas, os quais, por sua vez, originam projetos e ações.

A implementação compreende a terceira fase de uma política, trata-se da concretização da formulação, é o momento de executar aquilo que foi planejado. Nesse instante, geralmente acabam acontecendo adaptações e adequações, por isso um elemento imprescindível é a articulação entre o momento de formulação e de implantação de uma política, os agentes responsáveis por essas duas fases devem estar entrosados, compartilhar informações e participar ativamente desses processos.

Por último, e quem sabe, a fase mais importante, inicia-se o momento de avaliação de uma política, não basta apenas criá-la, implementá-la, sem se estar disposto a fazer uma análise minuciosa dos seus resultados obtidos, dos êxitos e das dificuldades apresentadas, do estudo de sua efetividade e eficiência. O ideal, nesse processo de avaliação, é justamente delinear se a política atingiu aos objetivos ao qual se propôs, assim como determinar se é conveniente que determinada política se mantenha ou se modifique.

No Brasil, ainda é muito frágil o processo de avaliação de uma política, geralmente esse momento se resume em massa de manobra para políticos utilizarem-se de pseudo-resultados com o propósito de campanha para novas eleições a fim de se manterem no poder. Por isso que muitas vezes os processos avaliativos atuais acabam tendo pouca credibilidade junto a sociedade. É necessário, portanto, a conscientização da real importância que essa fase assume no processo de estudo e análise de uma política pública.

Nessa perspectiva, as políticas públicas não devem ser entendidas como programas que se dividem por setores de acordo com as necessidades do Estado, ao contrário, elas devem estar constantemente interligadas e serem compreendidas a partir da própria construção de instituição e processo políticos, quais estão intimamente interligados com todas as questões que regem uma sociedade. Assim surge a transversalidade das políticas públicas, e nesse estudo, sob uma perspectiva de gênero.

Ressalta-se, a importância em se diferenciar os programas que têm por alvo preferencial as mulheres e o que são programas com perspectiva de gênero ou de enfrentamento das desigualdades de gênero. O fato de as mulheres serem centrais nos programas não significa que exista certa perspectiva de gênero ou propriamente um enfoque neste sentido. Ao encontro disso, Fraser (2002), trata de uma concepção de gênero bidimensional, propõe um olhar de gênero bifocal, aparecendo, “como um eixo de categoria, que alcança duas dimensões do ordenamento social”: “a dimensão da *distribuição* e a dimensão do *reconhecimento*”. (CARLOTO apud GODINHO; SILVEIRA, 2004).

Na perspectiva distributiva, mencionada por Fraser o gênero aparece como uma diferenciação parecida a classe, inerente da própria estrutura econômica da sociedade. Entende-se do mesmo modo, que a divisão do trabalho na sociedade, por exemplo, o que trata nessa questão, da divisão primordial entre o trabalho produtivo remunerado e o trabalho reprodutivo não remunerado, como de responsabilidade primária das mulheres; o que por sua vez, acarreta várias formas de injustiça distributiva baseada no gênero. (CARLOTO apud GODINHO; SILVEIRA, 2004).

Por outro lado, a perspectiva de reconhecimento surge como uma distinção de *status*, enraizada na própria ordem *status* da sociedade. Nesse contexto, o gênero codifica padrões culturais de interpretação e avaliação já disseminados, como por exemplo: o androcêntrismo que é uma injustiça de gênero e padrão institucionalizado que privilegia o masculino e desvaloriza o feminino. A partir disso, sofrem as mais diversas maneiras de subordinação, assujeitamento, servidão e a negação de seus plenos direitos como cidadãs. (CARLOTO apud GODINHO; SILVEIRA, 2004). Eis que a violência é o reforço da negação da identidade social do feminino.

Na década de 80, foram aprofundados estudos sobre a condição da mulher e elaborado o conceito de gênero. Em 1985, durante a

Conferência Mundial em Nairobi, ficou estabelecido um pacto entre os países participantes, os quais se comprometeram com a equidade entre homens e mulheres. No ano de 1993, em Viena, na Áustria, a ONU realizou a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, reforçando-se a proteção dos direitos humanos das mulheres. Já em 1995, em Beijing, foi realizada a IV Conferência Mundial da Mulher, onde se reconheceu que a promoção da igualdade entre homens e mulheres é fundamental para alcançar os objetivos de desenvolvimento e de paz para a humanidade. (MONTEIRO; LEAL, 1998). A partir dessas Conferências, que foram realizadas com o intuito de promover a equidade de gênero e consequentemente promovendo também os direitos das mulheres, muito tem sido feito para que estes mesmos direitos sejam reconhecidos e respeitados por todos.

Para Niki Johnsom, a transversalização sob a perspectiva de gênero, se traduz na prática, em uma idéia de que todos os atores sociais que normalmente incidem no processo de elaboração das políticas públicas tenham que incluir, nestas mesmas políticas, uma perspectiva de gênero. (JOHSON, 2007) Já no entendimento de Johnsom, a idéia da transversalização é a de que todas as políticas públicas que se implementam tenham uma perspectiva de gênero: que exista, desde o momento de identificação do problema, uma consciência de que este problema pode afetar de maneira diferente a homens e mulheres e que, para tanto, as soluções também podem ter um impacto diferenciado.

Por sua vez, a experiência demonstra que quando as responsabilidades são de muitos, na maioria das vezes o que ocorre é que ninguém as assume. Por esta razão, deve haver uma organização por parte do Estado no sentido de implementar e coordenar as políticas públicas de gênero. Sem o Estado assumir esse papel, dificilmente se logre êxito neste processo de transversalização.

Para Vázquez, a articulação entre os atores coletivos é o triângulo do empoderamento. Na literatura, tem-se algumas autoras estudiosas das políticas de gênero, que vão desde a ótica do rela-

cionamento até diversas autoras feministas. Em uma obra sobre o processo de formulação das políticas públicas na Europa, América Latina e Caribe, Vargas e Weringa, desenvolveram um conceito de “triângulo de empoderamento”, fazendo uma análise comparativa dos processos que tramitaram até o final em diferentes países. (VÁSQUEZ, 2007).

O que as autoras concluíram pela evidência empírica é que nos países estudados, o modelo mais efetivo na incidência na formulação de políticas públicas se baseia no denominado “triângulo do empoderamento”, uma articulação triangular entre os três grupos de mulheres: 1) mulheres dentro do poder executivo; 2) mulheres políticas que tenham uma agenda no âmbito político partidário; e, 3) mulheres que articulem e promovam o acesso de outras mulheres aos recursos e oportunidades nos mais diversos setores da sociedade.

Assim, para que ocorra a transversalização das políticas sob a perspectiva de gênero é imprescindível a reorganização dos processos políticos com o viés da equidade de gênero em todas as políticas, ações e programas do governo, em todos os níveis e fases.

3. O sufrágio, as evoluções no universo trabalhista e a ascensão da mulher moderna como elementos transformadores da relação de gênero no Brasil

Mesmo que, historicamente tenha fluído em Atenas a idéia do poder popular, já era possível encontrar por lá a face desprezível da desigualdade de gênero: as mulheres não podiam votar. O que não era nada democrático. Mas o que realmente é indigesto e conflitante é refletir que uma evolução tão benéfica tenha demorado bem mais de mil anos para acontecer. De fato, a democracia em seu sentido mais fidedigno é fruto de um amadurecimento social recente.

O sufrágio Universal surge como a primeira grande conquista. Igualdade política para homens e mulheres. No Brasil ele ocorre de fato no ano de 1932, com a promulgação do Código Eleitoral Brasileiro. Acerca desse passo triunfal, reflete Lisandra Arantes Carvalho:

Em 1891, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de forma confusa, declarava em seu artigo 70: “São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei”. Os intérpretes, homens, concluíram que, diante desse texto, o direito ao voto não tinha sido concedido às mulheres, mas somente aos cidadãos masculinos, conforme o texto da lei. Em 1910, com fundação do Partido Republicano Feminino, no Rio de Janeiro, [...], teve início no Brasil a luta pelo sufrágio universal, que se fortaleceu ainda mais com a criação da Liga pela Emancipação Intelectual da Mulher, [...], em 1919, transformada na Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, em 1922. Foi no Estado do Rio Grande do Norte que as mulheres brasileiras puderam votar pela primeira vez, em 1928, porém foi somente em 1932, com a promulgação de um novo Código Eleitoral Brasileiro (Dec. n. 21.076/32), que todas as mulheres brasileiras, finalmente tiveram garantido o seu direito de voto. (CARVALHO, 2006, p. 203).

A Constituição de 1988 assegurou a igualdade de direitos e obrigações das mulheres e homens e uma maior paridade na sociedade conjugal, reconhecendo e garantindo novos direitos às mulheres, tais como planejamento familiar, proteção contra a violência no âmbito das relações familiares, ampliação da noção de família, não-discriminação dos filhos havidos fora do casamento; licença maternidade, creches, pré-escolas e proteção ao mercado de trabalho da mulher, entre outros. (CARVALHO, 2006, p. 203-204).

Além de votar, lançaram-se na vida política, vereadoras, prefeitas, deputadas, senadoras e governadoras. A conquista do direito ao voto possibilitou a incorporação de metade da população (as mulheres) na dinâmica da democracia representativa, iniciando um processo de aproximação da mulher dos poderes do Estado, abrindo-se finalmente a possibilidade de influenciarem efetivamente os destinos do país. (CARVALHO, 2006, p. 203-204).

O amadurecimento intelectual da mulher (dado pelas condições melhoradas de acesso ao ensino) lhe proporcionou capacitação e entrada no mercado de trabalho, trazendo à realidade uma nova situação: a forte atuação feminina nas relações trabalhistas (atualmente, as mulheres já constituem equilíbrio no número de profissionais em áreas que eram tidas outrora como de exclusividade masculina, como por exemplo, na carreira jurídica).

Embora, o número de mulheres que trabalhem tenha aumentado, ainda é essencial que sejam quebrados os preconceitos e sejam garantidas condições paritárias de promoção nas carreiras. Infelizmente, em nosso país ainda nota-se a sobreposição dos homens nos cargos de decisão. É realmente notório que a inserção feminina no mercado de trabalho acontece de maneira desigual, vez que geralmente acabam ocupando postos inferiores, percebendo baixas remunerações, sendo vítimas de discriminações na contratação e na ascensão profissional, sem considerar a dura realidade de muitas mulheres que levam uma dupla ou tripla jornada como trabalhadoras, educadoras dos filhos e donas de casa com todos os afazeres tradicionais.

Em termos de igualdade de gênero nas relações trabalhistas ainda há muito que se fazer, mas em observância ao tema delimitado no tópico em questão, verifica-se de fato que muitas questões já mudaram. Fatores positivos como maior escolaridade e maior incidência no mercado de trabalho são relevantes e dignos de grande comemoração. São, portanto, expressões de Direitos adquiridos.

Considerações finais

A dominação sofrida durante séculos, e que ainda existem fortes resquícios são sintomas de que o outro ser diferente é também importante no processo social: o homem sente-se ameaçado e fragi-

lizado, quando se vê diante de um mesmo espaço com a mulher; que se não fosse sua ignorância, dada pela cultura patriarcal, poderia ser vivido pelos dois de forma compartilhada.

Repensar na necessidade de redefinir os papéis sociais na comunidade dos sexos não se limita na elaboração ou até mesmo, na efetivação de políticas de gênero que supram as demandas sociais na seara criminal com atos de violência vivenciados pelos companheiros de uma relação afetiva ou conjugal. E sim, também em todas as áreas sociais, tais como, trabalho, a educação, saúde, saneamento básico e moradia. Tantas aqui poderiam ser enumeradas, mas eis algumas de forma exemplificativa, destacando a saúde pública e o trabalho, que como direitos sociais fundamentais acolheriam todos os membros da família ou integrantes da comunidade.

Significa dizer, que ao priorizar, por exemplo: a saúde pública sob a perspectiva de gênero, verificar-se-ia desde o período pré-natal melhor acompanhamento e atendimento as gestantes, assegurando qualidade de vida ao nascituro e a sua progenitora, trazido a luz pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o que repercutiria fundamentalmente no seu lar.

Conclui-se, portanto, que a adoção de políticas transversais sob a perspectiva de gênero tem por premissa, evitar a proliferação de condutas violentas, especialmente aquelas que tomam por vítima o sexo feminino, que aos poucos caminha para a emancipação individual e social da mulher. A sua busca pelo reconhecimento no espaço público, como uma pessoa humana, perspicaz, sensível e de enorme potencial para contribuir na sociedade, não apenas como co-responsável pela manutenção e perpetuação da espécie, mas como um agente articulado e por sua vez, político.

Vislumbra-se, ainda, a metodologia eficaz para a promoção da igualdade de gênero, da paz social e da construção de uma sociedade mais justa, fraterna e solidária, que trate homens, mulheres, negros, homossexuais e idosos de maneira equânime e sem distinções.

Referências bibliográficas

BASSANEZI, Carla. Virando as páginas, revendo as mulheres; relações homem-mulher e revistas femininas, 1945-1964. 1992. Dissertação (Mestrado em História Social) - FFLCH/USP, São Paulo.

CARVALHO, Lisandra Arantes. O movimento feminista no Brasil, suas conquistas e desafios. O empoderamento da mulher como instrumento de intervenção social. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P.C (Orgs.). Novas direções na governança da justice e da segurança. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

CARLOTO, Cássia Maria. Ruptura ou reforço da dominação: gênero em perspectiva. São Paulo. Prefeitura Municipal. Coordenadoria Especial da Mulher; Secretaria do Governo Municipal. Políticas públicas e igualdade de gênero / Tatau Godinho (org.). Maria Lúcia da Silveira (org.). – São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004 188 p. (Cadernos da Coordenadoria Especial da Mulher, 8 (149-156).

FARAH, Marta Ferreira. Políticas públicas e gênero. São Paulo. Prefeitura Municipal. Coordenadoria Especial da Mulher; Secretaria do Governo Municipal. Políticas públicas e igualdade de gênero / Tatau Godinho (org.). Maria Lúcia da Silveira (org.). – São Paulo: Coordenadoria Especial da Mulher, 2004 188 p. (Cadernos da Coordenadoria Especial da Mulher, 8 (p.127-141).

HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. (Orgs.) *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2007.

IZUMUNO, Wânia. *Violência contra as mulheres e violência de gênero: notas sobre estudos feministas no Brasil*. In: *Revista E.I.A.L. Estudios Interdisciplinarios de América Latina y el Caribe*, v. 16, n. 1, 2005.

JOHSON, Niki. *Institucionalidade e atores nas políticas públicas com perspectiva de gênero*. Editora IDEAS – Montivideo, Uruguai, 2007.

LABRECQUE, Marie France. *Transversalização da perspectiva de gênero ou instrumentalização das mulheres?*. Rev. Estud. Fem., Florianópolis, v. 18, n. 3, dez. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2010000300015&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 25 fev. 11.

LARRAURI, Elena. *Criminologia crítica y violência de gênero*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

MULLER, Jean – Marie. *Não-violência na educação*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2006.

PINKER, Steven. *Vespeiros*. In: _____. *Tábula rasa: a negação contemporânea da natureza humana*. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2004. p. 383-566

SAFFIOTTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2004.

SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In.: REIS, Jorge R.; LEAL, Rogerio G. *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2008.

SERRATO, Hector Riveros. *Rumo a uma política integral de convivência e segurança cidadã na América Latina: marco conceitual de interpretação-ação*. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M.R.; BOTTINI, P.C. (Orgs.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília-DF: Ministério da Justiça, 2006.

VÁSQUEZ, Suzana. *Gênero e democracia participativa em: III Curso para Graduados 2007*. “Gênero: violência e equidade. Participação e exclusão”. Ed. IDEAS, Montivideo, 2007.

Sites

<<http://www.sepm.gov.br/subsecretaria-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres/coordenacao-geral-de-acoes-preventivas-e-garantia-de-direitos/enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres-do-campo-e-da-floresta/documentos/Diretrizes%20Politica%20das%20Mulheres%20do%20Campo%20e%20da%20Floresta%20fi..pdf>> Acesso em: 05 Abr. 11.

<<http://educacao.uol.com.br/biografias/dilma-rousseff.jhtm>> Acesso em: 05 Abr. 11.

<<http://www.observatoriosocial.org.br/download/emrevista5.pdf>> Acesso em: 13 Set. 2010

<http://www.fcc.org.br/mulher/series_historicas/mmt.html> (Fundação Carlos Chagas). Acesso em: 13 Set. 2010.

PAIS HOMICIDAS E INIMPUTABILIDADE: UM ESTUDO TRANSDISCIPLINAR

FILICIDE AND NONIMPUTABILITY: A TRANSDISCIPLINARY APPROACH

*Alfredo Cataldo Neto**
*Fabiola Dornelles***

Resumo: O presente trabalho busca a análise da temática do filicídio sob a ótica transdisciplinar, visando à identificação dos casos, os motivos e a forma mais frequentemente utilizada pelos pais filicidas. Também são alvos desta discussão a relação existente entre a inimputabilidade e o filicídio, os transtornos mentais mais recorrentes e a forma de prevenção, todos igualmente enfocados sob forma transdisciplinar.

Palavras-chaves: Filicídio. Inimputabilidade. Doença mental. Estado puerperal.

Abstract: This work tries to analyze the issue of filicide under the transdisciplinary view, trying to identify the cases, the reasons, the way that it is most used by parents who kill their own children. The relationship between the nonimputability and filicide is also the target of this discussion, the mental disorders that are most current and the form of prevention, equally being transdisciplinary.

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Médico Psiquiatra. Doutor em Clínica Médica (PUCRS).

** Assessora de Procuradoria de Justiça e Mestre em Ciências Criminais (PUCRS).

Keywords: Filicide. Nonimputability. Mental disorder. Puerperal condition.

Considerações introdutórias

Este capítulo é oriundo de uma Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS e busca a análise da temática do filicídio sob a ótica transdisciplinar.

Realizou-se a coleta de dados por meio de consultas a dez prontuários de pacientes, internos do Instituto Psiquiátrico Forense Dr. Maurício Cardoso, que cometeram filicídio e que foram considerados semi e/ou inimputáveis. Na ocasião da realização da pesquisa, o Instituto comportava 390 internos e contava 240 pessoas em alta progressiva.

Os dados coletados estão protegidos sob o dever ético da confidencialidade, Os pacientes não foram entrevistados, apenas foram examinados os dez prontuários.

A pesquisa recebeu aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa Humana do Instituto Psiquiátrico Forense e pelo Comitê de Ética em Pesquisa Humana da PUCRS, registrado com o protocolo nº CEP 09/04698.

1. O filicídio e a evolução da sociedade

É válido dizer que a ideia de matar os filhos está presente na cultura ocidental. Rascovsky destaca que as agressões perpetradas pelos pais contra os filhos devem ser tidas como universais, visto que acontecem em todos os grupos culturais, na medida em que:

Em todas as latitudes encontramos manifestações tais como o castigo corporal, o mental, a deformação, a mutilação e até mesmo o assassinato de crianças e jovens incluindo-se os mortos nas guerras. O sacrifício dos filhos parece constituir o meio e ser o preço necessário à passagem de uma organização individual e endogâmica para uma organização social e exogâmica. Tal preço tem sido apresentado sob diversos rótulos. O mais característico é o denominado rito de iniciação, que é exigido principalmente aos membros varões da comunidade¹.

A circuncisão, sob a ótica de Rascovsky, surgiria como submissão genital, de forma que, com uma castração simbólica, os pais impossibilitariam a futura rivalidade de seus filhos.

Segundo o supramencionado autor, a forma mais comum, e até certo ponto tolerada, de filicídio é a guerra. Morrer pela pátria (representada pelos pais), seria uma forma de heroísmo, de molde que a morte é glorificada até mesmo por hinos como o francês e o colombiano.

A mitologia também é rica de casos de filicídio. O exemplo mais conhecido é o de Medeia que, revoltada por ter sido abandonada por Jasão, estrangula os dois filhos do casal.

Aristóteles defendia a limitação do número de filhos, o aborto e o abandono como forma de controle da prole. Defendia, ainda, que a lei deveria estabelecer quais crianças seriam destinadas à morte por abandono.²

A Bíblia também traz vários episódios em que o filicídio está inserido. O Velho Testamento traz a exigência de morte dos filhos primogênitos. Abraão foi impulsionado a cumprir a ordem divina de incendiar seu único filho, Isaac. No Cristianismo, a morte do filho na cruz decreta a lei, cujo conteúdo latente é a permanência do filicídio em troca do processo civilizador.³

1 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973. p. 8-9.

2 MARTINS FILHO, José. *A criança terceirizada: os descaminhos das relações familiares no mundo contemporâneo*. Campinas – SP, 2007, p. 23.

3 PANERAI, Elizabeth Bernardes. *O silêncio sobre o filicídio e a necessidade de vigiar e punir: reflexões sobre o método*. In: Atos de Pesquisa em Educação, Vol. 1, No 1, p. 19-39, jan/abr (2006).

Vislumbra-se, de forma curiosa, ainda que discretamente, um aspecto filicida no conto clássico da Branca de Neve. A relação da madrasta com a enteada é desprovida de amor materno em prol do ciúme e da inveja. O pai desaparece da narrativa, surgindo o espelho mágico como o orientador da madrasta.⁴

Na época do Império Romano, de outro lado, apenas a mãe era punida, o pai permanecia impune por ter total direito sobre a prole. Durante o reinado de Constantino, o infanticídio teve fim entre os romanos. A Igreja, no século V, passou a dar um sentido sagrado à vida.⁵

Durante a Idade Média, não havia diferença entre infanticídio e homicídio, a punição era desde a decapitação, empalamento e até a incineração pública do genitor. Curiosa, no entanto, era a punição da mulher na baixa Idade Média Inglesa, visto que era forçada a manter-se somente com pão e água por um ano e mais dois anos sem comer carne ou tomar vinho.⁶

Percebe-se, logo, que há prática do filicídio nos mitos básico-origenários de todas as culturas. A motivação também é bastante diversificada: desde o controle populacional, eugenia até a básica confirmação do poder patriarcal.

Ao longo dos tempos, com o desenvolvimento da sociedade, passou-se a dar maior valor à vida. Atualmente, a prática filicida está mais relacionada ao sexo feminino. Essa ligação, que será mais bem explicitada ao longo do presente trabalho.

4 CORSO, Diana Lichtenstein; CORSO, Mário. *Fadas no Divã: psicanálise nas histórias infantis*. Porto Alegre: Artmed: 2006. p.78/82.

5 MARTINS FILHO, José. *A criança terceirizada: os descaminhos das relações familiares no mundo contemporâneo*. Campinas: SP. 2007, p. 24.

6 ROCCO, Priscila T. Peranovich; CUNHA, José C.; MELEIRO, Alexandrina M. A. de. *Infanticídio: temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II*. Antonio de Pádua Serafim, Daniel Martins de Barros e Sérgio Paulo Rigonatti (organizadores). Vetor Editora Psico-Pedagógica Ltda. SP, 2003, p. 55.

2. O filicídio à luz do direito

O filicídio, em realidade, aparece em nossa legislação como homicídio ou infanticídio, isto porque o termo filicídio não é utilizado pela legislação penal brasileira. Dependerá, para o enquadramento legal – art. 121 ou art. 123, do Código Penal⁷ –, das condições e características do agente, da situação e da vítima. A Exposição de Motivos da Parte Especial do atual Código Penal Brasileiro é explícita:

O infanticídio é considerado um *delictum exceptum* quando praticado pela parturiente sob a influência do estado puerperal. Esta cláusula, como é óbvio, não quer significar que o puerpério acarrete sempre uma perturbação psíquica: é preciso que fique averiguado ter esta realmente sobrevindo em consequência daquele, de modo a diminuir a capacidade de entendimento ou de autoinibição da parturiente.

Logo para configurar o delito de infanticídio faz-se mister a conjugação dos seguintes fatores: mãe em estado puerperal + morte do próprio filho + período - durante o parto ou logo após. São, pois, esses os elementos do infanticídio. Ainda que possua elementos similares ao delito de homicídio, tendo como verbo nuclear matar, é tido como um delito privilegiado, em função de apresentar penas bem menores do que aquele crime.

O infanticídio é considerado pela doutrina um homicídio privilegiado, conferindo tratamento mais brando à autora. O legislador conferiu um tratamento diferenciado pelo fato de a agente estar sob influência do estado puerperal e provocar a morte de seu filho nascente ou recém-nascido.⁸

Há significativa diferença entre os limites de pena entre o delito de homicídio e infanticídio. Além disso, no infanticídio a pena

7 Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos. Art. 123 - Matar, sob a influência do estado puerperal, o próprio filho, durante o parto ou logo após: Pena - detenção, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

8 MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. EDIPRO – Edições Profissionais Ltda., 1ª ed. 2001, Bauru, São Paulo, p. 26/27.

é de detenção, enquanto, no homicídio, será de reclusão. Salienta-se, ainda, que o delito de homicídio é tido como hediondo (Lei nº 8.072/90), o que implica maior rigor na fixação do regime prisional, na concessão da progressão e demais benesses. Algumas, inclusive, expressamente vedadas.

Curiosamente, em países como Inglaterra, Áustria, Canadá, Alemanha e Nova Zelândia, as legislações estabelecem que, quando a mãe mata seu filho, ela necessariamente sofre de uma perturbação mental grave. Já nos Estados Unidos, o ato de matar o filho é um homicídio.⁹

Em realidade, a trajetória do tratamento jurídico do infanticídio, no ordenamento jurídico brasileiro, chama atenção para o papel da mulher na sociedade. É sabido que, em tempos nem tão remotos, uma mulher que ficasse grávida, sem ser casada, era excomungada, assim como o nascituro.

A alternativa que restaria para essa mulher era o aborto ou o ato de matar seu filho quando do nascimento. Podemos, assim, considerar que o legislador foi sensível à sua época, visto que trouxe como justificativa do crime “ocultar a sua desonra”, bem como dispôs penas menos severas.

Acerca da evolução do Direito, impressiona a atualidade de Tobias Barreto:

Quando se trata de lei ou de direito, o critério do seu valor não é o da verdade, mas o critério da conformidade ou não conformidade ao fim que a lei se propôs. O direito é um regulador, não do pensamento, porém das ações; não se lhe deve, portanto, aplicar a medida teórica do verdadeiro, mas a medida prática do conveniente.¹⁰

9 FREIRE, Ana Cristina; FIGUEIREDO, Bárbara. *Filicídio*: Incidência e factores associados. *Aná. Psicológica*, out. 2006, vol.24, n. 4, p.437-446.

10 *Menores e loucos em direito criminal*. Estudo sobre o art. 10 do Código Criminal Brasileiro, Recife: Typographia Central, 1886, p. 43.

2.1. O estado puerperal

Pois bem, com a evolução da ciência, em especial da medicina, a noção do estado puerperal passou a ser considerada, principalmente, por ser no tocante ao aspecto psíquico. Surgiu, então, a necessidade de realização de perícia aferindo o estado mental da infanticida.

O puerpério é um período de grande dificuldade e vulnerabilidade. A mulher está sujeita a crises, em razão das mudanças ocorridas tanto em seu corpo quanto em relação às responsabilidades que terá de assumir em virtude do filho.

Ressalta-se, no entanto, que o estado puerperal não é o mesmo que puerpério. A medicina legal define o puerpério como um período variável que vai do fim do parto até a volta do organismo da mãe até o estado anterior à gravidez (seis a oito semanas). Sendo assim, pode-se perceber que o puerpério existirá sempre, visto que o organismo voltará à normalidade depois da gravidez. Por outro lado, o estado puerperal nem sempre ocorre e é tido como um estado especial e anômalo.¹¹

Percebe-se certo dissenso na medicina, quanto à conceituação e à duração do estado puerperal:

Uns chamam de estado puerperal a gravidez, o parto e o puerpério que o segue; outros, só a este último; terceiros entendem que o estado puerperal começa após o parto, e dura o tempo da involução clínica do útero. Existem ainda os que o admitem até o desaparecimento dos lóquios ou aparição da menstruação (...) Para o penalista, não interessa o estado puerperal antes ou algum tempo depois do parto, pois só leva em conta o estado puerperal durante e logo após o parto¹².

11 BATISTA, Muakad Irene. *O infanticídio: análise da doutrina médico legal e da prática judiciária*. São Paulo: Mackenzie, 2001. p.168.

12 GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 21ª Ed. Livraria Freitas Bastos S.A. Rio de Janeiro: 1981. p. 369/370.

Parece prevalecer, outrossim, que o estado puerperal é uma perturbação psíquica passageira. A legislação penal, porém, é taxativa ao determinar que ele somente se verifica durante o parto ou logo após. Sob a ótica da medicina legal, o parto terminaria com o completo desprendimento fetal, ainda que o bebê permaneça ligado à placenta pelo cordão umbilical¹³.

Essa determinação temporal é imprescindível. Até porque, antes desses fenômenos corporais ocorrerem, o crime seria o de aborto, e, se fosse depois do parto, tratar-se-ia de homicídio.

Tal realidade poderá, assim, alterar a psiquê de mulher. Por isso, o legislador estabeleceu que, se comprovado esse abalo psicológico e a sua relação (nexo causal) com a prática do crime, haverá este distinto tratamento à agente do crime.

Preleciona Cézár Roberto Bitencourt:

O estado puerperal pode determinar, embora nem sempre determine, a alteração do psiquismo da mulher dita normal. Em outros termos, esse estado existe sempre, durante ou logo após o parto, mas nem sempre produz as perturbações emocionais que podem levar a mãe a matar o próprio filho. Nosso Código Penal, que adota o critério fisiológico, considera fundamental a perturbação psíquica que o estado puerperal pode provocar na parturiente.¹⁴

A realização da perícia médica, conseqüentemente, reveste-se de primordial relevância. O perito deverá estabelecer o diagnóstico do tempo de vida, o diagnóstico do nascimento com vida, o diagnóstico do mecanismo de morte, o diagnóstico do estado puerperal e o diagnóstico do puerpério ou do parto recente ou antigo da autora.¹⁵

13 BENFICA, Francisco; VAZ, Márcia. *Medicina legal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 89.

14 *Tratado de direito penal*: Parte especial. Dos crimes contra a pessoa. 8ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2008. p.121.

15 FRANÇA, Genival Veloso. *Medicina legal*. Guanabara Koogan Editora. Rio de Janeiro. 2004. p. 282.

Assim, o estado puerperal pode ser tido como transtorno mental transitório, de molde que, quando do exame, a mulher sequer apresente ainda os sintomas. Portanto, a curta duração dos sintomas, a transitoriedade deste estado e a ausência de distúrbio mental prévio fazem desse diagnóstico pericial um verdadeiro desafio.

2.2. Inimputabilidade

A inimputabilidade é elemento primordial da culpabilidade, mas, não é definida pelo legislador brasileiro, o qual adotou a técnica da afirmação negativa. Ora, preferiu conceituar o inimputável. No entanto, pode-se extrair do Código Penal que é imputável aquele que tem capacidade de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Em princípio, pode-se afirmar que todos são imputáveis, exceto se estiver presente uma das causas excludentes da inimputabilidade (doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez completa decorrente de caso fortuito ou força maior).

No que tange ao desenvolvimento incompleto (menores de 18 anos, surdos-mudos não educados e silvícolas não adaptados ao meio social) ou retardado (oligofrênicos – idiotas, imbecis e débeis mentais) verificam-se aquelas situações em que a capacidade mental do indivíduo é incompatível com o estágio de vida em que se encontra. Logo, tal agente não possui condições de discernir acerca dos seus atos.

Acerca da determinação da inimputabilidade, o Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei 2.848/1940, adotou o critério biopsicológico, híbrido.

A inimputabilidade, diante dessa disposição legal, deve existir quando da prática delituosa, de molde a afastar a culpabilidade

do agente. Por conseguinte, o parágrafo único do supramencionado artigo refere-se aos semi-imputáveis, os quais seriam aqueles que – por doença mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado – ao tempo da ação ou omissão, não eram inteiramente capazes de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinarem de acordo com este entendimento. A pena, nestes casos, poderá sofrer a redução de um a dois terços ou ser substituída por “especial tratamento curativo” (artigo 98, do Código de Processo Penal).

Desse modo, diante do que preceitua o Código Penal Brasileiro, pode ser evidenciado que:

A faculdade de entender está baseada na possibilidade que o agente tem de conhecer a natureza, as condições e as consequências do ato. Implica o conhecimento da penalidade, da organização legal, das consequências sociais e supõe certo grau de experiência, de maturidade, de educação, de inteligência, de lucidez, de orientação e de memória. A faculdade de se determinar baseia-se na capacidade de escolher entre praticar ou não o ato, o que requer serenidade, reflexão e distância de qualquer condição patológica que possa escravizar a vontade do indivíduo, impulsionando-o para o ato.¹⁶

2.3. A perícia médico-legal e suas consequências

A instauração do incidente de insanidade mental é o meio disponível para que seja avaliada a inimputabilidade ou semi-imputabilidade do autor do delito quando da prática da infração penal. O resultado desse exame refletirá na possível aplicação da medida de segurança.

O procedimento, no entanto, exige a dúvida sobre a integridade mental do acusado. Nos termos do art. 149, do Código de Proces-

16 GAUER, Gabriel Chittó; OSÓRIO, Fernanda Correa; CATALDO NETO, Alfredo. Inimputabilidade: estudo dos internos do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso. *Revista de psiquiatria do Rio Grande do Sul*. v. 29, n. 3, p. 286-293.

so Penal Brasileiro (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941), o juiz pode ordená-lo de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, defensor, curador, ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado. Todavia, em nosso sistema processual penal caberá ao juiz a última palavra na decisão sobre a instauração ou não do respectivo incidente.

No que pertine ao momento processual, pode ser instaurado, ainda, na fase policial, mediante representação, ao juiz, do Delegado de Polícia. Destaca-se que somente na fase judicial, instaurado o incidente de insanidade mental, há a suspensão do processo. Eventuais diligências imprescindíveis poderão ser realizadas e o prazo prescricional corre normalmente. O inquérito, assim, segue normalmente seu curso.

Salienta-se que, no Estado do Rio Grande do Sul, o exame é realizado por médicos psiquiatras, servidores públicos, os quais exercem suas funções no Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso (IPFMC). A avaliação, portanto, é feita por psiquiatra, sendo o psicólogo responsável por informações adicionais do examinando.

É feita, então, uma retrospectiva acerca da capacidade mental do indivíduo em relação ao delito ocorrido. É informada a condição mental do periciando, quando da prática do delito e quando do momento em que presentemente é examinado.

Por consequência, se os experts concluírem que havia incapacidade mental total na época do fato, há isenção de pena e o periciando nunca será condenado. É a hipótese prevista no art. 26, “caput”, do Código Penal, ou seja, absolvição com ou sem medida de segurança.

Constatada a incapacidade mental parcial no momento da prática delituosa, o periciando será absolvido sem medida de segurança ou condenado. O parágrafo único do art. 26 do Código Penal traz a possibilidade de o juiz reduzir a pena de 1/3 a 2/3 ou substituir a pena por medida de segurança, pela presença da periculosidade.

Em que pese a indiscutível importância do laudo, o juiz não está obrigado a acatá-lo (art. 182, do Código de Processo Penal¹⁷). Mais: pode discordar das conclusões dos *experts* no todo ou em parte, pois vigora em nosso sistema processual penal o livre convencimento motivado. O que parece ser inegável é que o perito, como conhecedor do assunto, fornece ao magistrado elementos por ele desconhecidos.

Basta a mera leitura dos artigos 96 e 97 do Código Penal Brasileiro para perceber que a medida de segurança é uma penalidade fundada basicamente na prevenção. Isto é, busca evitar que aquela pessoa que cometeu um delito torne a delinquir em função de sua periculosidade.

Evidenciada a relação entre doente mental e periculosidade, o fator é utilizado também nos laudos de avaliação de alta progressiva, ou seja, enquanto não reduzida a periculosidade, não está apto a ter um mínimo de convívio social.

Pode ser entendido que:

A periculosidade é uma prognose, um fato provável...é o estado psíquico do agente como provável causa de novos crimes...não serve a um objeto de justiça, mas de utilidade: não é fundamento à justa ou proporcionada retribuição do mal pelo mal, que o Estado, na sua função ética, se arroga, mas à atividade defensiva que o Estado tem o direito e o dever de exercer, em face da autorização suposição de novos males por parte do indivíduo violador da lei.¹⁸

O Código Penal Brasileiro, dessa forma, adotou o sistema vicariante, de forma que é vedada a aplicação de pena + medida de segurança. Restará, assim: para os imputáveis, cabível a pena; para os inimputáveis, a medida de segurança; já para os semi-imputáveis, pena ou medida de segurança, conforme a indicação do perito.

17 Art. 182: O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo no todo ou em parte.

18 PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. *A doença mental no direito penal brasileiro: inimizabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. Hist. cienc. saúde-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, Aug. 2002.

A absolvição e submissão a uma medida de segurança, fundada na periculosidade do sujeito, é alvo de crítica por parte dos doutrinadores.

Há, portanto, duas espécies de medida de segurança: a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e a sujeição a tratamento ambulatorial. A internação, em verdade, é uma espécie de detenção. Será obrigatória quando o delito cometido cominar a pena de reclusão e por tempo indeterminado, de acordo com a avaliação de cessação de periculosidade a qual será constatada no prazo mínimo de um a três anos.

A Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, em seu art. 176, dispõe que, em qualquer tempo, antes do prazo mínimo de duração da medida de segurança, poderá o juiz da execução, diante de requerimento do Ministério Público ou do interessado, seu procurador ou defensor, determinar a feitura do exame para que se verifique a cessação da periculosidade.

Ressalta-se, contudo, que a desinternação é condicional, podendo ser reestabelecida a internação caso o agente cometa algum fato que indique a sua periculosidade num prazo de um ano. Após, está livre. É o que reza o art. 97, parágrafo 3º, do Código Penal Brasileiro.

De outro lado, o tratamento ambulatorial objetiva aquele fato cuja pena é de detenção, sendo também por prazo indeterminado. Igualmente, é estabelecido um prazo mínimo para a realização da perícia médica, assim como aplicáveis os ditames do já mencionado art. 176, da Lei de Execuções Penais. A liberação também é condicional.

É questionado o critério usado para ser estabelecido lapso temporal necessário de penalidade, visto que se estaria diante de um doente necessitando de tratamento, pouco importando a natureza da pena cominada para o delito.¹⁹

19 COSTA, Álvaro Mayrink da. Medidas de Segurança. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro EMERJ*, v. 10, n. 37, jan. 2007, RJ.

3. O ato filicida

O filicídio é tido como o assassinato do filho, pelo pai, pela mãe ou por ambos.

Cuida-se de ato repugnante e incompreensível, gerando a necessidade de maior reflexão. Pode se dizer que o filicídio pode ser praticado contra qualquer filho, independentemente da idade. Não obstante, verifica-se que é cometido em larga escala contra crianças e recém-nascidos. É bastante comum a prática filicida durante as primeiras 24 horas de vida, neste caso, majoritariamente cometido pelas mulheres.²⁰

A descrição inicial de Resnick sobre o filicídio tem por base a idade da vítima. Ou seja, neonaticídio refere-se a recém-nascidos (primeiras 24 horas de vida), infanticídio para crianças com menos de um ano de idade e filicídio para vítimas com maior idade.²¹

Nos mais diversos tipos de filicídio, é possível encontrar a presença de enfermidade mental nos pais. Os fatores hormonais, aliados à doença mental, são fatores de risco. Pode, ainda, ocorrer a combinação de outros fatores psicossociais e culturais.²²

Geralmente, o filicídio traduz-se como ato de extrema violência, mediante reiterados e inúmeros golpes, provocando sofrimento desnecessário para a vítima. A vítima, a maioria em tenra idade, não possui condições de esboçar qualquer ato defensivo. O crime, portanto, é facilmente cometido. A criança (até 12 anos) também é uma vítima indefesa por demonstrar carinho e confiança naquele que a agride.

20 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973. p. 23-25.

21 FREIRE, Ana Cristina e FIGUEIREDO, Bárbara. Filicídio: Incidência e factores associados. *Aná. Psicológica*, out. 2006, vol.24, nº.4, p.437-446. ISSN 0870-8231.

22 CASTAÑO, Berta Lucia. Psicopatologia y filicidio. In: ALMIRÓN, Maria P. et. al. *Estúdios sobre Homicidios: perspectivas forense, clínica y epidemiológica*. La Plata: Librería Platense, 2009, p. 487.

Sobre o enfoque, Rascovsky²³ salienta que:

A criança se converte no triste depositário da agressividade incontrolada do adulto, não só em razão de sua debilidade e de sua dependência, ajudadas por sua presença e proximidade física, mas principalmente pelos múltiplos significados conscientes e inconscientes que ela gera na mente dos seus pais.

Ao longo dos anos, percebeu-se que a violência na infância é perpetrada pelos próprios pais ou responsáveis. Encontra-se presente indistintamente em todas as classes socioeconômicas, não respeitando credo, raça ou cor.

Situações de risco psíquicas podem estar relacionadas a alterações na psiquê dos familiares envolvidos com agressão à criança bem como estarem presentes na própria vítima. Por outro lado, a literatura mostra diversos fatores de risco para a prática filicida. O baixo nível socioeconômico é um deles, visto que a mãe, por exemplo, que viva sozinha, em lugar inadequado e não tenha contatos sociais, tem a criança como sua única fonte de afeto.²⁴

O histórico familiar também se mostra relevante. Pesquisas apontam que mulheres vindas de famílias numerosas, que sofreram maus-tratos e violência possuem forte tendência à prática filicida.²⁵

O filicídio cometido em crianças menores de um ano está frequentemente relacionado à doença mental e a transtorno antissocial de personalidade (TASP).²⁶

Chama atenção a banalidade das causas do filicídio apontadas pela literatura: choro repetido, defecação nas roupas, rejeição de comida. Pior ainda: medidas muitas vezes tidas como disciplinares²⁷.

23 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973. p. 23-25.

24 FREIRE, Ana Cristina e FIGUEIREDO, Bárbara. Filicídio: Incidência e factores associados. *Aná. Psicológica*, out. 2006, vol.24, no.4, p.437-446. ISSN 0870-8231.

25 *Ibid.*, p.437-446.

26 CASTAÑO, Berta Lucia. Psicopatologia y filicidio. In: ALMIRÓN, Maria P. et. al. *Estudios sobre Homicídios: perspectivas forense, clínica y epidemiológica*. La Plata: Librería Platense, 2009, p. 487.

27 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973.

Vinheta 01:

Mulher, com 25 anos, solteira, doméstica e instrução primária incompleta, histórico de abuso sexual na infância, prostituição e uso de drogas. Teve cinco filhos. O motivo do crime foi ter se irritado com o filho de apenas quatro anos, desferiu inúmeros golpes na criança com instrumento contundente e, posteriormente, produziu inúmeras queimaduras no corpo do filho. Após alguns dias, a vítima veio a falecer. A interna não lembra por que agrediu o filho, mas confirma que aplicava castigos como deixá-lo sobre tampas de garrafa. A perícia inicial concluiu pela personalidade paranoide, pela semi-inimputabilidade, os experts não indicaram a internação por risco de prejuízo, apenas a necessidade de tratamento.

Vinheta 02:

Mulher, agricultora, jovem, com 19 anos, baixo grau de instrução. Quando da prática do crime, estava grávida. Apresenta histórico de diversos crimes, culminando no homicídio do filho de apenas 01 ano e 08 meses. A denúncia descreve que a interna desferiu socos, tapas, chutes e mordidas na criança, causando-lhe hemorragia interna abdominal e retroperitoneal consecutiva à laceração de artéria aorta compatível com politraumatismo. O motivo do crime é que a criança estava um pouco doente e não parava de chorar. O atendimento hospitalar descreve que o bebê apresentava suspeita de maus-tratos e abuso sexual. A perícia de avaliação da responsabilidade penal constatou que a interna apresentava parcial capacidade de entendimento e de determinação em relação ao delito.

Rascovsky preleciona que a criança necessita do amor de seus pais, para o seu pleno desenvolvimento. Principalmente o nascituro, que depende de seus cuidadores para sobreviver.

Essa dependência vital faz com que o recém-nascido sinta o espaço como todo seu e a seu serviço. A criança, assim, acaba por representar um obstáculo na vida de seus pais, visto que exige atenção, dedicação, circunstância que pode gerar conflitos na vida do casal. Os pais acabam por reviver os seus aspectos infantis não resolvidos.²⁸

28 SÁ, Alvinio Augusto de Sá. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, SP, p. 34

Essa conturbada e nova relação cria “a possibilidade de as crianças serem utilizadas a serviço de necessidades narcisistas, de posse e poder, que podem levar a conduta violentas por parte dos adultos”.²⁹

Assim, a carência de função dos pais pode causar a morte da criança e a falta desta provocar danos diretamente proporcionais aos sentimentos ausentes. Márcia Manzoni da Silva Ferri³⁰ esclarece:

Existe um equilíbrio entre as tendências agressivas e criminosas e as tendências amorosas e protetoras em relação aos filhos. O que ocorre quando há um desequilíbrio nessas maneiras atenuantes de assassinatos dos filhos encontrados pelo processo cultural, para de uma forma ou de outra, refletir, de forma aceitável, a violência sem ultrapassar o limite parental imposto pela evolução social, tais como, o sacrifício parcial do prepúcio e da guerra. O filicídio ocorre, portanto, quando o modelo parental não é adquirido de forma correta, e dessa forma, a balança dos sentimentos desequilibra.

Ao ser estabelecido um modelo parental, Rascovsky assegura que há a preservação da descendência. Contudo, tais funções podem estar relacionadas, visto que “a reciprocidade dos dois grupos de funções parentais é tão fundamental que qualquer mudança na execução das funções de um pai deve imediatamente resultar em uma mudança correspondente nas funções do outro”.³¹

Inobstante, Rascovsky menciona um outro tipo de filicídio, não menos comum ou sem relevância. Não um filicídio comissivo, mas uma espécie de omissão dos pais. Um matar sem agir, ou seja, “um microabandono que sobressai na atitude cotidiana de desamor ao filho, desprezado em suas necessidades ou anseios, negligenciado

29 MALTZ, Rute Stein; ZAVASCHI, Maria Lucrécia; BECKER, Alice et al. Poder parental e filicídio: um estudo transdisciplinar. *Revista Brasileira de Psicanálise*, v.42, n.3, p. 92-102, 2008.

30 FERRI, Márcia Manzoni da Silva. *Filicídio: uma abordagem jurídica e psicossocial*. 2004. Dissertação. (Mestrado em Ciências Criminais) - Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

31 ACKERMAN, Nathan W. *Diagnóstico e tratamento das relações familiares*. Ed. Artes Médicas, 1986, p. 167.

quando a presença dos pais é indispensável para seu equilíbrio e desenvolvimento”³².

O abandono surge rapidamente na vida da criança. As mudanças ocorridas no papel da mulher exigiram maior participação dela no mercado de trabalho, sem a desvincular da maternidade. “Às novas possibilidades se somam as antigas expectativas; daí a sensação de sobrecarga e o sentimento de culpa por não conseguir dar conta de tudo”³³. Inevitável a ocorrência de “traumas para o desenvolvimento psicofísico da criança”³⁴.

3.1. O filicídio materno

A mãe é apontada como a principal autora do filicídio. Ao mesmo tempo, não é raro perceber, na literatura, certa dose de preconceito acerca da definição da mãe filicida.

Percebe-se que há certa padronização quando se descreve o quadro da genitora. Basicamente, os autores retratam o filicídio materno como infanticídio, ou seja, cometido por influência do estado puerperal. Muitos autores, por exemplo, destacam que o infanticídio aconteceria por gravidez indesejada ou para a defesa da honra.

Tal generalização, contudo, não merece prosperar. Ora, não se pode negar que a mãe possui uma ligação biológica, de sobrevivência, ou seja, uma relação intensa com o filho. O ato de amamentar é o melhor exemplo dessa ligação e dedicação ao filho. “A função materna compreende presença e disposição afetiva constante e imune a interferências de outras atividades, pelo menos no início do desenvolvimento da criança”³⁵.

32 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973, p.28.

33 MALDONADO, Maria Tereza. *Maternidade e paternidade*. Vol. II. Ed. Vozes. Petrópolis. 1989, p.16.

34 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973, p. 28.

35 Ibid. p. 28.

Aliás, desde a gravidez, a ligação da mãe é mais forte, pois essa é uma época muito especial para a mulher. Ao mesmo tempo, é um período cercado de mudanças, seja em relação ao fato de ter novas responsabilidades, seja quanto às alterações ocorridas em seu corpo e mente. Caberá à mulher inserir o bebê à sua rotina, aprender a cuidá-lo, bem como se sentir capaz para tanto. É o estado de vulnerabilidade da gestante.

O que parece inegável, entretanto, é que no período pós-parto, a mulher necessita de ajuda, seja do pai da criança, seja de algum familiar. Comumente percebe-se que as mulheres acabam recebendo o apoio de outro ente familiar do mesmo sexo.

Estudos apontam esse apoio como fundamental para ser evitada a depressão. Após o nascimento, são bastante rotineiros sentimentos de insegurança, ansiedades e dúvidas sobre os cuidados do bebê. Então, aquela mulher que encontra um ambiente acolhedor, consegue superar essas angústias, sentindo-se cuidada, de molde a construir uma imagem materna positiva.³⁶

Portanto, ainda que a maternidade seja uma experiência extremamente gratificante, acaba por impor novas situações para a mulher. Desta forma, o período do puerpério é tido como crítico, “podendo desencadear situações transitórias e leves até mais intensas e persistentes. Um diagnóstico acertado e a correta intervenção são de suma importância para a redução dos sintomas e a volta ao antigo estado emocional.”³⁷

Há algumas patologias mentais relacionadas com mais frequência ao pós-parto. Até porque, “após o parto, há aumento da sensibilidade da mãe, diminuição das defesas e aumento da disponibilidade de pensamento primitivo.”³⁸

36 PROCHOW, Laura Pithan; LOPES, Rita de Cássia Sobreira. *A relação da mãe em situação de depressão com suas figuras femininas de apoio*. Porto Alegre: PSICO, PUCRS, v.38, p. 285-291, set./dez. 2007.

37 NETTO, Leticia Silveira; DAUDT, Patrícia Ruschel. *O ciclo gravídico-puerperal*. Psiquiatria Legal Informações Científicas para o Leigo. Ed. Conceito. Org. Luiz Carlos Illafont Coronel. 2006, p.51.

38 PROCHOW, Laura Pithan; LOPES, Rita de Cássia Sobreira. *A relação da mãe em situação de depressão com suas figuras femininas de apoio*. Porto Alegre: PSICO, PUCRS, v.38, p. 285-291, set./dez. 2007.

O DSM-IV (Diagnostic Statistical Manual), por sua vez, não traz categorias específicas para a depressão ou para psicose ocorrida durante a gravidez ou durante o ano seguinte ao parto. Para tal sistema, estas doenças, associadas à gravidez ou ao parto, estariam ligadas a outro tipo de enfermidade mental como, por exemplo, o transtorno afetivo bipolar.³⁹

A doença mental mais comum é a depressão pós-parto. São apontados como fatores de risco relacionados à depressão maior no puerpério: idade inferior a 16 anos, história de transtorno psiquiátrico prévio, eventos estressantes experimentados nos últimos doze meses, conflitos conjugais, ser solteira ou divorciada, estar desempregada (a paciente ou o seu cônjuge), apresentar pouco suporte social, personalidade vulnerável (mulheres pouco responsáveis ou organizadas), esperar um bebê do sexo oposto ao desejado, apresentar poucas relações afetivas satisfatórias e suporte emocional deficiente.⁴⁰

A psicose pós-parto (depressão pós-parto patológica) é a mais rara, mas, a mais severa. Pode ser verificada a sua estreita relação com a prática do infanticídio. Geralmente, inicia entre o primeiro ao terceiro mês depois do parto, podendo durar até dois anos.⁴¹

A mulher, acometida de psicose puerperal, poderá apresentar quadros paranoides com pseudoalucinações, estados esquizoides, marcando o início da psicose puerperal. Há relatos de que os quadros esquizoafetivos e maníacos começam entre o sexto e sétimo dia após o parto. A maioria apresenta alucinações (visuais ou auditivas), ânimo exaltado ou irritável, hiperatividade e fala rápida ou retardo

39 CASTAÑO-HENAO, BL. *Trastorno mental y filicidio*. Rev Colomb Psiquiatria. 2005;34 (1):82-89. p. 10.

40 CAMACHO, R.S.; CANTINELLI, F.S.; RIBEIRO, C. S. et al. R. *Revista Psiquiatria Clínica*. v.33, n.2, p. 92-102, 2006.

41 CASTAÑO, Berta Lucia. *Psicopatologia y filicidio*. In: ALMIRÓN, Maria P. et al. *Estudios sobre homicidios: perspectivas forense, clínica y epidemiológica*. La Plata: Librería Platense, 2009, p. 500.

de movimento e de fala, diminuição de interesse e sentimentos de menos valia e culpa.⁴²

Válido salientar que há registros de que 40% dos casos de filicídio ocorrem durante um surto psicótico⁴³. Aliás, a forma do cometimento da morte do filho, violentos nestes casos, é caracterizada por atos comissivos e bastante violentos.

Ao estudar o filicídio materno, Resnick estabelece que há cinco motivações básicas. Vejamos: o primeiro é o dito filicídio altruísta. Neste caso, a mãe mata seu filho por amor, sendo que o melhor caminho para o filho seria a morte.

Nesta categoria, estão incluídos os casos de transtornos depressivos maiores, depressões psicóticas e psicoses. Mulheres que cometem esse tipo de ato consideram-se boas mães, não chegando a compreender como puderam cometer o crime.⁴⁴

Há, também, de acordo como o mesmo autor, o filicídio por psicose aguda. A mãe padece de um quadro de psicose ou ideias delirantes e acaba por matar seu filho sem que exista um motivo compreensível.

Resnick⁴⁵ ainda tipifica o filicídio por maltrato moral como resultado de um somatório de fatores: abuso infantil, negligência e Síndrome de Munchausen.⁴⁶

42 NETTO, Leticia Silveira; DAUDT, Patricia Ruschel. *O ciclo gravídico-puerperal*. Psiquiatria Legal Informações Científicas para o Leigo. Ed. Conceito. Org. Luiz Carlos Illafont Coronel. p. 51.

43 MCKEE, G. R; SHEA, S. J. Maternal filicide: a cross-national comparison. *J Clin Psychol*. v.54, n.5, p. 679-87, 1998.

44 TRIJUEQUE, David González; MUÑOZ-RIVAS, Mariana. *Filicidio y neonaticidio: una revisión*. DIALNET. Psicopatología clínica legal y forense, v.03, n.02, p. 91-106. 2003.

45 FRIEDMAN, Susan; H; RESNICK, Phillip. *Asesinato de niños por su madres: patrones y prevención*. Susan Hatters Friedman, Phillip Resnick, Revista Oficial de La Asociación de Psiquiatria, (WPA), Volumen 05, nº 03, diciembre 2007, p. 137-141.

46 Doença psiquiátrica em que o paciente, de forma compulsiva, deliberada e contínua, causa, provoca ou simula sintomas de doenças, sem que haja uma vantagem óbvia para tal atitude que não seja a de obter cuidados médicos e de enfermagem. BRASIL MUNCHAU-SEN. A Síndrome. Disponível em: <<http://www.munchausen.com.br/asindrome.html>>. Acesso em: 15 out. 2009.

No caso de filicídio de filho não desejado, o autor⁴⁷ relata que a mãe considera seu filho um problema, vindo a matá-lo. A ausência de figura paterna, o filho de uma relação extraconjugal e as dificuldades econômicas são alguns fatores que podem motivar essa modalidade de filicídio.⁴⁸

Por fim, Rensick⁴⁹ assevera que a motivação menos frequente é o filicídio praticado com o objetivo de vingança do cônjuge.

O agente pratica o ato com a intenção deliberada de provocar sofrimento no outro genitor. Esse tipo de filicídio é também chamado de Complexo de Medeia. Nesta categoria, estão os agressores com transtornos severos de personalidade, com relações familiares caóticas e histórico de autolesão.⁵⁰

Inevitável, destarte, questionar acerca da relação entre suicídio e filicídio. Não é rara a conjugação ou, ao menos, a tentativa de suicídio, ou até mesmo de autoagressão após a prática da morte do filho.

O que parece inegável é que ambiente sadio, acolhedor, em que a mãe encontra alicerce, torna-a confiante, contribuindo para a sua saúde mental e para a sobrevivência do filho. Assim, reitera-se, a prevenção é a melhor escolha. Estabelecer estratégias para identificar e tratar as mães suscetíveis a cometer o filicídio é uma das formas de prevenção.

A disfuncionalidade familiar, a pobreza de vínculos afetivos entre pais, o histórico de maus-tratos infantis e o abuso de drogas e álcool também podem ser tidos como fatores desencadeantes do problema.⁵¹

47 FRIEDMAN, Susan H; RESNICK, Phillip. *Asesinato de niños por su madres:patrones y prevención*. Susan Hatters Friedman, Phillip Resnick, Revista Oficial de La Asociación de Psiquiatria, (WPA), Volumen 05, nº 03, diciembre 2007, p. 137-141.

48 TRIJUEQUE, David González; MUÑOZ-RIVAS, Mariana. *Filicidio y neonaticidio: una revisión*. Psicopatología Clínica Legal y Forense, vol. 03, nº 02, 2003, p. 91-106.

49 FRIEDMAN, Susan; H; RESNICK, Phillip. *Asesinato de niños por su madres:patrones y prevención*. Susan Hatters Friedman, Phillip Resnick, Revista Oficial de La Asociación de Psiquiatria, (WPA), Volumen 05, nº 03, diciembre 2007, p. 137-141.

50 TRIJUEQUE, David González; MUÑOZ-RIVAS, Mariana. *Filicidio y neonaticidio: una revisión*. Psicopatología Clínica Legal y Forense, vol. 03, nº 02, 2003, p. 91-106.

51 Ibid, p. 02.

Constata-se, portanto, que não se pode generalizar, pois há diversas motivações para o filicídio. É preciso análise do caso e do histórico da mãe, a qual, muitas vezes, apresenta gestação desprovida de acompanhamento médico, além de apresentar, em algum momento do passado situação ou reação típica de doença mental, a qual, sem tratamento adequado, soma-se ao quadro que também pode ser associado ao uso/abuso de drogas e/ou álcool, abandono familiar, antecedentes criminais e, até mesmo ao abuso sexual na infância. O acompanhamento da gestação, o diagnóstico precoce, o conhecimento do histórico de vida da futura mãe é, sem dúvida, a melhor opção para o acertado diagnóstico em que fatores pessoais possuem uma influência significativa.⁵²

3.2. O filicídio paterno

O pai apresenta uma relação mais social com o filho. “O cumprimento da função paterna requer certo grau de amor, de maturidade e de capacidade que absorva a agressão inata dos filhos.”⁵³

O pai, excluído desta ligação inicial mãe-bebê, estaria ligado mais ao aspecto financeiro, ou seja, seria o responsável, o provedor. O enfoque de Rascovsky sobre o papel masculino traz à baila que o homem deve identificar-se com a atitude maternal de sua esposa. Além disso, deverá repetir os tratamentos recebidos por seus pais, objetivando reparar os aspectos negativos.

Devido à chegada de uma criança, o futuro pai pode ser afetado por perturbações psicológicas. Podem surgir angústias, inseguranças, ciúmes, medo de perder a mulher, vindo a surgir conflitos infantis no que pertine à rivalidade fraterna e edípica.

52 Ibid. p. 02.

53 RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973. p.26.

Pois bem, pode ser vislumbrado que o homem, quando retira a vida do filho, o faz por não tolerar seu choro, por não aceitar ser desafiado em sua autoridade, por não se conformar com o término da relação amorosa ou por motivos relacionados a incesto. A possibilidade de transtorno antissocial de personalidade e o abuso de drogas e álcool igualmente são relatados.⁵⁴

Vinheta 03:

Um homem, analfabeto, casado, agricultor, jovem, com 26 anos de idade, enforcou as duas filhas, uma de três anos de idade e outra de um ano e meio de idade em uma árvore. Apresentou como motivo a incomformação com a separação da esposa. No entanto, os experts concluíram que o paciente apresenta uma patologia em nível psicótico que lhe causa alteração do juízo crítico, causando-lhe uma interpretação da realidade externa de acordo com sua ideação delirante, agindo de acordo com esse entendimento, sendo considerado inimputável.

Enquanto o filicídio cometido por mulheres tende a estar associado a quadros psicóticos; no caso dos homens, são mais frequentemente diagnosticados transtornos de personalidade.⁵⁵

Os pais, conforme se constatou, tendem a matar os filhos maiores, usam métodos mais violentos e são motivados por fatores socioeconômicos, conjugais, psiquiátricos e toxicológicos. Também aparecem como motivação dúvidas sobre a paternidade, além da percepção, no filho, de um obstáculo para o sucesso profissional.⁵⁶

Por outro lado, os homens filicidas também são passíveis de cometerem suicídio, após ceifarem a vida do filho:

Apesar desse quadro acerca da paternidade, os motivos que levam um pai a matar seu filho não diferem muito, quando compa-

54 Berta Lucia Castaño. In: *Psicopatologia y filicidio*. Estudios sobre homicídios: perspectivas forense, clínica y epidemiológica, María P. Almirón... (ET. AL), 1ª Ed., La Plata: Librería Editora Platense, 2009, p. 487.

55 Trijueque, David González. Muñoz-Rivas, Mariana. *Filicidio y neonaticidio*: una revisión. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 03, nº 02, 2003, p 91-106.

56 *Ibid.*, p. 91-106.

rados com as motivações da genitora. Ressalta-se, inclusive, a necessidade de maior estudo de casos sobre a prática do filicídio por parte dos pais. A literatura mostra maior interesse pelo filicídio praticado pela mãe, deixa, portanto, o pai em segundo plano.

Considerações finais

A prática filicida desperta curiosidade acerca dos motivos que levam pais a ceifarem a vida de filho. O que pode ser percebido é a prática deste horrendo ato em diversas culturas e épocas, pelas mais diversas motivações. Além disso, percebe-se que a incidência é bastante significativa.

A pesquisa feita trouxe vinhetas majoritariamente femininas. Também merecem atenção a idade e o gênero das vítimas. As mulheres que praticam o filicídio geralmente são jovens, acometidas de algum transtorno mental, e optam por matar filhos mais velhos. A justificativa de doença do filho ou o temor de que algo pior acontecesse a ele também se mostram recorrentes. Gravidezes frequentes e alguns sintomas autopunitivos também são comuns.

Não se percebe, geralmente, indício de arrependimento pelo ato. A reiteração de golpes e o uso de instrumentos contundentes, como faca, também chamam a atenção ao fato de que a violência extrema pode ser dita como frequente.

Os homens, por sua vez, ao praticarem o filicídio, não diferem tanto das mulheres. Justificam o ato por motivações relacionadas à masculinidade, devido ao abandono ou separação da esposa, bem como devido a questões financeiras. A maioria, quando acometida de doença mental, apresenta transtorno de personalidade.

Determinados fatores não podem ser desprezados: o histórico de violência familiar na infância ou na vida conjugal, bem como o abandono e o baixo grau de instrução desses pais filicidas.

Percebe-se que a conduta filicida, a fim de melhor compreensão, merece atenção das mais diversas áreas relacionadas à saúde física e mental, como medicina, psiquiatria, antropologia, sociologia.

Denota-se, no entanto, a dificuldade em estabelecer o padrão/perfil de um filicida. As mulheres são as que mais frequentemente praticam o ato e, ao revés do que se pensava quando se iniciou o presente trabalho, a doença mental não pode ser diretamente ligada à prática filicida como causa única.

Evidenciado que a doença mental não tratada pode ser um dos fatores desencadeantes da prática filicida, fatores hormonais associados à doença mental podem ser fator de risco para o crime que, no entanto, não pode ser tido como resultado direto de doença mental. A prática de um delito está muito mais vinculada com a incapacidade de aceitar normas.

O doente mental é visto e avaliado como um ser perigoso. A sua periculosidade social é avaliada quando da imposição da medida de segurança, fato que acaba estigmatizando-o.

No Brasil, a assistência psiquiátrica à população com menor condição econômica sofreu significativa diminuição na oferta de atendimento. Movimentos e políticas sociais baseadas na antipsiquiatria e na crença ingênua de que o fechamento de hospitais psiquiátricos acabaria com a doença mental, abandonaram o doente mental à própria sorte.

O ato filicida, portanto, envolve diversos fatores e circunstâncias. Dessa forma, o estudo da prática filicida não pode apontar apenas um fator, pode apenas identificar algumas situações de risco, bem como situações recorrentes. Trata-se de caso de saúde pública. A mulher acometida de doença mental ou com histórico de sintomas psiquiátricos não tratados merece, pois, especial atenção, sendo possível detectar os filhos que estão em risco, bem como a necessidade de trabalho preventivo para com tais mulheres, principalmente em casos de pretensão de engravidar. Até porque, inexistem em

nosso país, políticas públicas destinadas aos cuidados com a saúde mental durante a gravidez e após o parto, de forma a ser feito um diagnóstico precoce durante o acompanhamento perinatal.

Uma opção é um eficiente sistema de saúde pública destinado à família. Para que isso realmente se efetive, faz-se necessária a adoção de políticas de prevenção que privilegiem a conjugação dos saberes das áreas da psiquiatria e do direito.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Nathan W. *Diagnóstico e tratamento das relações familiares*. Ed. Artes Médicas, 1986, p. 167.

AZEVEDO, Maria Amélia. GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo. *Infância e Violência doméstica: fronteiras do conhecimento*. 3ªed. São Paulo. Cortez. 2000.

BARRETO, Tobias. *Menores e loucos em direito criminal*. Estudo sobre o art. 10 do Código Criminal Brasileiro, Recife: Typographia Central, 1886.

BENFICA, Francisco. VAZ, Márcia. *Medicina legal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. Parte Especial. Dos crimes contra a pessoa. 8ª ed. Ed. Saraiva. São Paulo. 2008.

CAMACHO, R.S.; CANTINELLI, F.S.; RIBEIRO, C.S.; et. al. *Revista de psiquiatria clínica*. Nº 33. 2006.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. vol.1, São Paulo: Saraiva, 2005.

CASTAÑO, Berta Lucia. Psicopatología y filicidio, estudios sobre homicidios: perspectivas forense, clínica y epidemiológica. In: ALMIRÓN, Maria P. et. al., 1ª Ed., La Plata: Librería Editora Platense, 2009.

CASTAÑO-HENAO BL. *Trastorno mental y filicidio*. Rev. Colomb Psiquiatria. V.34. 2005.

CORSO, Diana Lichtenstein; CORSO, Mário. *Fadas no Divã: Psicanálise nas histórias infantis*. Porto Alegre: Artmed: 2006, p. 78/82.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Medidas de Segurança. In: *Revista da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro EMERJ*, v. 10, n. 37, jan. 2007, RJ.

DAY, Vivian Peres. Transtornos neuróticos. In: SOUZA, Carlos Alberto Crespo de. *Psiquiatria forense: 80 anos de prática institucional* – Porto Alegre: Sulina, 2006.

FERRI, Márcia Manzoni da Silva. *Filicídio: uma abordagem jurídica e psicossocial*. Dissertação. (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. Guanabara Koogan Editora. Rio de Janeiro, 2004.

FREIRE, Ana Cristina. FIGUEIREDO, Bárbara. Filicídio: incidência e factores associados. *Aná. Psicológica*, out. 2006, vol.24, n. 4.

FRIEDMAN, Susan Hatters; RESNICK. Phillip. *Asesinato de niños por su madres: patrones y prevención*. Revista Oficial de La Asociación de Psiquiatria, (WPA), Volumen 05, nº 03, diciembre 2007.

GAUER, Gabriel Chittó; OSÓRIO, Fernanda Correa; CATALDO NETO, Alfredo, et. al. In: *Imputabilidade: estudo dos internos do Instituto Psiquiátrico Forense Maurício Cardoso*. Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul, 2007.

GARCIA, Suely Aparecida Ferreira. *A família do paciente psiquiátrico e a criminalidade*. Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica, 2003.

GOMES, Hélio. *Medicina legal*. 21ª Ed. Livraria Freitas Bastos S.A. Rio de Janeiro: 1981. p. 369/370.

HASSON, Marina Elly. MELEIRO, Alexandrina Maria Augusto da Silva. *Reflexões sobre a desestruturação familiar na criminalidade*. Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica. Ed. PsicoPedagógica, 2003.

JACOBINA, Paulo Vasconcelos. *Direito penal da loucura*. Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília-DF, 2008.

MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. *Infanticídio*. EDIPRO, Edições Profissionais Ltda., 1ªed. 2001, Bauru, São Paulo.

Maldonado. Maria Teresa. *Maternidade e paternidade*. Vol. II. Ed. Vozes. Petrópolis, 1989.

MARTINS FILHO. José. *A criança terceirizada: os descaminhos das relações familiares no mundo contemporâneo*. Campinas – SP, 2007.

MASSON, Jeffrey M. *Atentado à verdade: a supressão da teoria de sedução por Freud*. Livraria José Olympio. Editora: RJ, 1984.

MCKEE, G.R. & SHEA, S.J. *Maternal filicide: a cross-national comparison*. J Clin Psychol 54(5), 1998.

MUAKAD, Irene Batista. *O infanticídio: análise da doutrina médico legal e da prática judiciária*. Editora Mackenzie, São Paulo, 2001.

NETTO, Leticia Silveira; DAUDT, Patricia Ruschel. *O ciclo gravídico-puerperal: psiquiatria legal informações científicas para o leigo*. Ed. Conceito. Org. Luiz Carlos Illafont Coronel. 2006.

PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de Psiquiatria Forense*. Atheneu Editora São Paulo, São Paulo, 2003.

PANERAI, Elizabeth Bernardes. *O silêncio sobre o flicídio e a necessidade de vigiar e punir: reflexões sobre o método*. Atos de Pesquisa em Educação, Vol. 1, No 1, jan/abr (2006).

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. *A doença mental no direito penal brasileiro: inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança*. Hist. cienc. saúde-Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, Aug. 2002.

PROCHOW, Laura Pithan; LOPES, Rita de Cássia Sobreira. In *A relação da mãe em situação de depressão com suas figuras femininas de apoio*. V. 38, P. 285/291, set/dez 2007, PSICO, Porto Alegre, PUCRS.

RASCOVSKY, Arnaldo. *O assassinato dos filhos*. Editora Documentário. Rio de Janeiro: 1973.

ROCCO, Priscila T. Peranovich; CUNHA, José C.; MELEIRO, Alexandrina M. A. de. In: *Infanticídio: temas de psiquiatria forense e psicologia jurídica II*. Antonio de Pádua Serafim, Daniel Martins de Barros e Sérgio Paulo Rigonatti (organizadores). Vetor Editora PsicoPedagógica Ltda. SP. ano 2003.

ROSNER, Stanley; HERMES, Patricia. *O ciclo da auto-sabotagem*. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2009.

TELLES, Lisieux Elaine de Borba, SOROKA, Paulo, MENEZES, Rubens de Souza. *Filicídio: de Medéia a Maria*. In: *Revista de Psiquiatria do Rio Grande do Sul*. v. 30. N. 1 Jan/Abr 2008.

TRIJUEQUE, David González; MUÑOZ-RIVAS, Mariana. *Filicidio y neonaticidio: una revisión*. *Psicopatología Clínica Legal y Forense*, vol. 03, nº 02, 2003.

TRINDADE, Jorge. *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. Ed. Revista dos Tribunais, 2007, SP.

A MORADIA COMO DIREITO À CIDADE:
ANÁLISE DA EFICÁCIA E EFETIVIDADE JURÍDICA

*HOUSING AS A MUNICIPAL RIGHT:
STUDYING LEGAL EFFECTIVENESS AND EFFICACY*

*Bruno Dellagerisi**

*Marx Villa***

*Fausto Santos de Moraes****

Resumo: O presente trabalho insere-se na pesquisa direcionada aos Direitos Humanos, específico da nossa análise do direito à cidade, contextualizando este direito social, em especial ao direito à moradia. Para além, um dos pontos centrais do presente artigo é a análise do modelo da administração pública capaz de abastecer esse direito, isto é, o modelo de Estado social capaz de garantir os direitos fundamentais à sociedade. Buscando o objetivo de apresentar o a análise do conceito do direito à cidade e sobre a eficácia dos programas governamentais relativas ao Direito à Moradia, apresenta-se através da doutrina pátria referência à distinção jurídica entre a eficácia das normas constitucionais e sua efetividade, relacionando-os, ao dever de eficiência da Administração Pública, enquanto um dos seus princípios de atuação previsto na Constituição Federal. Propõe-se, como conceito inicial a ser mais bem desenvolvida, a condição de administrador planejador vinculado às carências populacionais,

* Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Contato: <bruno_dellagerisi@hotmail.com>.

** Acadêmico do curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED. Contato: <marx_882002@yahoo.com.br>.

*** Professor/Pesquisador do curso de Direito da Faculdade Meridional - IMED.

podendo-se distinguir entre ato de decisão e escolha das políticas públicas. Metodologicamente, o trabalho explora referenciais bibliográficos, com o fito de suportar teoricamente as conclusões. Admitindo a transitoriedade e limitações do estudo interposto, pôde-se concluir, sem esgotar o tema, que do ponto de vista da análise feita até então, o Direito à Moradia não é eficaz, tomando como paradigma as promessas sociais constitucionalizadas.

Palavras-chave: Direito à cidade. Direito fundamental à moradia. Eficácia e efetividade jurídica.

Abstract: This work is part of research directed at human rights, our analysis of the specific right to the city and especially the analysis of the model of public administration capable of supplying the right. Seeking the purpose of presenting him to analyze the concept of right to the city and on the effectiveness of government programs related to housing rights, is presented by reference to the doctrine homeland legal distinction between constitutional and effectiveness of its effectiveness, relating them the requirement of efficiency in public administration. It is proposed as the initial concept to be developed further, the condition administrator planner linked to the needs of the population and can distinguish between the act of decision and choice of public policy. Methodologically, the paper explores references, with the aim of supporting the theoretical conclusions. Admitting the transience and limitations of the study brought, it could be concluded, without exhausting the subject, which from the standpoint of the analysis done so far, the right to housing is not effective, taking as a paradigm promises social constitutionalised.

Keywords: Right to the City. The fundamental right to housing. Efficacy and effectiveness of law.

Introdução

Na perspectiva da população brasileira seria o Direito à Moradia efetivo? Partindo dessa hipótese o presente trabalho tem por escopo a análise do conceito de direito da cidade, e o que representa para a sociedade, bem como do modelo de Estado capaz de operacionalizar esse direito, além de verificarmos a diferença de eficácia jurídica e eficácia social da norma jurídica.

A presente análise busca sustentar o desenvolvimento teórico da Moradia como Direito à Cidade, correlacionando-o como Direito Social previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988, no seu artigo 6º, o que é um direito de segunda geração e inerente a todos os cidadãos.

Isso porque, as normas constitucionais brasileiras são costumeiramente acusadas de ineficazes. Mas seriam ineficazes ou ineficientes? Ou seja, a capacidade das normas constitucionais brasileiras é eficaz ou efetiva? Apresenta-se, portanto, a distinção teórica entre eficácia e efetividade normativa, aproveitando para pensar essas questões quanto à necessidade de eficiência e eficácia dos serviços e obras para realizar as políticas públicas.

Sendo que, neste item referido, pioneiramente traz a ideia de planejamento administrativo ou administração pública estratégica como forma de realização do dever da eficiência da Administração Pública, onde aqui o Poder público deve propiciar condições para que os cidadãos possam exercer sua cidadania, o que significa uma gestão compartilhada, capaz de tornar efetivos os direitos sociais.

Significa dizer que o modelo de Estado social capaz de propiciar condições para a satisfação e garantia dos direitos fundamentais é o modelo de Estado prestacional que será trabalhado adiante, onde o Estado preste seus serviços de forma fática, e possa garantir os direitos sociais, e a sociedade deve ter seu espaço e participar desse projeto democrático.

Para cumprir a tarefa anunciada o artigo está organizado formalmente em três seções. A primeira (seção 2) informar-se-á sobre o Direito à Cidade como desafio político-jurídico para o Século XXI; na segunda (seção 3) tratar-se-á quanto ao modelo de Estado e de Direito apto ao Direito Social à Cidade; e, numa terceira parte (seção 4) observar-se-á a eficácia e efetividade como conceitos das normas constitucionais e do Direito Administrativo, propondo-se como perspectiva de análise ao Direito à Moradia.

1. Direito à cidade como desafio político-jurídico para o século XXI

Perguntar pelo Direito à Cidade é estabelecer relações entre os direitos dos cidadãos e o local ou região em que habitam. Partindo dessa limitação inicial o Direito à Cidade acaba correlacionando-se a relação dos Direitos Individuais e Sociais previstos na Constituição Federal - CRFB.

Isso porque aquele que possui o Direito Fundamental à liberdade – negativo por excelência, o desenvolve no ambiente local. Quando se pensa sobre o Direito à Cidade logo vem à mente direitos contemplados constitucionalmente como a moradia, lazer, educação e saúde.

Portanto, falar em Direito à Cidade importe em observar como os Direitos Fundamentais são realizados e garantidos no âmbito local, bem como a responsabilidade da Administração Pública Municipal diante dessas questões.

Um dos pressupostos do Estado Democrático de Direito está no estabelecimento de tarefas ao Estado que, numa gestão compartilhada com o povo local, desenvolve estruturas efetivas para realizar o Direito à Cidade. Este representa um fator imprescin-

dível para o exercício da cidadania, pois o Estado deve propiciar condições para que os indivíduos possam atuar em parceria com o ente público.

Aqui devemos salientar que não queremos extinguir a democracia representativa, pois ela é importante e faz parte da democracia, mas em nenhuma hipótese representa exclusivamente o conceito de democracia, pois a democracia participativa também é imprescindível para o modelo de Estado social, onde todos têm a oportunidade de participar do projeto democrático do Estado.

Em síntese, é a união da administração pública com a permissão da população participar das decisões e exercer sua cidadania, que se estabelece o direito à cidade, o que significa gestores atuando para a comunidade em ação conjunta com esta, por isto a relação dos indivíduos com o lugar em que habitam.

Isto significa que a união entre poder público e poder privado com o escopo de estabelecer condições de igualdade e à garantia do direito fundamental à cidade, é uma gestão compartilhada, e, através desta relação, a administração pública deve estabelecer metas e programas efetivos capazes de suportar tal direito.

Nesse sentido, deixando de lado a competência Municipal para legislar sobre assuntos de interesse local (CRFB, artigo 30, inciso I), deve a Administração Pública Municipal organizar e prestar serviços de interesse público local; manter, em cooperação técnica e financeira os programas de educação infantil, ensino fundamental, atendimento à saúde, por exemplo.

Pode-se assumir, portanto, aquilo que Lefebvre atribui ao Direito à Cidade: é um direito superior aos demais¹. Parece não pre-

1 A respeito desse ponto, vale lembrar a grande contribuição de Henry Lefebvre, *Direito da Cidade*, 2009, p. 134. Segundo o autor, o direito da cidade não pode ser observado de forma isolada, mas ele representa um conjunto de demais direitos que o abarcam, como o direito à liberdade, moradia, habitação, dentre outros, que são também direitos fundamentais imprescindíveis, sem os quais não podemos avaliar concretamente o conceito de direito à cidade. Por tanto, na visão do autor se justifica porque ele é um direito superior aos demais, além da relevância da relação direito dos indivíduos e local em que habitam, bem como das ações da administração pública para sua concretização.

tender o autor, com isso, estabelecer uma hierarquia sobre a importância dos direitos, contudo, quer referir que o Direito à Cidade exige a satisfação de outros Direitos Fundamentais como: liberdade, individualização na socialização, habitação e moradia.

Parece que, para o autor, o que se pode compreender por Direito à Cidade é a existência de um espaço público local em que os Direitos Fundamentais devem ser concretizados, seja pela atuação da Administração Pública em fomentar meios de realização desses direitos ou, senão, pela co-participação entre o público e privado.

Note-se que a importância do direito à cidade até tão forte, que podemos afirmar que representa um caráter interdisciplinar em termos sociais, uma vez que ele não existe sozinho, pois ele abrange o direito à liberdade, à moradia digna, isto é, transforma-se em um referencial sistêmico.

Ora, não podemos discutir direito à cidade, sem antes termos a certeza de que todos os indivíduos possuem liberdade. Por lógica, os seres humanos não podem falar em direito se não tiverem liberdade. Logo o direito da cidade revela sua importância, sendo esta a análise teórica que Lefebvre nos traz deste importante conceito.

Por outro lado, é inútil envidar esforços no sentido de tornar os indivíduos como sujeitos de direito, se não houver uma administração pública que atua de forma a garantir a satisfação dos direitos sociais, por meio da atuação precisa de seus gestores, no sentido de que trabalhem não para sua promoção profissional, mas acima de qualquer outro foco, seja em prol da coletividade, em função do bem público ou bem-estar social, oriundo de um modelo de Estado onde reine a solidariedade.

Mesmo diante da referida co-participação, a exigência da concretização dos Direitos Fundamentais relacionados ao Direito à Cidade diante do contexto sócio-econômico brasileiro, exigem uma postura do Estado nos moldes do paradigma do *welfare State*. A cidadania brasileira que pressupõe a universalização dos Direitos

Fundamentais só pode ser pensada num modelo de Estado Social que venha a garantir condições mínimas até então não realizada.

2. O modelo de estado e direito apto ao direito social à cidade

Não se pode negar que o Direito à Cidade apresenta-se como típico Direito Social que envolve os interesses de determinada comunidade, buscando a realização de direitos se correlacionam com possibilidades econômicas individuais e estatais. Isto é, como já é conhecido, os Direitos Sociais exigem do Estado algo muito além da garantia de não intervenção nos interesses privados.

A concretização dos Direitos Sociais acaba envolvendo a necessária atuação do Estado para auxiliar a coletividade mediante ações prestacionais que dêem condições básicas ao exercício da cidadania.

Ressaltando a importância da política do Estado Social como pressuposto para o desenvolvimento das capacidades individuais do ser humano, Habermas vai dizer que o desmonte do modelo de Estado Social significa delegar ao modelo econômico a necessária integração da sociedade guiada por valores liberais, tornando excluídos aqueles que não possuem a capacidade de sobreviver com as próprias forças (HABERMAS, 2001, p. 66). Revela o autor que a solidariedade, no modelo de *welfare State* surge como forma integradora da sociedade liberal, permitindo que aqueles sem condições pudessem obter subsídios do Estado, sejam estes por empregos, educação, ou financiamentos habitacionais. (HABERMAS, 2001, p. 66).

No Estado concebido como Constitucional a marca de integração social está fundada na participação política dos cidadãos (HABERMAS, 2001, p. 97). Assim, diante de uma cultura de massa que procura uniformizar as relações humanas as esferas de participação

democrática pela formação da vontade e opinião dos cidadãos serve como norma universal que dá suporte, mediante a solidariedade abstrata (HABERMAS, 2001, p. 98).

O autor vai dizer que os “direitos fundamentais liberais e políticos fundamentam um status de cidadania que é auto-referencial na medida em que autoriza os cidadãos, reunidos democraticamente, a aperfeiçoarem o seu status pela via da legislação.” (HABERMAS, 2001, p. 98).

Contudo, para que o modelo liberal dê certo, se mostra necessário, na opinião de Habermas, que o Estado fomente constantemente a condição de cidadão, eis que o mercado econômico liberal não teria interesse na qualificação do status de cidadão (HABERMAS, 2001, p. 99).

Já Mello sustenta que a administração pública deve reger-se, dentre outros, pelo princípio da legalidade². Diz o autor que o princípio da legalidade opõe-se ao autoritarismo, bem como a qualquer vontade pessoal do governante. Em sua raiz, tal princípio tem como idéia a soberania popular, como forma de exaltação da cidadania (MELLO, 2003, p. 91).

O modelo moderno de Estado burocrático organizado para programar medidas necessárias à inclusão social exige um plano geral administrativo que convirja com as finalidades estabelecidas constitucionalmente.

Vale aqui, portanto, trazer à crítica de Moraes sobre a relação que se estabelece entre Constituição e Administração Pública. Nesse sentido, afirma o autor que a Constituição inicialmente pensada como documento jurídico-político que coordenará a atuação da

2 Assim leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 2003, p. 91. Segundo o autor, o princípio da legalidade é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo, garantir que a ação do Executivo concretize a vontade geral.

Administração Pública para realização dos fins constitucionais acaba se tornando em programa de governo (MORAIS, 2002, p. 47).

É dizer que muitas vezes as normas constitucionais programáticas (SILVA, 2004, p. 66) que determinam os fins que devem ser perseguidos pelo Estado, concretamente, pela Administração Pública, são deixadas num segundo plano, apresentando o fenômeno da colonização econômica da política, como afirma Moraes (2002, p. 47).

Assim, a política que deveria estar comprometida com a tomada de decisões que, estrategicamente, procurem realizar as tarefas constitucionais de inclusão (CRFB, artigo 3º: redução das desigualdades regionais), acabam servindo aos interesses econômicos, senão patrimonialistas.

Um dos problemas enfrentados é o modelo patrimonialista que rege as relações sociais no contexto brasileiro. Para tanto, o poder político apresenta-se como algo autônomo e concentrado mãos de poucos, fazendo do Estado e da Administração Pública, instrumentos de realização dos benefícios particulares (HOLANDA, 1995, p. 146).

Fazendo frente a isto, esta o princípio da legalidade da administração pública, pelo qual todo poder emana do povo, a tal ponto que os próprios cidadãos são declarados detentores do poder, e que os governantes nada mais são que uma forma representativa da sociedade (MELLO, 2003, p. 91). Nesse contexto insere-se a ideia de planejamento estratégico da Administração Pública, pois os governantes devem atuar para, nos limites da constituição, diminuir as desigualdades sociais.

O planejamento estratégico da Administração Pública estaria na identificação das necessidades da sua comunidade, procurando prover através de todos os meios possíveis políticas públicas que incluam parte da sociedade que mostra marginalizada por não contar com as condições mínimas para desenvolver sua vida.

Essas necessidades devem ser o alvo das políticas públicas eleitas pela Administração Pública. O que se pretende defender é a necessidade de planejamento técnico da Administração Pública que fundamente sócio-economicamente as políticas públicas eleitas e não seja mero elemento retórico arbitrário do Administrador.

Ou seja, o planejamento estratégico pode ser até feito pela sociedade civil, na hipótese da administração delegar esse serviço a empresas, ou até as universidades para que questionem os bairros, ou a população a que se destina uma política pública, o que proporcionará uma atividade efetiva do Estado, pois os planejamentos se darão em termos fáticos, tornando-s os atos de governos eficientes à sociedade.

Em outras palavras, empregar todos os meios capazes de prover uma solução efetiva à população na elaboração de políticas públicas, quer dizer que a administração está cumprindo com seu papel segundo o princípio da eficiência da administração pública.

Pensa-se, portanto, na constrição aos deveres da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da Administração Pública (CRFB, artigo 37). Como pode ser eficiente a política pública eleita se não está fundado em elementos técnicos de cunho sócio-econômico como orientador da decisão racional? Isto é: como poderia a Administração Pública decidir que obras realizar e serviços públicos necessários se não se baseia em informações hábeis para tanto? Poderia, nos moldes do Estado Democrático de Direito, num país de modernidade tardia como o Brasil (STRECK, 2004, p. 135), o administrador público ter como legítimos seus atos via um modelo de democracia representativa?

Entende que não. Isso porque, embora a democracia representativa sirva como modelo político eficaz, a legitimidade do agir político (decisão política) somente poderá ser aferida quando realmente espelhar as tarefas constitucionalmente impostas. A principal delas, talvez, erradicar a pobreza e a marginalização (CRFB, artigo 3º, inci-

so II) somente pode ser cumprida através de ações prestacionais do Estado que ataquem a carência social. Esta, verificável tão somente, através de estudos prévios sócio-econômicos, públicos, que orientem as políticas públicas necessárias.

A propósito, sobre o referido acima, Sarlet afirma que os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípua conduta positiva do Estado, consistente numa prestação de natureza fática (2009, p. 282).

Assim, o modelo de Estado Social que propomos para a efetivação dos direitos sociais é o modelo de Estado prestacional, como afirma o autor, pois é através deste, que a administração pública poderá dar um retorno efetivo à sociedade, através de atos fundamentados e programas práticos, de modo a combater as carências enfrentadas pela população.

Não se pode esquecer que a eficiência da Administração Pública somente é cumprida quando se “cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes.” (FREITAS, 2009, p. 125). Ainda, o Estado Democrático de Direito tem uma função especial³.

No entanto, a eficiência não pode ser pensada dissociada da eficácia, conceituada por Freitas como: “(...) a obtenção de resultados harmônicos com os objetivos e metas fundamentais da gestão pública.” (2009, p. 125). Poderiam ser eficientes (conjugando as concepções de eficiência e eficácia administrativa supra referida) as decisões políticas sem a prévia identificação concreta das carências sociais?

Parece, portanto, que a Administração Pública estratégica é algo necessário à realização dos deveres de eficiência e moralidade presentes na CRFB, artigo 37. Mas como saber da eficiência e moralidade? Ora, não se pode esquecer o dever da publicidade. Surgem, diante dessas exigências, os estudos técnicos que fomentam a deci-

3 Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 2003, p. 27. Nos traz a explicação da função do Estado Democrático de Direito que é peculiar, uma vez que tem o cumprimento de alcançar o interesse público, mediante o uso de poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem pública.

são política sejam públicos, servindo como forma de apresentar o cumprimento da Administração Pública dos deveres da eficiência e moralidade administrativa.

Na próxima seção será apresentada a dicotomia entre eficácia e efetividade da norma jurídica, especificamente da possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais, um dos objetos de estudo deste artigo. Através do referido caso colocar-se-á a pergunta quanto à efetividade e eficácia da moradia como ínsito Direito à Cidade.

3. Eficácia e efetividade: observando o direito à moradia

No contexto acima narrado, entendemos que os atos do poder público só serão efetivos na prática se atenderem a necessidade da população a que se destina. Embora existam normas constitucionais que informem determinados deveres à Administração Pública, os meios adotados para realização dos fins constitucionais permitem colocar a pergunta quanto à efetividade e eficácia das normas constitucionais.

Embora a Constituição Federal no seu artigo 6º, deixe explícito como Direito Social a moradia, parece que, mesmo tendo tal norma programática eficácia jurídica, constatou-se, que goza de pouca efetividade.

Valendo-se da tradicional doutrina sobre as normas constitucionais, assume que as normas jurídicas gozam de eficácia e efetividade. Eficácia jurídica, para o presente debate, deve ser concebida como a capacidade de uma norma jurídica de produzir efeitos. (SILVA, 2004, p. 66).

Em outras palavras, o autor ilustra que, uma vez a norma estando em vigor, ela tem a capacidade produzir seus efeitos jurídicos, isto é, ela possui eficácia jurídica. O que significa dizer, por exemplo,

o artigo 6º da Constituição federal de 1988 reza que todos têm direito à moradia, ou seja, o dispositivo constitucional logicamente reveste-se de eficácia jurídica, ela está programada em nosso sistema.

Todavia, estabelece-se uma contradição performativa (ALEXY, 2007, p. 24) quando se admite que as normas jurídicas não reúnam qualquer possibilidade de eficácia.

Este é um ponto de extrema importância. Uma norma que não produza efeitos sociais é um paradigma a ser rompido. Como já foi percebida anteriormente, a forma de positivação e a função exercida pelos direitos fundamentais se encontram umbilicalmente ligadas a sua eficácia e aplicabilidade (SARLET, 2009, p. 273).

Neste sentido, este é o grande debate deste trabalho, pois como em muitas normas que estão previstas em nosso ordenamento jurídico, por vezes não possuem aquilo que denominamos de eficácia social, ou efetividade da norma jurídica. Ora, as normas que não são efetivas no campo prático, nada mais são do que as chamadas letras mortas, o que requer o esforço máximo da administração pública no intuito de torná-la efetiva, produzindo efeitos positivos na sociedade.

Noutra análise, a efetividade da norma jurídica envolve outro tipo de indagação, qual seja: a referida norma é apta para realizar aquilo que se propõe? Quando se fala em efetividade da norma jurídica está-se indagando quanto aos efeitos sociais que tal norma produz.

Essa distinção é válida para questionar a efetividade das normas jurídicas referentes à escolha, adoção e realização de políticas públicas. Entende isso porque as políticas públicas envolvem um ato de decisão da Administração Pública. Decisão esta que está vinculada às necessidades da sociedade e aos meios eficazes para supri-las.

Sustenta-se, dessa maneira, a diferença entre ato de decisão e de escolha. Streck afirma que o ato de decisão sempre leve em consideração da ordem jurídica (2010, p. 97), o que, diante do adminis-

trador, impõe o dever de tomar medidas eficientes e eficazes para realizar os fins constitucionais de proteção ao cidadão.

Não pode o administrador simplesmente escolher, atribuindo juízo de valor pessoal à decisão que pretere uma política pública de outra, sem qualquer justificação. Pois desse modo, simplesmente escolher, é um ato parecido com os remédios alopatas, que não atacam a raiz do problema, mas somente as conseqüências.

Por conseguinte, na medida em que o gestor escolhe apenas uma política pública, de forma aleatória, sem nenhuma base teórica, ou suporte prático que exerça fundamentação em sua opção, será simplesmente uma escolha, o que significa que não está em conformance com os moldes de um modelo de Estado social, tampouco de planejamento estratégico abordado alhures, onde o foco da administração pública é a própria sociedade, de forma a permitir que os remédios elaborados pelos gestores sirvam de eficácia social.

O ato de decisão, por sua vez, é aquele vinculado aos fins constitucionais opta pela política pública que probabilisticamente venha a suprir as carências sócio-econômicas apresentadas pela população.

Para tanto, o ato de decisão necessita de subsídios informativos sobre as carências sociais, para eleger a forma de programar a política pública necessária. Isto é o que Streck aborda em sua obra da reflexão, pois esta é uma decisão fundada em argumentos práticos.

O que significa que o administrador deve buscar informações da comunidade ou do local a que se destina a política pública, justamente tentando descobrir quais são as reais necessidades da população, se for preciso até fazer questionários, entrevistas com os moradores dos bairros, pois isto é ciência, é modelo de gestão política que vai permitir ao gestor, a partir do estudo realizado ser um balizador ou a fundamentação precisa da elaboração das políticas públicas.

Sendo assim, os atos do governo terão maior probabilidade de serem efetivos, pois estarão alicerçados nos problemas que a população enfrenta, nas carências da comunidade local que se pesquisa.

De fato, este mecanismo de atividade pública está revestido de efetividade, ou eficácia social.

Na opinião de Mello, a motivação dos atos da administração⁴ é utilizado pelo princípio da legalidade, bem como pela defesa dos cidadãos em exercer o seu direito de cidadania no controle dos atos administrativos.

Nesse contexto, o ato de decisão do administrador, embora o senso comum o considere livre, está vinculado às necessidades latentes da população investigadas previamente. É o estudo que fundamentará a escolha da necessidade a ser suprida. Este é o ato de decisão (político-jurídico) que se deve exigir do administrador.

Notas conclusivas

O presente artigo deve ter seus méritos, assim como limitações. De mérito, crê-se que ter apresentado que o modelo de estado social ainda se mostra imperioso na sociedade brasileira.

Fundando-se em Habermas, a cidadania somente pode ser plenamente gozada se o estado consiga prestar serviços públicos que coloquem os cidadãos nas mesmas condições para participar do jogo democrático e do modelo financeiro atual.

Fato que levou para a apresentação da necessária realização pela administração pública das tarefas constitucionais, como algo que lhe vincule, independentemente do programa de governo. Isto é, o programa de governo deve ser constitucional e não meramente político partidário individual ou patrimonialista.

4 Ensina desta forma Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 2003, p. 103. Para o autor, a motivação dos atos da administração é reclamada quer como afirmação do direito político do cidadão ao esclarecimento do porque das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitar a decisões arbitrárias, pois só tem que se conformar com as que forem ajustadas à lei.

Isto coaduna com as idéias aferidas alhures, no sentido da postura dos gestores, onde o foco da atividade da administração pública deve estar pautado o em coletivo, em prol da sociedade. A preocupação necessariamente deve estar concentrada na efetivação das garantias fundamentais e dos direitos sociais dos cidadãos, pois este é verdadeiro modelo de Estado social.

Em contrapartida este Estado patrimonialista, significa que está a serviço dos interesses e objetivos particulares do administrador, isto é um governo onde o poder e os efeitos desse poder estão voltados, exclusivamente, para os fins do próprio gestor. Nesta seara, a sociedade necessita de agentes públicos capazes de tornar a atividade estatal digna de um modelo de Estado Democrático de Direito.

Para tanto, o planejamento estratégico da Administração Pública parece surgir como *insight* que dá a necessária conversão entre eficiência e eficácia da administração pública.

No que diz respeito às limitações, muitas questões atinentes ao tema foram deixadas de lado, contudo, servirão para novos questionamentos. Entre elas: qual a justificativa da Administração Pública quanto aos problemas relatados? A Administração pública pode eleger outros serviços públicos como prioritários diante das carências apontadas? Poderia o poder judiciário dar efetividade as carências apontadas e sob qual limitação.

Mesmo assim, o trabalho cumpriu com a sua proposta de introduzir o conceito de eficácia e efetividade das normas constitucionais, relacionando-os ao direito fundamental à moradia, do ponto de vista do direito à cidade.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução Márcia Seligmann Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Campanhia das Letras, 1995.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2003.

MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

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

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. rio de Janeiro: Forense, 2004.

O DIREITO À CIDADE E A POSSIBILIDADE DE
JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO PARA
EFICÁCIA SOCIAL DO DIREITO HUMANO SOCIAL
A PARTIR DO LOCAL

*MUNICIPAL RIGHT AND JUDICIAL REVIEW
POSSIBILITY OF RIGHT TO EDUCATION FOR SOCIAL
EFFECTIVE HUMAN SOCIAL RIGHTS
FROM LOCALITY*

*Andressa Vieira**
*Giuliana Redin***

Resumo: Os direitos fundamentais, presentes no Título II da Constituição Federal de 1988, têm, de acordo com o art. 5º, §1º, aplicação imediata. O direito à cidade deve ser entendido como uma dimensão superior dos direitos fundamentais: compreende diversas demandas que, interligadas constituem a obra urbana. A efetividade do direito à educação é amplamente reconhecida como base para o desenvolvimento da sociedade como um todo. Percebe-se, portanto, a importância do oferecimento de tais garantias em âmbito local, próximo às pessoas e, frente à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Portanto, questiona-se sobre as possibilidades judiciais de acesso ao direito básico de educação por parte da comunidade, no caso de omissão do Poder Público local, a partir do conceito de direito à cidade.

* Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Meridional IMED. Contato: <desa.andressavieira@hotmail.com>.

** Professora Doutora da Escola de Direito da IMED. Coordenadora do Projeto de Pesquisa intitulado *Direitos Humanos e Espaço Público: Efetivação do direito à cidade no Município de Passo Fundo, RS*.

Palavras-chave: Direito à cidade. Direito à educação. Judicialização de direitos sociais.

Abstract: The fundamental rights, presents in the Title II of the Federal Constitution of 1988, have, in agreement with the art. 5th, §1st, immediate application. The right to the city should be understood as a superior dimension of the fundamental rights: he/she understands several demands that, interlinked they constitute the urban work. The effectiveness of the right to the education is recognized thoroughly as base for the development of the society as a completely. It is noticed, therefore, the importance of the offer of such warranties in local extent, close to the people and, front to the immediate applicability of the fundamental rights. Therefore, it is questioned about the judicial possibilities of access to the basic right of education on the part of the community, in the case of omission of the local Public Power, starting from the right concept to the city.

Keywords: Municipal Right; Right to Education; Judicial review of Social Rights.

Introdução

O direito à cidade é uma temática de extrema relevância, apesar de pouco explorada. O autor pioneiro no assunto, Henri Lefebvre, o mencionou em 1968, realizando críticas à chamada “arquitetura positivista” que reduzia o urbanismo a questões espaciais, sem considerar as questões sociológicas e os próprios sujeitos que habitam o local.

Em uma visão mais ampla, faz-se necessário englobar no conceito de cidade não somente os direitos básicos de moradia, saúde e educação, por exemplo, mas também, a garantia de que as comunidades poderão ter fácil acesso a todos os serviços necessários, o

que poderá lhes trazer qualidade de vida, e o devido uso do espaço social. Foi preciso, para isso, entender como ocorreram o surgimento e o desenvolvimento das diferentes dimensões dos direitos fundamentais, marcos históricos e tipos de Estado para chegar ao conceito que se tem hoje de efetividade de tais garantias.

A partir das pesquisas com relação às políticas públicas em diversas áreas de gestão (com forte ligação aos direitos sociais, portanto), buscou-se verificar a sua aplicabilidade prática ou não com relação aos bairros José Alexandre Zacchia e Valinhos, ambos no Município de Passo Fundo, RS. No caso, o direito social em questão é o direito à educação e todas as implicações para a sua devida efetividade.

Com a identificação das principais demandas dos dois bairros, questionou-se acerca de como as comunidades poderiam obter a concretização dos seus direitos. Discutiui-se a possibilidade da judicialização, ou sindicalização dessas demandas e se as chamadas decisões políticas dos juízes não seriam uma afronta aos direitos da população do município com um todo ao causar a análise do caso em âmbito exclusivamente local.

1. Direitos fundamentais e o desafio do direito à cidade

A Declaração de Viena e Programa de Ação de 1993 sobre direitos humanos enfatizou a universalidade, indivisibilidade, interdependência e interrelação dos direitos humanos nas esferas individual, coletiva e difusa, e também adotou conceitos filosófico-políticos como “justiça” e “equidade”. Isso significa dizer que, em que pese os direitos humanos sejam fruto de um determinado contexto histórico e político, eles apenas podem ser compreendidos no contexto do diálogo entre os múltiplos interesses individuais, coletivos e difusos.

Assim, por exemplo, o Estado-Protetor que nasce com o Estado moderno do “sujeito de direito”, das garantias individuais, que garante o direito à propriedade privada “como fundamental para a segurança do indivíduo, porque ele é que define o que é ‘meu’, ‘seu’, ‘teus’”, abre espaço para o Estado-providência, muito mais complexo do que o Estado-protetor, pois visa também ações positivas, como “um duplo movimento de radicalização e de correção” (ROSANVALLON, 1997, p. 19-20).

De acordo com Robert; Magalhães (2002, p. 211):

O que ocorre é, na verdade, o surgimento de um novo conceito de indivíduo, que ultrapassa o conceito liberal. É um indivíduo portador de todos os direitos que possam permitir a sua completa integração à sociedade em que vive. É um indivíduo que não tem apenas o direito à sobrevivência, o direito à vida biológica, mas direito à vida com dignidade, com trabalho, justa remuneração.

Trata-se dos chamados direitos sociais, cuja corrente discussão diz respeito a sua aplicabilidade. É reconhecido que, inicialmente, tais direitos pouco assemelhavam-se com a realidade social. Posteriormente, foram elevados à categoria de “direitos programáticos” sendo então plausível o uso do argumento da reserva do possível, ou seja, que a concretude dependeria da disponibilidade de meios e recursos.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em contrapartida, declara em seu artigo 5º, §1º, que as normas que definem os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso implica dizer, que, como normas integrantes das garantias fundamentais, os direitos sociais presentes no artigo 6º da CF/1988, devem sim ser imediatamente aplicáveis.

O Estado-Providência, onde emergem os direitos sociais, abre-se para um campo mais de demandas jurídicas. São os chamados direitos de solidariedade, cuja titularidade não é específica, mas essencialmente difusa. Incluem-se, por exemplo, no rol dos direitos fundamentais, o direito ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à comunicação, etc.

Sob a ótica do “direito à cidade”, o Estado coloca-se diante de uma complexidade ainda mais elevada da interrelação de direitos, da difusão de sujeitos e demandas, que, de um lado revigora a importância do Estado-Providência, sem afastar, de outro, do Estado-Protetor. O direito à cidade incorpora diversas demandas que estão interligadas para a constituição da obra urbana. O cidadão deve ter a sua liberdade individual e, ao mesmo tempo, ter uma moradia digna, trabalho, segurança, acesso a serviços de saúde e educação de qualidade e, ainda, a possibilidade de ter momentos de lazer e recreação em um local ambientalmente adequado.

Entretanto, na realidade social, muitos desses direitos são negados e o direito à cidade tem-se mostrado como um desafio. A forma como as cidades se desenvolveram não favorece o oferecimento de tais garantias e o poder público, seja por estratégia ou falta de orçamento, portanto, as gestões, não conseguem alcançar as demandas de toda a sociedade.

O processo de industrialização é uma das grandes problemáticas com relação às cidades. Sendo estas muito mais favoráveis em termos de mercado, capital e mão de obra, foram as escolhidas para a instalação das indústrias, dando um novo rumo à urbanização.

O êxodo rural mostrou-se como um fator determinante para o aumento da densidade urbana. De acordo com Lefebvre, “Nessas regiões e países, as antigas estruturas agrárias se dissolvem; camponeses sem posses ou arruinados afluem para as cidades a fim de nelas encontrar trabalho e subsistência.” (2009, p. 17).

O crescimento urbano foi acontecendo de tal forma desordenada e desigual que os centros das cidades foram dando lugar aos escritórios e as pessoas foram condenadas à vida nas periferias. O antigo espaço vazio, praça de reuniões e discussões das cidades arcaicas, grega e romana, deram lugar a um local que é dedicado unicamente ao consumo. (LEFEBVRE, 2009).

Embora o direito à cidade, pela sua peculiaridade, que trata do direito a viver dignamente dentro do espaço urbano, ainda não

está fundamentalizado¹ na Constituição Federal de 1988. Contudo, em que pese o capítulo constitucional “Da Política Urbana”, a complexidade do direito à cidade não se reduz nos dois artigos que o integram. A textura aberta da Constituição Federal frente aos direitos humanos, todavia, coloca os entes federados em uma responsabilidade pró-ativa de governança e remete ao Judiciário funções também complexas, diante da eficácia real de direitos humanos.

Na governança, o local assume crucial papel na chamada “eficácia social” de direitos humanos. Trata-se de pensar direito fundamental, como um direito humano factível, perceptível dentro da condição humana desenhada no espaço comunitário. É por essa razão, que o direito à cidade impõe o olhar sobre o espaço local, cujas escolhas públicas, no viés democrático, apenas podem ser pensadas a partir da compreensão da demanda local, cuja comunidade possui capacidade/legitimidade de escolha. Dessa forma, o mesmo dilema do direito social e do direito à cidade perpassa pela questão de sua aplicabilidade, que sustentamos, ser reivindicada, como expressão da liberdade democrática, ainda que judicialmente, por ser produto de uma demanda reprimida sentida e legitimada pelo local.

O direito à vida urbana demonstra ser de extrema relevância ao possibilitar o acesso de toda a sociedade aos serviços essenciais que uma cidade deve proporcionar. Trata-se de uma importante forma de integração que não deve ser ignorada pelo Poder Público.

2. Direito à educação no contexto municipal

Dentre os direitos elencados no artigo 6º da CF/88, o direito à educação merece o devido destaque. A sua eficácia social é determinante para a concretude de diversas outras garantias de tal envergadura.

¹ Direitos fundamentais representam o conjunto de direitos humanos incorporados expressamente nos textos constitucionais dos Estados, portanto, que passam a ter “eficácia jurídica”, ou seja, estão positivados.

dura e essenciais para o desenvolvimento de qualquer sociedade. É a melhor forma de proporcionar cidadania às pessoas e de reduzir as desigualdades sociais do país.

A competência para proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência é, de acordo com o artigo 23, V da CF/88, comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Compete, porém, prioritariamente ao Município manter programas de educação infantil e ensino fundamental podendo, para isso, receber a cooperação técnica e financeira da União e do Estado. Acerca da receita municipal, a Constituição determina que deverá ser aplicado, no mínimo, o percentual de vinte e cinco por cento na manutenção e no desenvolvimento da educação, sob pena de intervenção estadual.

Garante-se ainda, através da Constituição, a educação básica gratuita, a progressiva universalização do ensino médio gratuito e a educação infantil às crianças até cinco anos de idade. O ensino obrigatório e gratuito é declarado como direito público subjetivo e o seu não oferecimento ou oferta irregular é causa para responsabilização do Poder Público.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal 8.069 de 1990, surgiu para reafirmar tais garantias presentes na Constituição. No seu artigo 53, reconhece a importância da educação para o desenvolvimento da pessoa, inclusive na preparação ao trabalho. Determina a igualdade de condições de acesso e permanência na escola (pública e gratuita) e que ela deve ser próxima a sua residência. Sobre a educação infantil, o Estatuto amplia a sua abrangência, determinando o atendimento de crianças de até seis anos de idade.

É importante destacar que o Poder Público deve ter não somente a preocupação de oferecer o acesso à educação obrigatória, mas também a de oferecê-lo com qualidade para que, de fato, atinja os seus objetivos.

O Município de Passo Fundo, no Rio Grande do Sul, tem, de acordo com dados da Prefeitura Municipal, 41 Escolas Municipais de Ensino Fundamental e 27 Escolas Municipais de Educação Infantil. Os bairros em estudo², José Alexandre Zacchia e Valinhos,

2 O Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Espaço Público:efetivação do direito à cidade no Município de Passo Fundo” realizou todos os estudos com base nesses dois bairros do Município: José Alexandre Zacchia e Valinhos.

possuem cada, uma Escola Municipal de Ensino Fundamental e uma Escola Municipal de Educação Infantil para o atendimento de toda a comunidade.

A Secretária de Educação do Município, Vera Maria Vieira, declarou em entrevista que as Escolas de Ensino Fundamental conseguem atender satisfatoriamente a demanda das comunidades em questão, não sendo necessária, por enquanto, a construção de novas instituições. O problema identificado pela secretária municipal de educação é com relação às Escolas de Educação Infantil. Frente à população do bairro José Alexandre Zacchia, aproximadamente nove mil, a existência de uma única Escola que atenda a faixa etária inicial das crianças, tem-se mostrado insuficiente. Com relação ao bairro Valinhos, a demanda de uma nova Escola Infantil foi reforçada pelo resultado de entrevistas com os próprios moradores do bairro. Trata-se de uma demanda que já foi formalizada junto ao poder executivo.

A falta de uma Escola de Ensino Médio no bairro Zacchia é outra situação problemática identificada. Os alunos do bairro que concluíram o ensino fundamental estão continuando os seus estudos na própria Escola de Ensino Fundamental Guaracy Barroso Marinho, oferecida pela Prefeitura como anexo para o Instituto Estadual Cardeal Arcoverde. Quanto a isso, a secretária municipal reforçou que a competência no oferecimento de tal ensino é do Estado e que, para a construção de uma escola no bairro seria necessário que a comunidade formalizasse um pedido junto à Coordenadoria Regional de Educação.

3. A possibilidade de judicialização do direito à educação em prol da sua concretude

É questionado, perante a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, como a sociedade poderia agir em caso de omissão do poder executivo na concretização de tais garantias.

Para os defensores do argumento da democracia, as necessidades deveriam ser dirigidas ao Poder Público, como forma de participação, para que este agisse de acordo com as possibilidades do orçamento público. Sendo este o papel do Poder Executivo, o de gerir os recursos, somente ele poderia analisar as necessidades da população como um todo e ponderar as demandas mais urgentes. De acordo com Habermas (1997), a opinião pública não deve dominar o Poder Administrativo, mas pode direcioná-lo; o poder público é especializado em decisões parciais que obrigam a coletividade e somente ele poderá agir.

Defende-se, a favor da democracia, que as ações devam ser realizadas por aqueles que foram legitimamente escolhidos pela maioria após inúmeros debates e discussões, e que serão substituídos periodicamente. Porém, frente à importância e urgência de determinadas demandas como, é no direito à educação uma creche ou escola, questiona-se sobre a possibilidade de sua sindicalização, ou seja, que sejam exigidas pela comunidade através de uma decisão judicial.

Em seu artigo 5º, inciso XXXV, a Constituição Federal de 1988 declara que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O não oferecimento ou oferta irregular de um local que as mães possam deixar seus filhos em segurança para irem trabalhar é, sem dúvida, uma lesão a direito. É um desrespeito ao direito da criança que deve ter a oportunidade de frequentar um local adequado para o seu desenvolvimento e sua socialização e ao direito do trabalhador que, para conseguir o sustento da família, deve deixar o seu lar (durante até 10 horas por dia) sem a preocupação adicional de saber se os filhos estarão bem sozinhos em casa ou em parentes e vizinhos. Indiretamente, a ineficácia social do direito à educação infantil afeta a qualidade de vida dos pais, moradores diretamente afetados pela indisponibilidade de serviços básicos e urgentes, vinculados à assistência aos filhos menores, factível no local, que é onde se realiza a vivência urbana.

Acerca da discussão, Dworkin (2001), ao tratar sobre decisões políticas dos juízes nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, reconhece, por um lado, que as decisões políticas dos juízes implicariam na perda de Poder Político dos indivíduos que elegem os legisladores, mas não os juízes. Entretanto, a democracia não tem o condão de nivelar as oportunidades entre as diferentes camadas sociais. Com a forte influência que os mais ricos têm sobre o executivo, a transferência de decisões ao Judiciário poderia favorecer de forma justa aqueles que têm os seus direitos omitidos.

Assim, sobre a possibilidade das decisões políticas no Judiciário, Dworkin defende que “Eles têm o direito de exigir, como indivíduos, um julgamento específico acerca de seus direitos. Se seus direitos forem reconhecidos por um tribunal, esses direitos serão exercidos, a despeito do fato de nenhum Parlamento ter tido tempo ou vontade de impô-los.” (2001, p. 31). Acerca da titularidade da demanda Lefebvre defende que deve surgir da sociedade e confrontar o poder dominante: “Apenas grupos, classes ou frações de classes sociais capazes de iniciativas revolucionárias podem se encarregar das, e levar até a sua plena realização, soluções para os problemas urbanos; com essas forças sociais e políticas, a cidade renovada se tornará a obra.” (2009, p. 113).

Assim, entendemos que a judicialização, como instrumento para a concretização de direitos e garantias fundamentais, é legítima e poderá ser usada por tais comunidades, vítimas da omissão do Poder Público. Em última análise, não se trata de um meio de ir contra os preceitos da democracia, mas justamente de afirmá-la: de dar voz aos cidadãos e promover a eficácia social daquilo que lhe compete, a considerar que democracia é, antes de tudo, legitimar o cidadão a decidir sobre demandas que lhe afetam diretamente, pelo envolvimento com o local. Além disso, devemos considerar que somente a promoção da educação proporcionará às pessoas a formação de discursos e consciência política o que, então, viabilizará o exercício pleno da democracia.

Conclusão

A reflexão acerca do direito à cidade e a sua efetividade não devem ser postas de lado. Ela deve ser vista como um apelo em prol do conceito de “cidade como obra” à qual todos devem ter acesso.

A imediata aplicação dos direitos e garantias fundamentais que a Constituição Federal vigente determina deve ser realizada de modo que beneficie toda a sociedade. Para isso, entende-se como válida a sindicalização de tais garantias em benefício da sua efetividade. Nos casos em que, de fato, haja omissão do poder público e caracterização da demanda, não parece justo que comunidades inteiras permaneçam prejudicadas, sem outro órgão a recorrer além do poder executivo.

Com a chamada apropriação do espaço pelos cidadãos, a transformação do local pela coletividade, o direito à cidade será concretizado. E então, teremos no lugar de simples centros de consumos, vazios de sentido, locais que, de fato, servirão ao uso pleno das pessoas e constituirão a almejada obra urbana.

Isso significa dizer que a eficácia social dos direitos humanos está também diretamente ligada às demandas locais. As escolhas públicas em nível local são fruto do conceito de espaço público e democracia. Portanto, absolutamente legítima do ponto de vista democrático será uma demanda judicial pleiteando um direito social básico, como por exemplo, uma escola pública de educação infantil inexistente em um bairro que a demanda. O tradicional argumento de que a escolha pública democrática é aquela que passa pela aprovação do orçamento público e que o Judiciário não teria o “poder/dever” de determinar políticas públicas como no caso a construção de uma escola para atender necessidade básica, é uma forma velada de legitimar um Estado opressor e formalista. Em um Estado Democrático, a escolha pública não pode ser considerada exclusivamente um poder/dever da Administração Pública, pois, afinal, é fruto de

demandas reais, cujos atores podem ser efetivamente a sociedade civil que dispõe constitucionalmente do acesso ao Judiciário para que conheça lesão ou ameaça de lesão à direito.

Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

BRASIL. *Lei 8.069/90*. Estatuto da criança e do adolescente. Brasília, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LEFEBVRE, Henri. *O direito à cidade*. São Paulo: Centauro, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros; ROBERT, Cinthia. *Teoria do estado, Democracia e Poder Local*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *As crises do Estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

PREFEITURA MUNICIPAL DE PASSO FUNDO. *Relação das escolas municipais*. Disponível em: <<http://www.pmpf.rs.gov.br/secao.php?p=1210&a=2&pm=1198>>. Acesso em: 1 ago. 2011.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do Estado-providência*. Goiânia: UFG/UnB, 1997.

ADOLESCÊNCIA BRASILEIRA E O CONTEXTO DE
VULNERABILIDADE À VIOLAÇÃO DE DIREITOS
FUNDAMENTAIS (ABCVV)

*ADOLESCENCE AND THE BRAZILIAN CONTEXT OF
VULNERABILITY TO VIOLATION OF
FUNDAMENTAL RIGHTS*

*Ana Paula Motta Costa**

Resumo: A adolescência, enquanto etapa de vida com significado social específico, no contexto sociocultural brasileiro contemporâneo, encontra-se em condição de significativa vulnerabilidade e violação de direitos fundamentais. Adolescência como transição e com características próprias, em intersubjetividade com o contexto onde se insere. Violação de direitos, que adquire diversas dimensões, mas que se relaciona às inúmeras possibilidades ofertadas e à falta de perspectiva de pertencimento e reconhecimento social.

Palavras-chave: adolescência; Direitos Fundamentais; vulnerabilidade.

Abstract: Adolescence as a stage of life with specific social meaning in contemporary Brazilian sociocultural context, is in a position of significant vulnerability and violation of fundamental rights. Adolescence as a transition and characteristics, intersubjectivity in the

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS) e Universidade Pablo Olavide - Espanha; Professora do Centro Universitário Metodista do IPA/Porto Alegre, da UFRGS e da IMED/Passo Fundo. E-mail: <anapaulamottacosta@gmail.com>.

context where it belongs. Violation of rights, which acquires different dimensions, but that relates to the numerous possibilities offered and the lack of perspective of belonging and social recognition.

Keywords: adolescence; Fundamental Rights; vulnerability

Meu filho ainda vai sair. Tem uns que não conseguem sair. Isso é um labirinto. Para mim isso é um labirinto; ele ainda não encontrou a saída, mas vai encontrar (ATHAYDE, BILL, SOARES, 2005, p. 214).

Os adolescentes dos diversos contextos sociais brasileiros, em especial os que vivem em condição de maior dificuldade econômica, nas periferias das grandes cidades, compõem uma das parcelas da população em maior condição de vulnerabilidade. Este artigo busca analisar as várias faces de tal complexa vulnerabilidade, compreendida não como um problema que se restringe a realidade de vida dos adolescentes, mas que atinge o conjunto da sociedade.

1. Adolescência e Juventude, relações familiares e comunitárias

De acordo com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), são definidas como adolescentes as pessoas na faixa etária compreendida entre os doze os dezoito anos de idade incompletos. Sendo que em situações expressas, em especial no que se refere ao cumprimento de medidas socioeducativas, aplica-se a respectiva Lei a pessoas entre os dezoito e os vinte anos de idade¹. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança classifica como crianças

1 Art.2º e § único do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8069/90. Considerando que o ato infracional tenha sido praticado pelos(as) adolescentes antes dos dezoito anos de idades, o cumprimento da medida socioeducativa pode chegar até vinte e um anos de idade, sendo que na data em que o(a) adolescente completa esta idade, a media em cumprimento deve ser extinta.

o conjunto do público entre a faixa etária entre zero e dezoito anos incompletos. De outra parte, uma recente emenda à Constituição Federal Brasileira² incluiu o público de jovens entre aqueles que merecem proteção especial, considerando sua condição de desenvolvimento, conforme art. 227 da Constituição Federal, sem, no entanto, definir quem faz parte de tal público.

Tais disposições normativas servem como parâmetro para a definição do tratamento jurídico destinados aos respectivos públicos, bem como para a elaboração de políticas públicas específicas. De outra parte, as etapas de desenvolvimento humano, e suas respectivas faixas etárias, não são tão precisas em todos os casos e considerando os diferentes contextos sócio-culturais. Em realidade, a ultrapassagem da etapa de vida compreendida como infância para a adolescência e desta para a fase adulta, ocorre para cada pessoa de uma forma, de modo gradativo e em momentos específicos da vida, com avanços e recuos.

Sabe-se que a qualificação de crianças e adolescentes como diferentes dos adultos e não pertencentes ao mundo racional não é de hoje e encontra raízes ao longo da História. Particularmente, a sociedade ocidental tem apresentado uma característica “adultocêntrica”. Ou seja, a perspectiva evolucionista de progresso direciona as pessoas a fim de que ocupem seu espaço no mundo na fase adulta, de onde olham o mundo e analisam o comportamento humano. Assim como a ordem social contemporânea têm como centralidade cultural a perspectiva de ver o mundo predominantemente masculina, branca e dos países do norte (SANTOS, 2006, p. 31-43), também tal perspectiva é desde o ponto de vista adulto. A visão da infância, enquanto um projeto de adulto, ainda é uma realidade nas sociedades contemporâneas, com maior ou menor ênfase, dependendo dos contextos socioculturais.

2 Redação dada pela Emenda Constitucional nº. 65, de 2010.

É desse lugar também que as pessoas adultas, em geral, analisam a adolescência, ou seja, desde o lugar de adultos. E compreender a forma de pensar e de agir dos adolescentes, mesmo que se tenha há pouco tempo feito parte do universo juvenil, é tarefa árdua, pois o comportamento da juventude não é o esperado pelo mundo adulto. As características da adolescência, especialmente a busca por experiências e sensações, a ousadia, a coragem, a condição de fazer as coisas de sua geração, continuam causando estranheza ao mundo adulto.

A categoria “criança”, como indivíduo em desenvolvimento e com necessidades específicas, portanto, em uma abordagem não ontológica, nem sempre contou com o significado social observado nos dias atuais. Conforme ARIÈS (1981, p. 50-69), antes e durante a idade média a infância não existia tal como é concebida na atualidade.

Assim, as crianças não eram percebidas pela consciência social como seres diferenciados do mundo dos adultos. Esta compreensão não se refere à inexistência de dependência biológica das crianças em relação aos adultos, mas a não abordagem social da infância como uma etapa de desenvolvimento que necessitasse de compreensão específica, e à “ausência de consciência da particularidade infantil” (ARIÈS, 1981, p. 156).

A referência histórica da construção da categoria da adolescência é ainda mais recente que a infância. De acordo com Ariès, essa conceituação surgiu de modo singular, no século XX, considerado o “século da adolescência”. Assim, afirma o autor que a falta de diferenciação entre crianças e adolescentes, gradativamente foi substituída pelo conceito também impreciso de juventude, ou de “homem jovem” (ARIÈS, 1981, p. 49). “A juventude apareceu como depositária de valores novos, (...) tornou-se um fenômeno geral e banal após a guerra de 1914, em que os combatentes da frente de batalhas opuseram-se em massa às velhas gerações da retaguarda” (ARIÈS, 1981, p. 46).

Na sequência do pensamento do autor, pode-se afirmar que a compreensão dos sujeitos como integrantes da faixa etária jovem, identificados pela sociedade com comportamentos característicos e comuns, esteve desde seu início associada à ideia de “problema”, a ser controlado e superado. As características comuns da juventude e da adolescência não são vistas desde a sua identificação como positivas, ou questionadoras e impulsionadoras de mudanças, mas como impeditivas do “bom funcionamento social”. A tal ponto tem sido assim, que muitas vezes o desejo “adultocentrico” é de que, “de fato”, não tenham comportamento adolescente, mas que se comportem com a maturidade adulta, considerada adequada e racional.

A construção sociocultural da categoria de “adolescentes”, embora não totalmente desvinculada da infância, caracteriza-se por uma trajetória confusa no imaginário social. Adolescente é aquele que não é mais criança e também não é ainda um adulto. Por vezes, espera-se dele comportamento infantil, dócil e maleável. Outras vezes, espera-se a maturidade adulta, ponderação e racionalidade.

Todas essas circunstâncias da adolescência são dificultadas pela ausência na sociedade ocidental de rituais de passagem objetivos para a fase adulta. No contexto atual, a compreensão de que se é adulto, ou mesmo adolescente, depende de muitos fatores, relacionados à condição social do sujeito, e, especialmente ao exercício de experiências afirmativas da identidade adulta, como trabalhar, engravidar, ter filhos, ter uma vida sexualmente ativa, sustentar a família.

Em interação com o que lhe é esperado por parte da sociedade, o adolescente vive entre o mundo infantil e o adulto, mas não chega a identificar-se com nenhum deles. Trata-se de um tempo de passagem, de limites e possibilidades, mas com características próprias, enquanto etapa de vida. O corpo vive transformações intensas, deixa de ser familiar e exige novo reconhecimento: é a puberdade, enquanto etapa biológica em que são vividas transformações hor-

monais, que exteriorizam a capacidade de procriação e que influenciam o comportamento (OSÓRIO, 1989, p. 11). As transformações biológicas podem, ou não, coincidir com o início da adolescência, que, diferente daquela, é uma condição psico-social e não física. Em alguns momentos histórico-culturais as duas fases coincidem, em outros não. Ilustra tal afirmação seguinte reflexão: “Nos anos 70 a criança tornava-se púbere e depois adolecia; nos anos 80, a puberdade e a adolescência ocorriam concomitantemente; e na última década observo uma conduta adolescente (namoro, contestação etc) em indivíduos ainda não púberes” (OUTEIRAL, 2001, p. 23).

Nesse contexto, observa-se que as transformações da sociedade contemporânea têm provocado uma “abreviação do período de latência”, ou uma “des-invenção da infância”. Trata-se de comportamentos típicos da cultura ocidental da atualidade, como a exposição cada vez mais precoce à sexualidade genital, por exemplo, através dos meios de comunicação, à violência, à velocidade e à fragmentação. Tudo isto tem feito com que a delimitação de espaços sociais, antes de adultos, de adolescentes e de crianças, esteja cada vez menos precisa (OUTEIRAL, 2001, p. 21).

A separação entre períodos cronológicos da vida também tende a diferenciar-se dependendo do contexto socioeconômico e cultural em que estão inseridos os sujeitos. Assim, nas classes sociais menos favorecidas, o processo de adolecer tem começado e terminado mais cedo, pois está condicionado à iniciação em experiência do mundo adulto, que tendem a ser antecipadas, como a iniciação sexual e o ingresso no mundo do trabalho. De outra parte, também tem sido uma tendência contemporânea o fato de que a adolescência nas classes sociais mais favorecidas poder ser mais prolongada, sendo adiadas etapas de iniciação profissional e da saída da casa dos pais (OUTEIRAL, 2001, p. 24).

Há, portanto, processos sociais e culturais que podem apressar o ritmo de desenvolvimento, influenciando adolescentes precocemente, através da exigência de escolhas mais complexas do que es-

tariam emocionalmente preparados. São situações como o trabalho infantil, a trajetória de rua, o acúmulo de responsabilidades no seio da família, a necessidade de assumir responsabilidades e sobreviver financeiramente, entre outras. Desafios que são apresentados precocemente na vida dos sujeitos e que podem gerar impactos negativos sobre o seu desenvolvimento moral, cognitivo e afetivo. A presença de conseqüências decorrentes destas situações não é de responsabilidade apenas da família, mas também do Estado, da sociedade e de um conjunto de instituições que deveriam considerar o adolescente como sujeito de processos educativos e não já com obrigações e responsabilidades para as quais seu preparo ainda é precário. (Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, p. 29-30).

Portanto, adolescência está “no meio do caminho”, na passagem entre o mundo da infância e o desconhecido e temido mundo adulto, mas se constitui em uma etapa da vida com características próprias. As pessoas nesta fase vivem o luto da perda da identidade em construção na infância e, por outro lado, buscam a afirmação de sua identidade em transformação, sob pressão para que apresente contornos de adulta. Trata-se de uma importante, ou peculiar, etapa da vida na construção da identidade, a partir da redefinição da imagem corporal, estabelecimento de escala de valores éticos próprios, assunção de funções e papéis sexuais e definição das escolhas profissionais (OSÓRIO, 1989, p. 12) e ampliação das experiências de relacionamentos, com outros grupos para além da família.

O processo de afirmação da própria identidade, ou a consciência de si mesmo, como entidade biopsicossocial no mundo, dá-se pela identificação com modelos de conduta de pessoas significativas, ou do grupo de iguais. Ou, ainda, passa a definir-se a partir da possibilidade de assumir identidades circunstanciais, de acordo com as situações novas que se apresentam, seja no campo existencial, ideológico ou ocupacional. Assim, a identidade em construção resulta de dois pontos principais: “da afirmação ou rejeição seletiva

de identificações infantis; e da maneira como o processo social da época identifica os jovens” (FERREIRA, 1997, p. 161).

Nesse percurso, intervalar, os(as) adolescentes buscam identificar-se com seus pares, assim andam em bandos, com roupas e outros atributos iguais, sendo difícil ao olhar adulto, visualizar a sua individualidade. “Diferencia-se e iguala-se, mira-se nos outros e aparte-se deles. São duas faces da mesma moeda, dois momentos complementares do jogo de espelhos em que nos formamos” (ATHAYDE; BILL; SOARES, 2005, p. 205).

Conforme afirma Sudbrack, em razão das dificuldades em compreender-se, o adolescente busca constantemente alguém que o entenda. Sente que outras pessoas em igual situação o entendem, identifica-se quanto às suas angustias, seus medos, seu universo. Neste contexto, os amigos tornam-se o grupo de maior importância e influência e precisam ser reconhecidos como parte de suas redes sociais (2009, p. 1-2).

No entanto, não há uma única possibilidade para a identificação, as possibilidades são múltiplas, assim como é múltipla a oferta do mercado de consumo contemporâneo. As experiências a serem vividas apresentam-se cotidianamente, o que torna o desafio da adolescência uma possibilidade permanente de angústia frente às escolhas a tomar (ASSIS, 2004, p. 22). De outra parte, vê-se que a relação da adolescência com o mundo é imediatista, estimulada pela velocidade e instantaneidade contemporâneas. Contestam tempo de espera e o projeto de futuro, ainda que aprendam com maior facilidade o código de sobrevivência do futuro, na medida em que se apropriam muito rapidamente das novas tecnologias e dos novos meios de comunicação.

Embora tudo pareça mais fácil para os adolescentes de hoje, visto que os pais são mais compreensivos, há mais liberdade sexual e maiores opções entre as múltiplas escolhas “supostamente possíveis”, encontram-se muito mais angustiados frente às crescentes

exigências do mundo do trabalho, da sociedade de consumo, do padrão de estética e das restritas possibilidades de pertencimento social (WEINBERG, 2001, p. 8-11).

De acordo com Mafesolli, a complexidade do processo de construção da identidade contemporânea ocorre porque houve um deslocamento da concepção de indivíduo, com identidade estável, desempenhando papéis contratuais, para uma idéia atual de “pessoa com identificações múltiplas, desempenhando papéis nas tribos de afeição” (2007, p. 100). Portanto, todas as múltiplas possibilidades, no contexto de incerteza e liquidez, fazem com que a adolescência, além de suas dificuldades já conhecidas, lide com característica contemporânea de que tudo é possível e, ao mesmo tempo, as possibilidades são restritas, os projetos são inexistentes e as perspectivas são limitadas.

O fato é que a adolescência é uma fase difícil para todos, com muito mais razão o é para os meninos e meninas das famílias pobres do Brasil. Tudo fica mais complicado, quando as vicissitudes da idade somam-se a problemas como rejeição em casa e fora de casa, desemprego, pobreza e alcoolismo. No entanto, a associação entre os problemas da juventude e da pobreza não pode ser feita de forma direta e reprodutora dos preconceitos sociais que costumam atribuir exclusivamente às famílias mais pobres a responsabilidade pelos problemas vividos por seus filhos. O fato é que as condições adversas em que vivem os pobres fazem com que tenham menos possibilidades de organizar as oportunidades profissionais para os seus filhos e tenham maior dificuldade de acessar apoio quando em dificuldades. Para os jovens pobres, de modo geral, “salta-se direto da infância para o mundo do trabalho (ou do desemprego)” (ATHAYDE; BILL; SOARES, 2005, p. 208-211). Ou seja, a adolescência não tem sido a mesma para todos.

Se de um lado, os adolescentes dos diferentes contextos sociais pertencem ao mundo globalizado, consumista e individualista. De

outro, os jovens que não acessam facilmente ao consumo estão à margem, embora seu desejo de ser aceito e reconhecido percorra os mesmos caminhos dos demais consumidores. Nessa direção, Castel aborda a realidade dos jovens das periferias francesas, e afirma que vivem em bairros periféricos, mas são atravessados por dinâmicas globais. Não estão fora, na medida em que têm acesso a serviços públicos e compartilham alguns valores daquela sociedade, nem estão dentro, visto que não ocupam nenhum lugar reconhecido por esta mesma sociedade (CASTEL, 2008, p. 29-40).

Vivem a dualidade, ou o limbo do interstício cultural (BHA-BHA, 2005). São realidades que estão em permanente relacionamento e em contato direto. Não existem muros claros e definidos quanto ao desejo de ter e pertencer. Existem muros claros que separam a possibilidade de ter de quem vive nas periferias das cidades, tendo a pobreza como limite objetivo. Se a realidade de não pertencer torna-se insuportável, estratégias de sobrevivência são acessadas, como a compra de produtos falsificados, ou sua aquisição por meios ilícitos.

Conforme pesquisa realizada pelo IPEA (IBASE, 2005) com jovens das principais regiões metropolitanas do Brasil, a maior preocupação que manifestam quanto ao trabalho refere-se à restrição do mercado, às dificuldades de conseguir um primeiro emprego e ao medo de enfrentar preconceitos por serem inexperientes. Diz o relatório:

Os baixos níveis de renda e capacidade de consumo redundam na necessidade do trabalho como condição de sobrevivência para a maioria dos(as) jovens. Isso demarca um modo particular de vivência do tempo de juventude, que não se identifica com aquilo que o senso comum institui como modelo de jovem universal: aquele que se libera da necessidade do trabalho para poder se dedicar aos estudos, à participação mais organizada e aos lazeres (IBASE;POLIS, 2005.p 76).

Identifica, ainda, o relatório que a trajetória de busca e inserção no mundo do trabalho dos jovens das famílias mais pobres passa por ocuparem as ofertas de trabalho que aparecem, que, em

sua maioria, permitem pouca ou nenhuma perspectiva de iniciar, ou construir, uma carreira profissional (IBASE;POLIS, 2005, p. 76).

Nessa direção, reflete Castel “a ausência de qualquer perspectiva de futuro é o testemunho de uma desesperança profunda. O presente cristaliza assim todas as recusas (...)” (2008, p. 18) Esta parcela da população, segundo o autor, sabe que o trabalho é raro, que o sucesso escolar não garante vitória profissional. Isso porque, são os(as) jovens do grupo social mais exposto a racismos, xenofobias e outras formas de preconceitos (CASTEL, 2008, p. 9).

Para além dos dados objetivos, as dificuldades de reconhecimento social estão associadas também ao estereotipo socialmente construído. Adolescentes costumam andar em bandos, com roupas “estranhas”, cabelos diferentes do que se espera, seus comportamentos também não são “considerados adequados”. Tudo isso sempre aos olhos de quem os vê e que se sente agredido pela simples presença daqueles. Dito de outra forma, é como se os “olhos de quem vê”, que estão inseridos no contexto cultural contemporâneo, tivessem eles “tarjas”, “borrões”, que impedem de ver as pessoas que são e que constituem as individualidades da adolescência.

Nesse sentido, para melhor compreender tal processo, cabe referir que além de marcas com significado social, os estigmas geram profundo descrédito, defeito, fraqueza, desvantagem (GOFFMAN, 1988). O estigma possui duas dimensões: uma objetiva, como raça, diferença de renda, gênero, ou idade; e outra subjetiva, que diz respeito à atribuição negativa (ou de inferioridade) que se dá a primeira dimensão.

Vê-se, assim, que a adolescência no contexto social contemporâneo e, de modo específico, os adolescentes pobres, que não conseguem ser vistos pela sociedade em geral. Quando seu estereotipo é identificado, são considerados como um problema a ser superado, como se todos fizessem parte do “mesmo balaio”, como se não fossem pessoas em sua individualidade e humanidade. Além da invisí-

bilidade, a inferioridade está presente na avaliação, ou juízo social. Trata-se do consenso pré-reflexivo que determina o valor diferencial dos seres humanos, o qual identifica quem merece respeito e quem não o merece (SOUZA, 2006, p.145).

São, portanto, adolescentes com seus direitos sociais violados, vivendo na condição de baixa escolaridade, de trabalho infantil, de exploração sexual comercial, envolvidos com drogas ou atos de violência. Adolescentes que, muitas vezes, vivenciam a fragilidade de vínculos familiares e sofrem tensões no meio social para pertencer a gangues, ou grupos identificados com o tráfico. O estigma social sobre os mesmos impede que possam ser vistos como pessoas e, especialmente, que sejam compreendidos a partir de suas peculiaridades. Tal situação caracteriza a vida e o cotidiano de um contingente significativo de adolescentes brasileiros, que, ao contrário de terem garantidos seus direitos e a possibilidade de desenvolvimento adequado para a passagem sem maiores percalços à fase adulta, seja por parte da família, do Estado, ou da sociedade em geral, vivem realidades de negações, discriminações, “atropelos ao seu desenvolvimento” e violações.

Sales afirma que se trata de uma “visibilidade perversa”, com dupla dimensão. De um lado observa-se a invisibilidade, na medida em que o sofrimento das crianças e adolescentes pela violação de direitos não é percebido pela sociedade em geral. De outro, trata-se de uma “visibilidade perversa”, visto que é seletiva e reprodutora de discriminações históricas, impulsionadora de mecanismos de controle social repressores por parte do Estado. (2007, p. 27)

Nessa realidade, determinados modos de vida são desvalorizados, retirando das pessoas que os praticam a possibilidade de atribuir valor social as suas capacidades. A falta de reconhecimento das pessoas e suas peculiaridades, ou diferenças, reflete-se na forma em que o Estado os reconhece como sujeito de direitos. Com significado semelhante à enfermidade e ao sofrimento, a experiência

de rebaixamento e humilhação social atinge os sujeitos, da mesma maneira que a saúde física é ameaçada pelas doenças. Tal sentimento, se não canalizado para a luta social, em determinado momento abre espaço para sentimentos como vergonha e ira (HONNETH, 2003, p. 145).

Vergonha, medo, ira, humilhação, violação de direitos, falta de acesso a políticas públicas mais do que ingredientes de baixa-estima, conduzem a caminhos sem volta no labirinto em que estão inseridos. O lugar de inferioridade e desvalia torna-se componente da identidade. E o lugar de igualdade e de reconhecimento dos direitos previstos na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente torna-se retórica e abstração.

O paradoxo de tudo isso é que, também no labirinto de espelhos que refletem as múltiplas faces das identidades sociais e individuais, a sociedade se reconhece sem saída, quando trata dessa forma os seus adolescentes. E no dilema entre causa e efeito, entre o que vem antes e o que vem depois, as paredes do labirinto cruzam-se e vão levando a caminhos sem saída e sem perspectiva.

2. A violação de direitos, relacionada à violência, que envolve a adolescência no Brasil contemporâneo

Convive-se uma sociedade onde a violência, em seu sentido mais abrangente, faz parte da vida cotidiana das pessoas, acontece em todos os segmentos sociais e está em todas as instituições como na família, no trabalho, na escola, nos poderes públicos, na própria justiça, enfim, está implícita nas relações entre as pessoas e, muitas vezes, banalizada socialmente. Quando trata-se de violência que atinge o público infanto-juvenil, vê-se que há direta associação com a violação dos direitos a que este público está submetido, seja como

fator gerador de violência, ou como não preservação da integridade física e psicológica, ou da própria vida.

Nesse contexto, o problema da violência associado à criminalidade, de uma forma ou de outra, afeta a vida das pessoas e tem causas e consequências bastante complexas, principalmente nas situações envolvendo crianças e adolescentes. Embora tal quadro seja familiar aos profissionais que atuam em políticas públicas no âmbito social, tratando-se da sociedade em geral, observa-se que há certa expectativa de que a responsabilidade recaia sobre alguns por determinados problemas que circundam a vida da coletividade.

Pergunta-se, no entanto, que tipo de sociedade é essa que almeja solucionar seus problemas somente por meio da punição? A asserção expressa pelo senso comum, ou pelos órgãos de comunicação é de que se deve retirar do convívio social todos aqueles que “não estão adequados ao contexto”. Esse pensamento ilusionista supõe que, ao afastarem-se as pessoas depositárias da culpa pelos malefícios do coletivo do convívio social, os conflitos inerentes ao funcionamento social seriam eliminados.

Nesse sentido, ganha espaço o discurso justificador do uso da força pelo Estado, como forma de garantir a segurança da população. Conforme refere Karan (1993) a ideia de que a criminalidade convencional se define como violência leva a população a naturalizar outras formas de violência institucionalizadas no interior da sociedade. De outra parte, produz um pânico tal que faz crer que a única solução é efetivamente o encarceramento, utilizando-se em grande escala o Sistema Penal.

Dentre os diferentes aspectos a serem salientados na caracterização dos tempos atuais, merece destaque o diagnóstico feito por Bauman (1998, p. 53-56). Chama a atenção o autor para a centralidade que o consumo tem na sociedade atual, em detrimento à produção. Assim como em relação às forças produtivas, também o consumo coloca os indivíduos em campos opostos, como consequência da atuação dos poderes de sedução do mercado consumidor.

Para atingir os padrões que a sociedade consumidora estabelece, há que se buscar diretamente os fins. Tarefa que é individual, para a qual não existem regras específicas regulamentadas, os fins justificam os meios e o espaço para a criminalidade é ampliado. A criminalidade, pois, não é um produto de mau funcionamento: é o produto inevitável da sociedade de consumidores. Quanto maior a busca individual, mais eficaz será a sedução do mercado. Todavia será maior o hiato entre os que desejam e os que podem satisfazer suas aspirações. “A sedução do mercado é, simultaneamente, a grande igualadora e a grande divisora” (BAUMAN, 1998, p. 55).

Vive-se, assim, uma nova configuração do modelo capitalista de desenvolvimento que é caracterizada por grandes diferenças sociais, pelo individualismo e consumismo exacerbados. Determinados modelos de vida, ou formas de consumir são “vendidos” pelos meios de comunicação, os quais, quando praticadas, permitem que as pessoas sintam-se incluídas a partir da condição que cada um tenha de consumir.

Castel denomina aqueles que não são incluídos no contexto de consumo como “sobrantes”, ou seja, pessoas normais, consideradas inválidas pela conjuntura caracterizada pelas novas exigências de competitividade e de concorrência, em uma sociedade em que não há mais lugar para todos (1997, p. 29). Nem todos, portanto, não fazem parte desse momento, o qual é também cada vez mais acelerado.

O tempo também adquire suas próprias características no contexto: é relativo, cultural e subjetivo, dependendo da perspectiva e de determinadas condições do sujeito (OST, 1999, p. 23-29). Assim, é percebido com grande velocidade por aqueles que pertencem à sociedade acelerada, do instantâneo, do imediato. Já aqueles não incluídos no modelo, “esperam o tempo passar”, como mais um entre os demais fatores de exclusão. Assim é o cotidiano de quem está na prisão, nas unidades de privação de liberdade de adolescentes, nos hospitais psiquiátricos, nos abrigos para crianças, que aguardam

por famílias substitutas, nas filas dos serviços de saúde, de vagas de emprego, ou de acesso à Justiça. O tempo não passa...

A sociedade individualista e atomizada do início do séc. XXI segue seu caminho indeterminado e sem um destino algum, em meio aos riscos³, que, embora em intensidades diferentes, são democraticamente distribuídos a todos (BECK, 1998, p. 41-42). Neste período não existem certezas, e essa imprevisibilidade dos riscos é justamente o fator mais democrático da modernização. As desigualdades sociais se entrelaçam com a individualização, de modo que os graves problemas mundiais e as crises sociais são transformados e compreendidos como elementos representativos de um fracasso pessoal, isto é, são vistos enquanto demonstração de uma crise individual (BECK, 1998, p. 117).

Nesse contexto, a adolescência, enquanto etapa conflitiva da vida, é compreendida também como um problema individual, seus sucessos e fracassos são de responsabilidade individualizada. Ao contrário disso, a adolescência somente pode ser compreendida dentro de determinado contexto, o qual exerce sobre o sujeito tensões, exigindo-lhe o exercício de papéis. De outra parte, sabe-se que para o adolescente sentir-se sujeito de direitos e deveres é fundamental que se sinta parte de uma comunidade, sinta-se pertencendo. (SUDBRAK, 2009).

As circunstâncias da adolescência são agravadas quando se tratam de famílias cuja condição social é de maior vulnerabilidade e instabilidade. Assim, dependendo do contexto específico, os problemas geracionais ganham maior dimensão frente aos desafios também maiores que as famílias enfrentam para garantir proteção, suporte, estabilidade e possibilidade de construção de projetos de vida. Se a adolescência é uma fase difícil para todos e todas, torna-se

3 O autor identifica a sociedade atual como “Sociedade de Risco” e para tal conceito utiliza-se da metáfora do meio-ambiente, demonstrando que frente às mudanças a que está sujeito o clima, por exemplo, na sociedade atual, todos estão em risco. As diferenças irão identificar-se a partir das condições que tenham os diferentes sujeitos para enfrentar tais riscos.

mais difícil em meio às desigualdades (de renda, raciais, de gênero, entre outras), à violência, à falta de acesso às políticas públicas, à falta de perspectiva de ingresso no mundo do trabalho e diante de maior vulnerabilidade, na medida em que tais condições dificultam o processo de auto-aceitação (auto-conhecimento, ou auto-estima) e de ocupação de um lugar social de reconhecimento social.

As dificuldades objetivas ampliam-se quando estão presentes, muitas vezes no âmbito familiar, situações de desvalorização, rejeição, humilhação e punição, as quais interferem na capacidade de auto-realização como ser humano (ASSIS, 2004, p.32). Trata-se de dificuldades enfrentadas pelo grupo familiar, que, por sua vez, está inserido no contexto social de dificuldades e tensões.

Entre os problemas enfrentados pelos adolescentes, em alguns casos, também está o envolvimento com o cometimento de atos infracionais (crimes ou contravenções penais, conforme previsão do ECA), especificidade que não pode ser compreendida como fato isolado, ou como definidor da realidade e da personalidade do adolescente. Trata-se de uma circunstância vivida e uma problemática a ser enfrentada pelo adolescente e sua família, sociedade e Estado.

É certo que se vivem momentos de intranquilidade na sociedade brasileira, mas a associação da violência criminal em geral à figura de adolescentes não encontra respaldo na realidade. O fato é que os adolescentes têm tido protagonismo na reprodução da violência e da criminalidade, mas também têm se constituído em suas maiores vítimas.

Conforme os dados do Relatório das Nações Unidas de 2006 sobre a violência contra a criança no Brasil, no ano de 2000 dezesseis crianças e adolescentes foram assassinados, em média, por dia. Entre tais mortos, quatorze estavam entre quinze e dezoito anos, e nesta faixa etária, o grupo era composto por 70% de negros. Na realidade, a maior vítima da violência é a juventude, alvo diário de mortes por causas externas, caracterizadas, em geral, por crimes

praticados por armas de fogo, ou outras formas agressivas de convivência como, por exemplo, os acidentes de trânsito.

Os dados de mortalidade na adolescência e juventude, em especial na faixa entre 15 e 19 anos têm se mostrado importantes indicadores sociais, da mesma forma que os indicadores de mortalidade infantil (número de mortos até um ano de idade a cada 1000 nascidos vivos). Assim, segundo o Núcleo de Estudos da Violência (NEV) da Universidade de São Paulo, que analisou um intervalo de 22 anos e comparou estados e capitais brasileiras, jovens entre 15 e 19 anos são as maiores vítimas de homicídios no País, correspondendo a 87,6% dos casos. Essas mortes ocorrem essencialmente onde há uma superposição de carências e de violação de direitos.

Na mesma direção apontam os dados do Ministério da Saúde, que afirmam que na faixa etária de 10 a 19 anos as violências têm sido as principais causas de óbito (52,9%). Entre os adolescentes, entre 15 a 19 anos, 58,7% dos óbitos, no período analisado, foram por violências (DATA SUS, 2006-2010).

Afirma Soares que se esta assistindo a um “genocídio social”, em que as maiores vítimas são jovens pobres, mais especificamente, do sexo masculino, não-brancos. Conforme o autor, morrem hoje no Brasil mais jovens entre quinze a vinte e um anos, do que se o Brasil estivesse em guerra e sua população juvenil tivesse sido enviada para campos de batalha. (SOARES, 1996, p. 190-192).

Os contextos de violência referidos não são privilégio exclusivo dos bairros pobres, mas atingem com maior intensidade estas parcelas da população. Nestes contextos, além do baixo nível de renda, também está presente a mais baixa escolaridade e a maior dificuldade de ingresso no mundo do trabalho. Portanto, a maior dificuldade de construir projetos e expectativas de vida.

De outra parte, o envolvimento dos adolescentes protagonistas de atos de violência também está envolto em pré-concepções e falta de informação. A ideia que costuma ser repassada à opinião pública

é a de que cada vez mais infrações são cometidas por adolescentes, tais crimes são em maior incidência do que os cometidos por adultos e esses atos infracionais são revestidos de grande violência.

De modo objetivo pode-se observar que o número de adolescentes privados de liberdade no Brasil é infinitamente menor do que a quantidade de adultos presos. Mais precisamente, em 2010, a população carcerária brasileira adulta era superior a 480.000 pessoas⁴, enquanto que o número de adolescentes privados de liberdade era de 17.703 pessoas⁵. Poder-se-ia dizer: são em menor número porque ficam restritos menos tempo que os adultos! Esta conclusão precisa ser relativizada: existem pessoas que cumprem pena há bastante tempo no sistema adulto, mas também tal sistema tem um contingente significativo de presos provisórios, que aguardam julgamento. Há outro grande número de presos que cumprem penas, mas que, conforme a legislação vigente, teriam direito à progressão de regime e, portanto, de redução do tempo penitenciário. Assim, não é possível afirmar que os adultos cumprem mais tempo de pena que os adolescentes, até mesmo quando se trata do cometimento dos mesmos crimes.

As informações sobre a violência que envolve adolescentes no Brasil, em especial o Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010 apontam para o seguinte contexto: 17.703 adolescentes privados e restritos de liberdade, sendo 12.041 cumprindo medida socioeducativa de internação; 3.934 em internação provisória e 1.728 cumprindo medida socioeducativa de semiliberdade. Em relação a 2009 houve um crescimento de 4,50%, sendo que 12 Estados da Federação contribuíram para o aumento desta taxa, enquanto 15 Estados obser-

4 Dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça, a partir do sistema de registros do Ministério da Justiça.

5 Levantamento Nacional do Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei – 2010, realizado pela Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente – SNPDCa no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos – SDH.

vou-se redução da população no sistema socioeducativo. Na análise nacional constatou-se que a medida socioeducativa de internação teve um aumento em sua população 1,18%, a internação provisória de 13,34% e semiliberdade em 10,20%.

Nesse sentido, cabe a análise da taxa de crescimento populacional no sistema socioeducativo de privação de liberdade, no triênio 1996-1999, comparando-o com o último período, pois reflete certa tendência. No período entre 1996 e 1999 houve um aumento da população no sistema privativo de liberdade de 102,09%, enquanto que no último período (2007-2009) a taxa de crescimento foi de apenas 2,44%. Portanto, torna-se evidente a tendência de decréscimo de número de adolescentes privados de liberdade e, portanto, envolvidos em infrações de maior gravidade. Tal fato pode ser atribuído a uma menor incidência de atos infracionais de tal tipo, ou a outras razões, como a ampliação da oferta de medidas socioeducativas em meio-aberto em tal período.

O fato é que, ainda que em menor gravidade do que propagado pelo senso comum, sabe-se que a violência que envolve adolescentes, em especial na faixa etária entre 14 e 19 anos é um problema social de grande importância. No entanto, simplificar a análise de tais condutas, afirmando que existe uma periculosidade maior inerente à faixa etária, seria entender a violência no Brasil, e a violência que envolve a juventude a partir de um olhar reducionista e limitado.

Nesse sentido, ao analisar a complexidade de tal realidade, Assis refere que as causas da violência envolvendo a juventude brasileira incluem não apenas o nível individual, mas também estrutural e sociopsicológico (1999, p. 22-24). Enquanto nível estrutural, a autora identifica as circunstâncias sociais da vida de adolescentes que vêm a cometer atos infracionais: a desigualdade social e de oportunidades, a falta de expectativas sociais, a desestruturação das instituições públicas e as facilidades oriundas do crime organizado. Todas essas causas não podem ser examinadas de forma determi-

nista, como relações de causa e feito, ou seja, sua incidência não necessariamente irá significar que haverá maior violência entre os adolescentes, irá depender do conjunto de circunstâncias presentes em cada contexto. Os fatores estruturais, no entanto, contribuem para compreensão acerca da ocorrência de violência, com maior ou menor grau, em grupos sociais que vivem em determinadas circunstâncias sociais.

O segundo nível, conforme Assis, é o nível sociopsicológico. Essa categoria sofre influência das teorias que entendem que a delinquência juvenil está relacionada com a relação intersubjetiva entre os adolescentes e as instituições com quem têm vínculo, ou relaciona-se ao grau de influência que tais instituições exercem sobre os mesmos. Entre tais instituições, destaca a autora, a família, a escola, a igreja, as instituições responsáveis pela segurança pública e, de outra parte, o grupo de amigos. (1999, p. 23).

Compreende-se a atitude de cada sujeito, portanto, não só em razão do conjunto de normas em que o mesmo foi socializado, mas desde sua percepção ou interpretação de tais normas, deve-se observar a sua perspectiva. Assim, em vez de estudar o “jovem delinqüente” e seu comportamento de forma isolada, a análise necessária para a melhor compreensão da violência, segundo tal visão, deve ser voltada ao contexto, às instituições com quem interage.

Apenas a interação entre as várias dimensões explicativas é capaz de gerar um conhecimento mais profundo e real sobre a violência praticada por jovens. As causas do proceder agressivo de cada jovem somente adquirem sentido na rede de influência em que o mesmo atua, levando-se ainda em consideração as circunstâncias fortuitas em que esteve envolvido no momento em que realizou tal prática.

Para que se compreenda a complexidade da dinâmica da violência juvenil no contexto brasileiro, é preciso conjugar alguns fatores que fazem parte do modo de vida desta população nas cidades, dos tempos atuais.

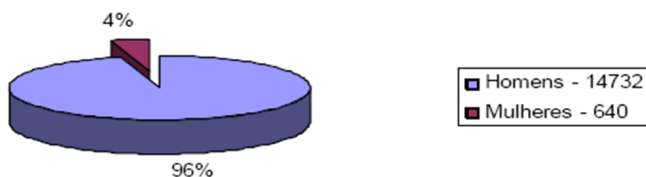
- a) Observa-se que grande parte das famílias de classes populares vive as tensões do cotidiano, sob condição de estresse permanente, especialmente pelo desafio diário de sobrevivência. Neste contexto, podem ser deficitárias na promoção de garantias e de proteção de seus membros. Os vínculos familiares, embora estejam presentes, podem se tornar vulneráveis, dependendo do grau de violência dentro de casa. Nesta direção, pode-se dizer que as famílias brasileiras são bastante contraditórias: ao mesmo tempo em que são muito amorosas, também podem ser muito violentas, ou, “são um contexto paradoxal de risco e proteção” (SUDBRACK, 2009, p.4). Assim, os referenciais de autoridade nem sempre são positivos, possibilitando a reprodução das relações intra-familiares em outros contextos. O fato é que a adolescência provoca mudanças, conflitos e adaptações no contexto das famílias que têm entre seus membros alguém que está atravessando esta fase da vida. Em tais contextos conflituos, muitas vezes o envolvimento dos adolescentes com o cometimento de atos infracionais pode estar relacionado às dificuldades da família, ou ao fato de que o funcionamento familiar não pode mais ser gerido da forma como vinha sendo até então. A dificuldade de lidar com tal etapa da vida familiar pode acabar por contribuir com a manifestação violenta dos filhos. (SUDBRACK, PENSO, 2004, p. 29-34).
- b) As crianças e especialmente os adolescentes formam sua identidade a partir do olhar da comunidade sobre eles. Constituem seus valores pessoais a partir daquilo que é valorizado em seu contexto social. Aprendem a conviver coletivamente quando se sentem aceitos e pertencentes. É como se a sociedade e suas instituições fossem “espelhos” onde é refletida a imagem dos jovens. Assim, as instituições sociais acabam constituindo-se em componentes essenciais na formação de sua identidade, ao mesmo tempo em que o resultado deste reflexo é a própria expressão da identidade social, ou seja, aquilo que se espera dos(as) jovens. Neste contexto, percebe-se com frequência en-

- tre os adolescentes falta de perspectiva de integração social, ou de constituição de um projeto de vida em que haja sentimento de pertencimento, o que irá refletir na identidade que está em formação. Ou seja, “[...] não pertencer é não se sentir parte das instituições ou não ter sua identidade relacionada à história destas” (ATHAYDE, BILL; SOARES, 2005, p.163-168).
- c) Zaluar, entre outros autores, destaca a ausência, a presença insuficiente, ou a presença clientelista do Estado nas regiões periféricas, como causas para a proliferação de formas de Estado paralelo. Organizações para-estatais, portanto, acabam por controlar a vida das pessoas, seja pela adesão às alternativas de trabalho propostas pelas organizações criminais, pela proteção que tais personagens oferecem, ou, ainda, pelo silêncio que é imposto como meio de sobrevivência (1994, p. 141).
- d) Levando-se em consideração as modificações no mundo do trabalho, os altos índices de desemprego e a baixa escolaridade, a alternativa de sobrevivência que resta aos jovens das classes populares, muitas vezes, é a adesão ao mundo do tráfico. Fonte de renda imediata, o tráfico permite um padrão de consumo jamais vislumbrado por meio do trabalho formal ou informal. Assim, a adesão à criminalidade não é uma atitude preconcebida dos(as) jovens da periferia, mesmo porque tem seu preço de insegurança e baixa perspectiva, no entanto, torna-se uma possibilidade se comparada às alternativas econômicas acessíveis.
- e) O tráfico, de outra parte, não se restringe ao transporte e venda de drogas, seja dentro dos bairros da periferia ou nos locais de moradia e diversão da população mais abastada socialmente. O mundo das drogas relaciona-se, em primeiro lugar, o consumo com a atividade econômica do tráfico. Logo a seguir, a necessidade de obtenção das drogas para consumo ou para ampliar o acesso a outros bens faz com que os jovens se envolvam em outras atividades ilícitas. Estas, em um processo gradual, evoluem em gravidade na medida em que se aprofunda

a relação com as drogas. Observa-se que um dos fatores relacionados à reincidência de atos infracionais é o envolvimento com o uso de substâncias psicoativas (TEJADAS, 2008, p. 286), o que não se caracteriza pelo consumo, mas pelo envolvimento com atos infracionais partir do acesso ao mundo do tráfico de drogas e ao porte ou o uso de armas.

- f) Status, auto-estima e virilidade são ofertadas pelo tráfico, portanto, são vantagens simbólicas, não encontradas facilmente em outros espaços sociais. De acordo com Athayde; Mv Bill; Soares (1999, p. 163-168), existem ganhos simbólicos com a inserção no mundo do tráfico, mais significativos do que a atividade econômica que mantém a sobrevivência. Na escala da violência, os jovens da periferia têm a possibilidade de ganhos subjetivos, incomparáveis em relação a outras alternativas de sobrevivência, ofertadas pelas poucas possibilidades de projetos de vida fora da criminalidade. Contraditoriamente, os meios de comunicação, assim como possibilitam maior visibilidade à violência, também possibilitam a entrada em cena de rostos, antes invisíveis. (SALES, 2007, p. 323-332). A força adquirida pelo porte de armas, o poder acessado dentro da hierarquia do tráfico, a admiração do sexo oposto e o medo provocado nas pessoas são fatores que levam ao fortalecimento da auto-estima e da visibilidade dos adolescentes, portanto, a uma forma de reconhecimento social.
- g) Sabe-se que o número de adolescentes do sexo masculino envolvidos em atos de violência é significativamente maior que o número de adolescentes do sexo feminino. Em 2009, a população feminina das unidades de internação e semi-liberdade no Brasil era de 640 adolescentes, enquanto que a masculina era de 14732 adolescentes, representando o percentual de 96% da população total. (Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente SDH / Presidência da República, 2009).

Comparativo entre sexos masculino e feminino em meio fechado



Essa realidade revela a presença do componente gênero no envolvimento com a realidade da criminalidade. Analisando-se de forma mais próxima tal realidade, vê-se que acaba por se reproduzir a configuração histórica das relações de gênero, com o maior domínio masculino no espaço público e a restrição do feminino ao espaço privado. Os homens (no caso, adolescentes) saem às ruas em busca de sobrevivência e, para tal, usam sua força física. As mulheres (adolescentes) ficam no espaço de casa, e quando cometem atos infracionais, estes estão associados a situações envolvendo violência doméstica e a doenças mentais. Ainda que se observe certa tendência de mudança, vê-se que tal envolvimento está relacionado a determinados papéis que desempenham na família e no contexto social, onde estão inseridas. Muitas vezes elas são atuantes no tráfico, junto com seus namorados ou companheiros, outras vezes seu papel é mais secundário, mas contribuem ativamente com a realidade da criminalidade, na medida em que acabam elegendo como modelo masculino o “macho violento”, que, ao mesmo tempo em que as protege da violência de que correm risco, dispôr sua companhia é também fator de valorização em seu meio social. (ATHAÏDE; BILL; SOARES, 2005, p. 224-225).

Diante de todo o exposto, percebe-se que existem vários fatores geradores do processo de criminalidade envolvendo adolescentes. Pode-se dizer que o fato de serem adolescentes e viverem em condições adversas já pode significar o risco de ocorrer certo relacionamento com a violência, seja como vítima ou no cometimento de atos infracionais. Sua condição de vulnerabilidade faz com que a possibilidade do envolvimento com a violência faça parte de seu cotidiano. De outra parte, também a violência atinge outros níveis sociais, o que permite a reflexão de que a cultura da violência, ou de resolver conflitos com violência, não está restrita ao segmento social da pobreza. Ao contrário, ultrapassa os limites econômicos estabelecidos na sociedade e está disseminada no conjunto das relações de poder e dominação.

No entanto, em uma perspectiva emancipatória, de valorização da vida e de inclusão social da juventude brasileira, o enfrentamento da problemática da violação de direitos que envolve esta parcela da população, deve contemplar formas de garantir políticas públicas inclusivas. Alternativas de geração de renda, incentivos a projetos de vida, oportunidades de visibilidade social positiva, vinculações, reconhecimento e pertencimento social, são algumas das estratégias que podem ser adotadas no sentido de garantir os direitos desta parcela da população.

O desafio está em potencializar iniciativas que estão sendo praticadas pelos diversos movimentos, mobilizações e experiências positivas de políticas públicas, por vezes isoladas, mas que podem ser percebidas em todos os cantos deste País. De outra parte, o desafio implica na necessidade da atuação de todos os segmentos sociais no sentido de melhorar a realidade da juventude, o que tem como significado não apenas uma perspectiva de projeto para a juventude, mas para todos.

Referências bibliográficas

- ATHAYDE, Celso; BILL, MV; SOARES, Luis Eduardo. *Cabeça de porco*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.
- ARIÈS, Philippe. *História social da criança e da família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1981.
- ASSIS, Simone Gonçalves de. *Traçando caminhos em uma sociedade violenta*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 1999.
- ASSIS, Simone Gonçalves; AVANCI, Joviana Quintes. *Labirinto de espelhos. formação da auto-estima na infância e na adolescência*. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2004.
- BHABHA, Homi K. *O local da cultura*. Belo Horizonte. UFMG, 2005.
- BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.
- BECK, Ulrich. *La sociedad Del Riesgo: hasta una nueva modernidad*. Buenos Aires: Paidós, 1998.
- CASTEL, Robert. *A discriminação negativa*. Cidadãos ou autoclaves? Trad. Francisco Morás. Petrópolis: Vozes, 2008.
- DATA SUS – a partir de informações coletas em 2006 e 2007.
- FERREIRA, Berta Weil. Adolescência na teoria psicanalítica. In: *Educação*. Ano XX, nº. 32. Porto Alegre: EDIPUC/RS, 1997 (159-168).
- GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4 ed. Trad. de Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.
- HONNETH, Axel. *Luta pelo reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

IBASE;POLÍS. *Juventude brasileira e democracia: participação, esferas e políticas públicas*. Relatório Final de pesquisa. Rio de Janeiro: IBASE;POLIS, 2005.

KARAN, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasia*. 2º ed., Rio de Janeiro: Luam, 1993.

MAFFESOLI, Michel. Tribalismo pós-moderno: da identidade às identificações. In: *Ciência Sociais UNISINOS*, 43(1), janeiro/abril. São Leopoldo: UNISINOS, 2007 (97-102)

NÚCLEO DE ESTUDOS DA VIOLÊNCIA (NEV) DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Homicídios de crianças e jovens no Brasil – 1980-2002*. São Paulo: USP, 2006.

OST, François. *O tempo e o direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

OUTEIRAL, José. Adolescência: modernidade e pós-modernidade. In: WEINBERG, Cybelle. *Geração Delivery: adolecer no mundo atual*. São Paulo: Sá, 2001 (13-28).

Relatório das Nações Unidas sobre a Violência na Infância Brasileira, 2006, que publica dados cuja fonte primária é o Ministério da Saúde. Publicados na *Folha de São Paulo*, em 15 de outubro de 2006.

SALES, Mione Apolinario. (in) *Visibilidade perversa, adolescentes infratores como metáfora da violência*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A gramática do tempo*. Para uma nova cultura política. Porto: Editora Afrontamento, 2006.

SOARES, Luiz Eduardo; MILITO, Cláudia; SILVA, Hélio R. S. Homicídios dolosos praticados contra crianças e adolescentes do Rio de Janeiro. In: _____ e colaboradores. *Violência e Política no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ISER, 1996, p. 189-215.

SUDBRAK, Maria de Fátima Olivier. *Adolescentes e transgressão: grupos de socialização, margem e desvio*. Texto inédito produzido para fins didáticos do Curso Extensão Universitária no Contexto da Educação Continuada do Sistema Socioeducativo do Distrito Federal. Universidade de Brasília, 2009.

SUDBRAK, Maria de Fátima Olivier. *O papel da família e da escola na formação da adolescência*. Texto inédito produzido para fins didáticos do Curso Extensão Universitária no Contexto da Educação Continuada do Sistema Socioeducativo do Distrito Federal. Universidade de Brasília, 2009.

TEJADAS, Silvia da Silva. *Juventude e ato infracional: As múltiplas determinações da reincidência*. Porto Alegre: Edipuc, 2008.

WEINBERG, Cybelle. *Adolescer no mundo atual*. In. _____. *Geração Delivery: adolescer no mundo atual*. São Paulo: Sá, 2001, p. 8-11.

ZALUAR, Alba. *A máquina e a revolta*. As organizações populares e o significado da pobreza. Brasiliense, 2º ed. São Paulo: 1994.

DIREITOS HUMANOS E O USO PROGRESSIVO DA
FORÇA. NOVAS TECNOLOGIAS A SERVIÇO DAS
FORÇAS DE SEGURANÇA PÚBLICA COMO
FERRAMENTAS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS DA PESSOA HUMANA*

*HUMAN RIGHTS AND PROGRESSIVE USE OF POWER.
PUBLIC SECURITY POWER THROUGH NEW
TECHNOLOGIES AS DEVICE FOR PROTECTION TO
HUMAN BEING'S CONSTITUTIONAL RIGHTS*

*Jorge Amaral dos Santos**
*Patrícia Messa Urrutigaray***

Resumo: Neste trabalho trataremos sobre as inovações tecnológicas colocadas a serviço da proteção dos direitos humanos, no tema da segurança pública. Os envolvidos na fiscalização e guarda de pessoas e patrimônio, ou seja, as instituições policiais, guardas municipais e penitenciárias, devem pautar seus atos de modo a observar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Em uma sociedade conflitante como a nossa, as situações de violência e conflito armado são parte do cotidiano e as instituições encarregadas pela manutenção da ordem e aplicação da lei tem uma responsabi-

* Trabalho desenvolvido na disciplina de Novas Tecnologias, Direitos Intelectuais e Políticas Públicas.

** Policial Rodoviário Federal. Mestrando da Linha de Pesquisa Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz – UNISC.

*** Mestranda da Linha de Pesquisa Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz – UNISC.

lidade direta nesse sentido. Em um mundo globalizado e cada vez mais complexo surge a necessidade de novas doutrinas de trabalho e mudanças de paradigmas. Desenvolvem-se então novas ferramentas tecnológicas as quais, quando postas a serviço da paz social, vêm a contribuir de forma significativa com a atividade de segurança pública, na busca pelo oferecimento de segurança à sociedade tendo, com a sua aplicação, um mínimo de lesividade possível àqueles indivíduos inseridos nesse contexto. Novas doutrinas surgiram, como a do “uso progressivo da força”, e com elas o desenvolvimento de novas tecnologias capazes de fazer frente a questões de enfrentamentos na realidade da segurança pública. Trataremos especificamente da tecnologia chamada dispositivos de condução de energia (DCE), conhecida como “pistola de choque” ou “Taser”, dispositivo esse utilizado como instrumento de controle em situações de não-violência, violência iminente ou violência moderada, onde a utilização da força física se torna inadequada e o uso de armamento letal se mostra desproporcional e desprovido de razoabilidade.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Novas tecnologias; Segurança Pública.

Abstract: In this work we will treat about the technological innovations put to service of the protection of the human rights, in the public safety's theme. Involved them in the fiscalization and people's guard and patrimony, in other words, the institutions policemen, municipal and penitentiary guards, they should rule their way actions to observe the respect to the human person's fundamental rights. In a conflicting society as ours, the violence situations and they are conflict part of the daily and the institutions entrusted by the maintenance of the order and application of the law has a direct responsibility in that sense. In a world globalized and more and more compound appears the need of new work doctrines and changes of paradigms. They grow new technological tools then the ones which,

when put to service of the social peace, they come to contribute in a significant way with public safety's activity, in the search for safety's offer to the society tends, with his/her application, a minimum of possible hurt to those individuals inserted in that context. New doctrines appeared, as the one of the progressive "use of the force", and with them the development of new technologies capable to do front to approach subjects in the public safety's reality. We will specifically treat the technology called devices of transport of energy (DCE), known as shock "pistol or "Taser", device that used as control instrument in no-violence situations, imminent violence or moderate violence, where the use of the physical force becomes inadequate and the use of lethal armament is shown disproportionate and without reasonableness.

Keywords: Constitutional Rights; New Technologies; Public Safety.

Introdução

Trataremos sobre as inovações tecnológicas colocadas a serviço da proteção dos direitos humanos, daquelas pessoas que se encontram temporariamente sob a tutela do Estado. A fixação de uso corrente na rotina de trabalho dos atores envolvidos na seara da segurança pública, mormente aqueles responsáveis pela fiscalização e guarda, tanto de pessoas como de patrimônio, isto é, as diversas instituições policiais, guardas municipais e penitenciárias, no que se relaciona ao tratamento de pessoas requer a observância do respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Em uma sociedade conflitante como a nossa, as situações de violência e conflito armado são parte da realidade cotidiana e as instituições encarregadas pela manutenção da ordem e aplicação da lei possuem responsabilidade direta no sentido de respeito aos direitos humanos.

Esse tema traz consigo a necessidade de novas doutrinas de trabalho e com isso o desenvolvimento e aplicação de novas ferramentas tecnológicas que, postas a serviço da paz social, acabam por contribuir de forma significativa com a atividade de segurança pública, na busca pelo oferecimento de segurança à sociedade, tendo como “efeito colateral” o mínimo de lesividade possível àqueles indivíduos insertos nesse contexto. Na esteira desse pensamento desenvolveram-se doutrinas como a do “uso progressivo da força” e com isso o surgimento de novas tecnologias capazes de fazer frente a questões de quase-violência e violência propriamente dita, onde dispositivos não-letais são utilizados em substituição ao uso de armas de fogo. Recentemente começou a ser inserida, na realidade policial e de guarda, uma nova tecnologia conhecida como dispositivo de condução de energia (DCE), “pistola de choque” ou “Taser”. Trata-se de um dispositivo a ser usado como instrumento de controle em situações que pedem uma ação mais segura de parte do agente público, quando a força física é ineficaz e o uso de arma de fogo é desproporcional, tendo-se como resultado o possível controle da situação sem a gravidade de ferimentos por arma de fogo.

1. Os Direitos Humanos e o uso progressivo da força

A proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana foi plantada, no seio das diversas sociedades ocidentais, paulatinamente através dos tempos e pode se resumir, numa ótica de relação direta Estado-cidadão, na “proteção dispensada às pessoas contra abusos cometidos pelo Estado, por meio de seus agentes, instituições e mecanismos”. Essa proteção se dá com a existência de direitos e garantias positivados nos mais diversos ordenamentos legais.

A Constituição Federal brasileira traz em seu bojo diversos direitos e garantias inerentes ao homem e elenca em seu artigo primeiro o princípio da *dignidade da pessoa humana*. Juntamente com nossa Lei Maior há vários dispositivos internacionais tratando desse tema, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica.

Ao tratar da segurança pública a Constituição de 1988 trouxe, em seu artigo 144, as disposições que lhe são inerentes: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”. Assim, as atividades preventivas e de detecção de crimes e contravenções estão, em uma primeira visão, na esfera da atividade policial. Essas atividades devem ser pautadas pela observância de várias premissas, entre elas a do respeito pela dignidade, honra e privacidade do ser humano.

Também nas Normas internacionais, além dos dispositivos já citados, há o Código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei – Resolução nº 34/169, da Organização das Nações Unidas, de 1979, o qual é tido como uma ferramenta orientadora aos governos no sentido de tratar questões atinentes aos direitos humanos nessa temática.

Esse texto traz diversas orientações de sentido principio lógico atinentes ao exercício da atividade, como em seu artigo primeiro:

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem sempre cumprir o dever que a lei lhes impõe, servindo a comunidade e protegendo todas as pessoas contra atos ilegais, em conformidade com o elevado grau de responsabilidade que a sua profissão requer.¹

Ainda nesse ordenamento encontramos o *respeito e a proteção à dignidade da pessoa humana* (art. 2º), o *emprego da força em modo*

1 Art. 1º da Resolução n. 34/169 da ONU, em 17.12.1979. – na página 3 “os funcionários responsáveis pela aplicação da lei...”

estritamente necessário e em medida proporcional (art. 3º), a expressão proibição a qualquer ato de tortura ou tratamento ou pena cruel, desumano e degradante (art. 5º) e a garantia de proteção da saúde de todas as pessoas que estejam sob a guarda de funcionários responsáveis pela aplicação da lei (art. 6º).

O ex-secretário nacional de segurança pública, professor Ricardo Balestreri, sabiamente pontua o tema.

Os operadores diretos de Segurança Pública – policiais, bombeiros, guardas municipais, agentes penitenciários – são entes de tal importância para a manutenção de culturas democráticas de direitos, são agentes tão impactantes na consciência e também no inconsciente popular, que deles não se pode pedir apenas que respeitem os direitos humanos (...) cabe-lhes, muito além, coprotagonizar a promoção dos direitos humanos, cômicos de que são agentes proponentes de uma cultura moral, balizadores imprescindíveis das condutas coletivas, contendores de desvios individuais e grupais que atacam os direitos e garantias do conjunto da sociedade e das pessoas dos cidadãos (...) Precisamos intensificar esforços no sentido da construção de uma cultura permanente de direitos humanos, justiça e paz. Não há outra forma de fazê-lo a não ser através da educação.²

Quando se trata do exercício da atividade policial temos que o objetivo principal, ao menos em uma visão superficial, é o de prevenção e repressão ao crime. Entretanto o labor policial envolve muito mais que essa simples conceituação, envolve ainda o trabalho voltado à proteção e auxílio ao cidadão, nas mais diversas faces que isso possa representar, desde a prisão de um criminoso que ameaça a paz social, passando pela prestação de serviços (por exemplo: ministrar palestras educativas em escolas, fábricas, etc.), até o socorro a vítimas de acidentes de trânsito. Cremos que, ao cidadão comum do povo, a entidade “polícia” é a primeira instituição que lhe vem à mente quando da ocorrência de situações de crise.

2 Cartilha de Direitos Humanos. Ricardo Balestreri. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/cartilha_balestreri/index.html>. Acesso em: 13 Nov 2011.

Na esteira desse entendimento, de que o verdadeiro e importante trabalho do servidor da segurança pública é o de servir e proteger a sociedade, vem surgindo novas tecnologias que trazem a possibilidade de se amenizar os efeitos decorrentes de conflitos entre cidadãos e agentes estatais, no embate diário de prevenção e repressão a ilícitos perpetrados no âmbito da sociedade.

No contexto do uso da força para garantir a paz social e na perseguição do bem comum do povo, o Estado detém, por meio de seus agentes – aqui qualificados como os atores públicos da segurança pública – a legalidade e a legitimidade para se utilizar da força, se necessário, na busca dos propósitos legais para a aplicação da lei. É a violência legítima (praticada pelo Estado de modo a garantir a paz social) na contenção da violência ilegítima praticada pelo cidadão em detrimento de outros cidadãos.

Assim, o uso da força por parte do servidor público nada mais é do que uma intervenção compulsória desse agente estatal sobre a pessoa ou grupo de pessoas, no sentido de se fazer cessar determinada conduta tida como ilícita, em cumprimento de determinado *mandamus* emanado por autoridades, ou ainda para preservar ou proteger direitos e evitar um mal maior. Desse modo, de acordo com o que nos ensina o Professor Wladimir Correa, o uso progressivo da força:

Consiste na seleção adequada de opções de força pelo policial em resposta ao nível de submissão do indivíduo suspeito ou infrator a ser controlado (...) O Estado investe na seleção do cidadão, dando-lhe formação e treinamento de forma a outorgar-lhe autoridade e poder para que possa ser reconhecido como encarregado da aplicação da lei. A autoridade e o poder dados a este cidadão e agora policial são muito grandes, e em nome de uma vida, um policial, no desempenho de suas atividades, poderá até retirar a vida de outro cidadão. Nas sociedades mais democráticas, observa-se que a autoridade dos representantes do poder público está intimamente relacionada as suas obrigações, evidenciando que o uso da força está subordinado ao interesse coletivo, servindo até mesmo como medidor de desenvolvimento social.³

3 CORRÊA, Marcelo Wladimir. Uso legal da força. SENASP/MJ. Fábrica de Cursos: 2009. Disponível em: <http://200.238.112.36/capacitacao/arquivos/UsoprogressivoForca_completo.pdf>. Acesso em 07 nov 2011.

Tecnicamente o encontro entre o agente estatal e o cidadão deve seguir uma sequência lógica de causa e efeito, onde o agente segue uma percepção de risco por meio das atitudes tomadas pelo cidadão. Esse conjunto de ferramentas que auxiliam na escolha de técnicas ou do nível de força a ser utilizado pelo agente conceitua-se de “uso progressivo da força”. Assim, temos a atitude do cidadão e o nível de resposta do agente, cuja divisão se dá em vários níveis. Normalidade x presença física: é a situação de rotina no ambiente onde não há necessidade de intervenção do agente. Cooperativo x verbalização: há uma suspeição, no entanto o cidadão é positivo e submisso às determinações do agente, não oferecendo resistência. Resistente passivo x controles de contato: o cidadão oferece um nível preliminar de insubmissão, a resistência é passiva não se oferecendo resistência física às determinações do agente, porém não acata as determinações, fica parado, resiste sem reagir, sem agredir. Resistente ativo x técnicas de submissão: a resistência do cidadão é ativa, há o desafio físico. Agressão não-letal x táticas defensivas: a tentativa do agente de obter uma submissão à lei se embate com a resistência ativa e hostil do cidadão, seguindo a um ataque físico deste ao agente ou àqueles próximos do local. Agressão letal x força letal: ameaça à vida do povo ao redor e do agente público, o agente pode concluir, razoavelmente, que vidas estão em risco ou que haja grande possibilidade de danos físicos aos envolvidos naquela intervenção.

A técnica de uso progressivo da força é como uma via de mão dupla, onde a resposta do cidadão à determinada ação do agente determinará os procedimentos deste. Entretanto, também pode haver uma regressão a um nível de menor graduação de força, quando houver uma resposta adequada.

Todavia, esse uso da força há que ser legal e legítimo. Legal no sentido de que o executor de determinada medida há de ter como baliza os teores da Lei e legítimo na forma em que, ao agir dentro

da legalidade, ética, necessidade e proporcionalidade o agente estará realizando aquele ato de modo justificável perante a sociedade o que, em última análise, se traduz na legitimidade da conduta.

Assim, temos como Normas sobre o “uso da força” dois ordenamentos internacionais. O Código de Conduta para os Encarregados da Aplicação da Lei – CCEAL – e Princípios Básicos sobre Uso da Força e Armas de Fogo – PBUFAF. O Código de Conduta trata em seu artigo terceiro diretamente sobre o uso da força, “os policiais só podem empregar a força quando tal se apresente estritamente necessário, e na medida exigida para o cumprimento do seu dever”. Já os Princípios básicos sobre uso da força e armas de fogo, adotados no 8º Congresso da ONU sobre a prevenção do crime e o tratamento de infratores, em 1990 em Havana, traz normas orientadoras aos Estados membros sobre o papel de agentes da segurança pública.

[...] convida os Estados membros a tomarem em consideração e a respeitarem os Princípios Básicos no quadro das respectivas legislação e prática nacionais; 4. Convida igualmente os Estados membros a submeterem os Princípios Básicos à atenção dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei e de outros membros do poder executivo, de magistrados, advogados, órgãos legislativos e do público em geral; [...] 6. Apela aos Governos para que promovam a organização, a nível nacional e regional, de seminários e cursos de formação sobre a função de aplicação da lei e sobre a necessidade de limitar a utilização da força e de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei.⁴

Esse ordenamento explicita, em suas considerações a respeito dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei, a importância destes servidores no contexto cotidiano da sociedade, revelando que o preparo e as ações realizadas por esses agentes reflete o grau de desenvolvimento social da comunidade onde estão inseridos.

4 Item 3 do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/codetica_diversos/onu.html>. Acesso em 05 Nov 2011.

Considerando que o trabalho dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei representa um serviço social de grande importância e que, conseqüentemente, há que manter e, se necessário, aperfeiçoar, as suas condições de trabalho e o seu estatuto. Considerando que a ameaça à vida e à segurança dos funcionários responsáveis pela aplicação da lei deve ser considerada como uma ameaça à estabilidade da sociedade no seu todo. Considerando que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei têm um papel essencial na proteção do direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa, tal como garantido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e reafirmado no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Considerando que as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos prevêm as circunstâncias em que os funcionários prisionais podem recorrer à força no exercício das suas funções. Considerando que o artigo 3.º do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei dispõe que esses funcionários só podem utilizar a força quando for estritamente necessário e somente na medida exigida para o desempenho das suas funções.⁵

Outro ponto importante é o da necessidade de desenvolvimento de armas incapacitantes não-letais para restringir a aplicação de meios capazes de causar mortes e ferimentos:

Os Governos e os organismos de aplicação da lei devem desenvolver um leque de meios tão amplos quanto possível e habilitar os funcionários responsáveis pela aplicação da lei com diversos tipos de armas e de munições, que permitam uma utilização diferenciada da força e das armas de fogo. Para o efeito, deveriam ser **desenvolvidas armas neutralizadoras não letais**, para uso nas situações apropriadas, tendo em vista limitar de modo crescente o recurso a meios que possam causar a morte ou lesões corporais. [...] 3. O desenvolvimento e utilização de **armas neutralizadoras não letais** deveria ser objeto de uma avaliação cuidadosa, a fim de reduzir ao mínimo os riscos com relação a terceiros, e a utilização dessas armas deveria ser submetida a um controle estrito.⁶

5 Item “considerações” do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/codetica_diversos/onu.html>. Acesso em: 05 Nov 2011.

6 Item 2 do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/codetica_diversos/onu.html>. Acesso em: 05 Nov 2011.

Ainda, quanto ao uso de arma de fogo, segue a orientação de que essa utilização deve ser considerada medida extrema, onde aquele agente responsável pela aplicação da lei tem de analisar se, em dada situação, existem outros meios menos gravosos que possam ser utilizados de modo a se conseguir o objetivo almejado (adequação).

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei, no exercício das suas funções, devem, na medida do possível, recorrer a meios não violentos antes de utilizarem a força ou armas de fogo. Só poderão recorrer à força ou a armas de fogo se outros meios se mostrarem ineficazes ou não permitirem alcançar o resultado desejado. 5. Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem: a) Utilizá-las com moderação e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar; b) Esforçar-se por reduzir ao mínimo os danos e lesões e respeitarem e preservarem a vida humana; c) Assegurar a prestação de assistência e socorros médicos às pessoas feridas ou afetadas, tão rapidamente quanto possível; d) Assegurar a comunicação da ocorrência à família ou pessoas próximas da pessoa ferida ou afetada, tão rapidamente quanto possível.⁷

No campo do Direito interno temos as *causas de exclusão de ilicitude* - estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito, art. 23 do Código Penal, e o *indispensável emprego da força* (Código de Processo Penal):

Código de Processo Penal - Art. 284. Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso. Art.293. Se o executor do mandado verificar, com segurança, que o réu entrou ou se encontra em alguma casa, o morador será intimado a entregá-lo, à vista da ordem de prisão. Se não for obedecido imediatamente, o executor convocará duas testemunhas e, sendo dia, entrará à força na casa, arrombando as portas, se preciso; sendo noite, o executor, depois da intimação ao morador, se não for atendido, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombará as portas e efetuará a prisão.⁸

7 Item 4 do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/codetica_diversos/onu.html>. Acesso em: 05 Nov 2011.

8 BRASIL. Código de Processo Penal. Lazzarini, Alvaro. Editora: Rt 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Ainda, as causas de exclusão de crime, art. 42 do Código Penal Militar, e o caso de busca e emprego da força no Código de Processo Penal Militar:

Código de Processo Penal Militar - Art. 231. Se o executor verificar que o capturando se encontra em alguma casa, ordenará ao dono dela que o entregue, exibindo-lhe o mandado de prisão. Parágrafo único. Se o executor não tiver certeza da presença do capturando na casa, poderá proceder à busca, para a qual, entretanto, será necessária a expedição do respectivo mandado, a menos que o executor seja a própria autoridade competente para expedi-lo. Art. 232. Se não for atendido, o executor convocará duas testemunhas e procederá da seguinte forma: a) sendo dia, entrará à força na casa, arrombando-lhe a porta, se necessário; b) sendo noite, fará guardar todas as saídas, tornando a casa incomunicável, e, logo que amanheça, arrombar-lhe-á a porta e efetuará a prisão.⁹

Há também algumas regulamentações no âmbito interno das corporações, como é o caso da polícia militar de Minas Gerais, onde “o policial militar pode e deve fazer uso da força, no desempenho de sua missão, de forma tal que esse uso não vá além do necessário e chegue a configurar o excesso ou uma ação policial violenta”.¹⁰

Em casos de uso da força o agente deve respeitar o ser humano qualquer que seja sua condição, observar a legalidade de seus atos tendo a consciência de que qualquer abuso será reprimido, deve ter em mente que a violência desnecessária ou arbitrária gera várias consequências indesejáveis, tais como mais violência e descrédito perante a opinião pública, e que o uso legal e legítimo da força é ferramenta capaz de colaborar, em última análise, para situações de pacificação social no âmbito da comunidade.

O uso legítimo da força, pautado pela legalidade e pela técnica, na exata medida de sua necessidade, em uma sociedade tão desigual como a nossa, jamais poderá estar a serviço da opressão e “a

9 BRASIL. *Código de processo penal militar*. . Lazzarini, Alvaro. Editora: Rt 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

10 Ibidem.

fronteira entre a força e a violência é delimitada, no campo formal, pela lei, no campo racional pela necessidade técnica e, no campo moral, pelo antagonismo que deve reger a metodologia de policiais e criminosos”.¹¹

2. As Novas Tecnologias nas forças de Segurança Pública

O tema da inovação ganhou espaço na agenda nacional nos últimos anos e é objeto de consistente ativismo político desde o final da década de 1990. As políticas de Estado no Brasil têm sido efetivas no desenvolvimento da ciência e da tecnologia, especialmente no aspecto acadêmico.

No campo da segurança pública a década de 1988 foi fértil no sentido de mudanças de paradigmas. Com a Constituição Federal de 1988 iniciou-se um novo modelo de Estado, abandonando-se o Estado-policial onde as forças policiais eram tidas como a longa manus da Administração pública no sentido de repressão das massas, haja vista o estado de exceção atravessado pelo país (ditadura militar), passando-se a construir uma imagem de agentes de segurança pública com doutrinas voltadas ao respeito aos direitos humanos do cidadão brasileiro. Assim, paulatinamente novas realidades foram sendo construídas e o advento de novas tecnologias teve e tem papel importante nessa contemporaneidade.

Entre as inovações tecnológicas nessa seara – dispositivos não-letais de segurança - podemos citar o spray ou espuma de pimenta e dispositivos de condução de energia.

Forças de segurança pública no mundo inteiro vêm adotando a arma Taser como ferramenta para controle de situações onde o uso de força física é ineficaz e a arma letal é desproporcional. São algo

¹¹ Ibidem.

em torno de meio milhão de armas Taser em uso no mundo, e no Brasil temos de cerca de 8 mil armas atualmente. Elas estão sendo usadas pela Polícia do Senado Federal, Polícia Legislativa da Câmara dos Deputados, Polícia Federal, Força Nacional de Segurança Pública, Polícia Rodoviária Federal, Tribunal de Contas da União, diversos tribunais de justiça, Ministério Público da União, Superior Tribunal de Justiça, Marinha do Brasil e Polícias Militares e Cíveis de quase todos os Estados da Federação, além de inúmeras Guardas Municipais.

A utilização desse dispositivo se dará quando se desejar incapacitar um indivíduo, normalmente em casos de agressão contra terceiros, contra o agente estatal, contra o próprio indivíduo (tentativa de suicídio) ou em casos de fuga ou evasão. Essa incapacitação tem a finalidade de permitir que o agente público atue, de forma a proceder à imobilização da pessoa, quer seja utilizando algemas ou outro meio eficaz.

A função dessa ferramenta é incapacitar a pessoa, por meio de descarga de impulsos elétricos que “enganam” o cérebro, conforme Paulo Rogério R. Luz:

Armas TASER são armamentos não-letais que emitem impulsos elétricos na forma de ondas, com o mesmo formato das ondas cerebrais. Armas TASER não são aparelhos de choque, pois, ao contrário destes, não se baseiam na dor para subjugar um suspeito. Armas TASER são os únicos armamentos não-letais capazes de instantaneamente paralisar e derrubar um suspeito, não importando se este seja forte, resistente ou esteja drogado ou embriagado. Nenhum outro armamento não-letal é capaz disso. A eficiência das armas TASER não se baseia, portanto, na dor ou no impacto, mas, sim, na forma de onda de seus impulsos elétricos. Na verdade, a arma TASER ‘engana’ o corpo humano que, ao ser atingido, interpreta a energia emitida pela arma como se fosse uma ordem do cérebro, pois, as formas de onda são idênticas. O corpo prioriza a recepção dos impulsos elétricos da arma TASER, imaginando que se tratam de impulsos elétricos do cérebro. Ocorre que os impulsos elétricos do cérebro transportam comandos e os da arma TASER não. Assim, o corpo fica temporariamente sem receber ordens do cérebro e, sem comandos, o suspeito é imobilizado. [...] Na linguagem popular, as

pessoas costumam dizer que as armas TASER “deixam o cérebro falando sozinho”. Esta definição, embora popular, é absolutamente verdadeira, pois, o suspeito não desmaia, não perde os sentidos, fica vendo, ouvindo e raciocinando perfeitamente, mas perde o controle sobre o corpo, logo, não consegue atacar ou fugir. As armas TASER são, sobretudo, equipamentos tecnologicamente sofisticados que minimizam a possibilidade de risco, ou seja, foram desenvolvidas no objetivo de fornecer ao policial uma eficaz opção intermediária no uso da força.¹²

Esse dispositivo é similar a uma pistola de tamanho real e possui na parte frontal um cartucho em estrutura retangular de onde partem eletrodos em forma de “dardos”. O funcionamento dessa “arma” se dá como um mecanismo semelhante ao de armas de ar comprimido. Quando se puxa o gatilho a Taser aciona um cartucho de gás nitrogênio que se expande e gera pressão para que os eletrodos (“dardos” situados na ponta da Taser) sejam lançados à frente. Esses eletrodos permanecem ligados à “arma” por fios condutores e têm ganchos que se fixam nas roupas do “alvo”. Assim que ambos os eletrodos se prendem a corrente de energia é transferida pelos fios ao agressor – o funcionamento só ocorrerá se ambos os dardos atingirem o corpo da pessoa. Então o agressor recebe uma descarga elétrica de 50.000 volts e é imobilizado prontamente.

O alcance dos “dardos” é de aproximadamente 10 metros e eles são lançados a uma velocidade de 60 metros por segundo. Entretanto, essa “descarga elétrica” não causa dor, como se fosse um aparelho de choque, mas sim uma completa imobilização da pessoa pelo tipo de onde elétrica que utiliza. A pessoa cai ao solo e normalmente fica na posição fetal. O agente executor tem a possibilidade do controle de tempo da descarga, pois com os “dardos” fixados ao corpo da pessoa esta passa a receber a descarga elétrica por cinco segundos e, caso o agente continue pressionando o gatilho, a cada 1,5 segundos haverá nova descarga. Todavia não se recomenda tempo maior de 5 segundos.

12 LUZ, Paulo Rogério R. O Que São Armas Taser? Disponível em: <http://www.abilitybr.com.br/projetos/o_que_sao_armas_taser.pdf>. Acesso em: 12 nov 2011.

O funcionamento da Taser é através de pilhas, a descarga elétrica de 50.000 volts é produzida por meio de condensadores e transformadores que utilizam 8 pilhas AA de 1,2 volts inseridas no cabo do dispositivo, e para um novo disparo há necessidade da troca do cartucho.

A tecnologia de imobilização desse dispositivo está na alta voltagem, a qual não é tão danosa ao organismo quanto a amperagem. Em termos comparativos, se uma pessoa recebe um choque de tomada comum de parede (110 volts) receberá uma carga de 16,0 amperes; um choque de uma mini lâmpada de árvore de natal equivale a 1,0 ampere; já uma descarga de Taser equivale a 0,004 ampere. Então o que faz essa “arma” derrubar várias pessoas ao mesmo tempo - durante instruções para capacitação dos agentes públicos ao uso da Taser estes recebem uma descarga e, às vezes, vários agentes se dão as mãos para receber uma única descarga, todos caem ao solo - e até imobilizar touros de rodeio? É a forma da onda elétrica utilizada, idêntica à cerebral, por seus impulsos elétricos de alta voltagem.

Existe ainda o controle do uso dessa “arma”. Para fins de auditoria ela tem uma memória digital com capacidade para armazenar a data, hora, minuto e segundo dos últimos 585 disparos (ou 1500 disparos, dependendo do modelo da Taser) e no momento do disparo também expele vários confetes com o número de série do cartucho que foi disparado. Esses confetes de marcação são lançados e ficam espalhados na cena do disparo, bastando o recolhimento de apenas um deles para se verificar a qual entidade pública ele pertence e rastrear para saber qual agente recebeu aquele cartucho. Mesmo que o cartucho de eletrodos não tenha sido conectado à Taser, existe a possibilidade de se verificar os dados de data-hora de cada acionamento do gatilho da arma.

Apesar da terminologia “não-letal” é necessário dizer que tal dispositivo já causou mortes em alguns casos. Há informações (dados da Anistia Internacional, a principal contestadora do uso dessa

tecnologia) de que nos EUA teriam ocorrido mais de 330 mortes desde 2001. Porém ali as informações sobre essas vítimas são de que elas também estavam sob efeito de drogas. Há registros de mortes também no Canadá.

O que deve ser considerado de relevantíssima condição para o uso desse instrumento é, sem dúvida, o preparo do agente que o utilizará. A cada nova descarga no corpo da pessoa aumenta-se a chance de um possível dano cardíaco. Assim, um agente que é preparado e conhecedor de sua função, em situações de uso da ferramenta deve ter condição de mensurar a necessidade do tempo da descarga, agindo rapidamente para o controle da situação e evitando possíveis danos desnecessários.

Considerações finais

As ações policiais rotineiras, no cotidiano da segurança pública, e ainda quanto à guarda de patrimônio e vigilância de pessoas, necessitam de uma ferramenta alternativa ao uso da arma de fogo. Não raro têm-se notícias de que o emprego da arma de fogo pelo agente estatal resultou em ferimentos ou mortes desnecessários. Vários episódios na nossa história ilustram essa situação, como o massacre do Carandiru, Eldorado de Carajás, fugas de abordagens policiais e tantos outros acontecimentos em que o uso da arma de fogo foi desproporcional.

A proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana começa, essencialmente, na proteção à vida. Essas novas tecnologias que estão sendo postas a serviço da dignidade humana, no campo da segurança pública, trazem consigo essa capacidade de, em situações de conflito, se poder optar pelo uso de instrumentos que não tenham um potencial tão lesivo quanto uma arma de fogo.

Em uma certa situação dada, onde haja a possibilidade de intervenção do agente estatal e esse tenha a necessidade de, de alguma, forma fazer uso da força, se estiver ao seu alcance a possibilidade de utilização de um dispositivo de condução de energia certamente não se fará, em um primeiro momento, a opção pelo uso de arma de fogo. Dessa ação poderá resultar uma administração do conflito de forma minimamente lesiva aos envolvidos e, em última análise, vidas poderão ser poupadas ou tragédias poderão ser evitadas. Assim, essa ferramenta vem para suprir uma lacuna até então existente quanto ao uso da força pelo agente do Estado, pois como já se afirmou, há situações de enfrentamento em que a força física é ineficaz e até contra-indicada, porém o uso de armamento letal é descabido e desproporcional.

Assim, cremos que essa inovação tecnológica está em sintonia com o rumo que segue o país, onde o serviço de segurança pública deve estar pautado pelo respeito aos direitos humanos, de forma a garantir-se o objetivo principal, a paz pública, com o mínimo de lesividade possível àquelas pessoas inseridas nesse contexto.

Referências bibliográficas

BALESTRERI, Ricardo Brisola. *Direitos humanos: coisa de polícia*. Passo Fundo, RS. CAPEC, Pasteur Editora: 1998.

BRASIL. *Código de processo penal*. Lazzarini, Alvaro. Editora: Rt 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

BRASIL. *Código penal militar*. Lazzarini, Alvaro. Editora: Rt 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011

Código de conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei - Resolução nº 34/169, Assembléia Geral das Nações Unidas, 17/12/1979. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/codetica/codetica_diversos/onu.html>. Acesso em: 05 Nov 2011.

CORRÊA, Marcelo Wladimir. *Uso legal da força*. SENASP/MJ. Fábrica de Cursos: 2009. Disponível em: <http://200.238.112.36/capacitacao/arquivos/UsoProgressivoForca_completo.pdf>. Acesso em: 07 nov 2011.

Diretrizes auxiliares de operações nº1, Polícia Militar de Minas Gerais, 1994. Disponível em: <https://www.pmmg.mg.gov.br/portal-pm/popUpload.action?act=getLoadImagem&contentTypeImage=m=application/octetstream&localImagem=/srv/uploadFCK/crs/File/PILOTO_2009/Doutrina%20de%20emprego/Gerenciamen-to%20de%20Crise.doc&fileName=Gerenciamento%20de%20Crise.doc>. Acesso em: 11 nov 2011.

LUZ, Paulo Rogério R. *O que são armas taser?* Disponível em: <http://www.abilitybr.com.br/projetos/o_que_sao_armas_taser.pdf>. Acesso em: 12 nov 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9 ed. rev. Ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Princípios básicos sobre uso da força e armas de fogo. Adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de Setembro de 1990. Disponível em: <<http://www.lgdh.org/Principios%20Basicos%20sobre%20a%20Utilizacao%20da%20Forca%20e%20Armas%20de%20Fogo%20pelos%20Funcionarios%20Responsaveis%20pela%20Aplicacao%20da%20Lei.htm>>. Acesso em: 09 Nov 2011.

ROVER, Cees de. *Para servir e proteger*. Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança. Manual para Instrutores. Traduzido por Sílvia Backes e Ernani S. Pilla. 4ª Edição: Comitê Internacional da Cruz Vermelha: Brasília, DF, 2005. Disponível em: <<http://www.cicr.org/por/assets/files/other/icrc-002-0698.pdf>>. Acesso em: 04 nov 2005.

SENNES, Ricardo Ubirici. BRITTO FILHO, Antônio (org). *Inovações tecnológicas no Brasil*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2011.

Técnicas e tecnologias de menor potencial ofensivo. Introdução ao Uso dos Dispositivos de Condução de Energia – DCE. SILVA, Jetson. SANTANA, Glauber. DIONÍSIO, Moisés. Ministério da Justiça. Departamento de Polícia Rodoviária Federal, 2010.

DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

DISCRETION AND LEGAL INTERPRETATION

*Mauricio Martins Reis**

Resumo: O artigo, ao analisar o conceito de discricionariedade, especialmente com base nas lições de Castanheira Neves, pretende problematizar alguns postulados hermenêuticos. O objetivo assegura refletir algumas consequências importantes para a interpretação jurídica e para a jurisdição constitucional.

Palavras-chave: Constituição. Discricionariedade. Interpretação jurídica. Jurisdição constitucional.

Abstract: The article, by analyzing the concept of discretion, especially based on the lessons of Castanheira Neves, intends to problematize some hermeneutical assumptions. The purpose ensures reflect some important consequences for interpreting legal and constitutional jurisdiction (judicial review).

Keywords: Constitution. Discretion. Legal interpretation. Judicial review.

* Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS, Doutorando em Filosofia pela PUCRS, Professor universitário (IMED, UNISINOS e FADERGS).

O artigo leva em consideração alguns postulados atualmente recorrentes no âmbito da hermenêutica constitucional e resolve, selecionando alguns, brevemente comentar algumas de suas implicações. Não há mais textos jurídicos onde não se vislumbrem aspectos, em maior ou menor profundidade, como a discricionariedade, os princípios constitucionais, a múltipla possibilidade de interpretações diante de um texto normativo, a ponderação, dentre outros tantos prismas conexos ao tema da aplicação ou concretização normativa. Realizaremos, por primeiro, uma abordagem acerca da discricionariedade, com esteio no filósofo português, catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Castanheira Neves, para então deduzir algumas conclusões sobre alguns outros postulados interpretativos, invariavelmente convocados no discurso acadêmico, porém dificilmente compreendidos se tomados numa ótica de harmonização coerente em direção à correspondente concretização para o mundo da vida.

A pergunta fundamental e elementar considerada por Castanheira Neves na sua notável digressão acerca do problema da discricionariedade perpassa por uma mais abrangente – e nevrálgica – perspectiva, qual seja, a aplicação do direito, com o que se pode dizer que a discricionariedade, nos termos da reflexão ora proposta, longe de se divorciar do paradigma hermenêutico da decisão justa (correta) ou constitucionalmente adequada, em verdade é transportada ao alcance de uma importante – e essencial – diferença ontológica ao predicado da arbitrariedade e não, como histórica e comumente se lhes costuma relacionar, por um equivocado sentido de antonomásia em vista de sua pretensa equivalência. Segundo Castanheira Neves, considerando ele tal nota como aspecto fundamental, há de se ver excluída a possibilidade de a discricionariedade se confundir com o arbítrio (mesmo tomada aquela no sentido comum do termo), especialmente por força da vinculação normativa “imposta pela própria ideia do Estado-de-Direito e pelos seus prin-

cípios constitucionais” (NEVES, 1995, p. 539). Nas palavras do filósofo, “o problema da discricionariedade surge deste modo solidário com o problema da objectividade metodológica do jurídico” (NEVES, 1995, p. 549). Prossegue o autor: “o que nos diz que no próprio problema da discricionariedade vai já hoje apontada a necessidade de uma revisão metodológica do sentido e estrutura da aplicação do direito” (NEVES, 1995, p. 550).

Ao afirmar que do ponto de vista da norma jurídica não se poderia supor uma única solução válida em abstrato, indaga o professor de Coimbra se “do ponto de vista do caso concreto continuará a ser aceitável uma pluralidade de soluções válidas, ou deverá antes ter-se por unicamente válida aquela decisão que lhe for concreta e materialmente adequada?” (NEVES, 1995, p. 544). Poderia o caso concreto, mais especificamente, admitir outra decisão “que não seja aquela que para ele for a única juridicamente adequada?” (NEVES, 1995, p. 544).

A gênese da discricionariedade, debatida preponderantemente em fartas linhas do direito administrativo, embora, nos dias atuais, celebrada a título de vinculação normativa (constitucional) nos moldes do Estado Democrático de Direito, a preterir a possibilidade de arbítrio, continuaria a ser definida pelo princípio da pluralidade de decisões válidas. E isto significa a impossibilidade metodológica de sustentar que a resposta do caso concreto seja a singularmente acertada, porque uma outra qualquer que se mantenha nos limites do vazio normativo ou da indeterminação ínsita à situação específica considerada seria tão adequada por força do invencível enquadramento da subjetividade convocada pela autoridade legitimada a decidir. A validade, pois, nada obstante a existência do controle do arbítrio por força das exigências formais, refratárias ao vício do comportamento fiscalizado, passaria necessariamente pelo aspecto da subjetividade (NEVES, 1995, p. 547), pela legitimação decisória anterior responsável por absolver uma qualquer resposta, desde que enquadrada na moldura flexível deixada pelos preceitos legais

envolvidos, de maneira a fazer supor a possibilidade de múltiplas respostas – equivalentes – para a concreta situação investigada.

Fato é que a discricionariedade vem referida por um distanciamento – uma provocada cisão – ao âmbito de aplicação no direito, subjazendo neste pressuposto metódico – epistemologicamente assente em estruturas do pensamento jurídico contemporâneo (positivismo legalista) – a identificação da juridicidade com a rasa subsunção interpretativa segundo a qual a decisão adequada (única) viria já delimitada *a priori* na própria regulação prescritiva da norma jurídica. Desta feita, em pólos opostos, reinam duas alternativas indesejáveis: apelar-se-ia à discricionariedade de respostas concorrentes – e corretas – aos casos concretos ou à descoberta da abstrata vontade legislativa insurgente da única decisão aceite como definitiva. A interpretação incorreria em relativismo na primeira opção e recairia em singela exegese semântica de acordo com o segundo termo. Desta feita, a aplicação do direito seria, respectivamente, banalizada (e, pois, desmerecida) como lacuna da subjetividade na figura do intérprete ou subsumida na anterior – e exauriente – dimensão da interpretação lingüística do ordenamento jurídico.

Importante referir que a crítica procedida por Castanheira Neves bem se dirige, assim, contra a tradicional bivalência opositora entre subsunção e discricionariedade, e, pois, dos baluartes ideológicos ora sedimentados, com o que não evitará de abordar seja a impossibilidade de interpretar objetivamente os casos reputados como discricionários, seja o déficit de domínio fixo alegadamente alcançado na circunscrição dos conceitos determinados e, pois, suscetíveis de (pretensa) inequívoca resolução. Castanheira Neves empreende, para o fito de sobrelevar a unicidade do problema quanto à discricionariedade numa unitária perspectiva abrangente de estirpe metodológica, a abraçar tanto a discricionariedade administrativa quanto a jurisdicional, um histórico quanto à evolução de uma e outra, para, enfim, abordá-la no centro da aplicação do direito ou,

noutros termos, à conexas problemática da interpretação jurídica, em cuja circularidade incorre, para fechar o círculo hermenêutico, um ponto de partida diverso ao ponto de chegada, conquanto a pré-compreensão, ainda que retomada, na realização geométrico-existencial do círculo, nos mesmos termos propositivos anteriormente assentados nesta predisposta situação hermenêutica de partida, seja inequivocamente repensada para efeito de conferir-lhe legitimidade autêntica diante da conatural reflexão – no direito, fundamentação – desta viragem em espiral. O histórico da discricionariedade administrativa (NEVES, 1995, p. 551-563) e da discricionariedade jurisdicional contenciosa (NEVES, 1995, pp. 566-576) vem analisado par e passo ao amadurecimento do Estado de Direito.

A interpretação jurídica, tema recorrente e abundantemente explorado por Castanheira Neves desde a publicação de sua tese de doutoramento, publicada em 1967 (*Questão de Facto – Questão de Direito*), da qual deflui em autônoma completude este formidável ensaio acerca da discricionariedade no respectivo parágrafo 15, terá importantes desdobramentos no bojo de uma proposta singular esposada pelo catedrático da Universidade de Coimbra ao longo de seus escritos, a desembocar no tomo específico sobre o tema, publicado em 2003, cuja contribuição será incomensurável ao enriquecimento – por força de suas contundentes críticas – da hermenêutica filosófica lastreada sobremaneira em Hans-Georg Gadamer. Ao déficit metodológico desferido contra o pensamento filosófico emancipado em *Verdade e Método*, a partir do qual se demonstraria a insuficiência de um modelo epistemológico de validade apto a consagrar a filtragem entre juízos autênticos e inautênticos, mormente na indelével exigência da adequada realização e aplicação do direito por intermédio da sua judicativa fundamentalidade decisória, é possível depreender, segundo o desenvolvimento teórico empreendido noutra lugar, já nas linhas antecessoras do lugar da hermenêutica em Martin Heidegger (e mesmo nas ressalvas de Castanheira Neves),

a concernência do problema da validade no seio da hermenêutica filosófica e, pois, de limites materiais quanto ao represamento de posições arbitrárias de mero capricho ou incontida subjetividade, a propiciar, então, um desenvolvimento norteado nas específicas questões relacionadas ao tema da interpretação jurídica, cujas conclusões em defesa de um constitucionalismo hermenêutico (decisões constitucionalmente adequadas) certamente são tributárias daquela importante contribuição – de autonomia digna a defender referidas temáticas jusfundamentais – na filosofia contemporânea.

O critério metodológico de demarcação da essência da discricionariedade continua a ser o dominante na doutrina especializada até hoje, influenciando nos presentes dias os cânones da interpretação e aplicação no direito, pela contumácia de requisitos objetivos – os conceitos legais ou os comportamentos relacionados à realização jurídica – a segmentar ora o espectro de decisões fungíveis, ora o esquema de soluções apodíticas (NEVES, 1995, p. 579). Não há dúvidas de que a proeminência do critério da inteligibilidade literal dos textos normativos, conforme sejam os correspondentes termos “claros” ou “nebulosos”, é a responsável pela revitalização do panorama da discricionariedade arbitrária nestes novos tempos do positivismo jurídico, ao qualificar a diferença entre texto e norma numa espécie de aprisionamento hermético desta por aquele, de cuja impossibilidade semântica de encaixe entre premissa maior e menor surge o espaço de livre decisão, absolvida pela competência da autoridade que encampa o decidir “autêntico” rumo a decisões indiferentes ou de equivalência fungível. Do quadro de classificações a que a discricionariedade resultou, no decurso histórico das contribuições dogmático-doutrinárias (NEVES, 1995, pp. 580-582), reivindicada nos moldes das proposições jurídicas prescritas em lei, por exemplo, através de orientações que admitem a decisão discricionária relativamente a todos os conceitos indeterminados ou apenas para os conceitos de valor, ou, ainda, que a reconhecem apenas na fixação

dos efeitos jurídicos (segregada da vinculada, e não-discricionária, determinação de pressupostos normativos), resulta, com grau de intensidade mais ou menos acentuado, o comum reconhecimento da “impossibilidade de cumprir inteiramente o postulado metodológico do Estado-de-direito legalista e do seu normativismo, o da aplicação apenas lógico-racional do direito” (NEVES, 1995, p. 581).

Ou seja, ainda que no bojo deficitário da exclusiva compreensão dos enunciados legais enquanto fórmulas de objetiva concretização de ordem semântica ou teleológica – pelo seu desprezo dissociado do próprio caso concreto decidendo –, a discricionariedade parece ter sido assumida como não mais inevitavelmente descartada diante da clarividência suposta dos textos normativos, quando antes eram estes, uma vez evidenciados como tais, dotados de convicção matemática suscetível de mera revelação ou constatação. Desde que se a entenda (a discricionariedade), evidentemente, como uma repercussão genuína da justaposição hermenêutica entre aplicar e interpretar, entre o problema prático do caso concreto decidendo – nesta sua exigibilidade fundamental da adequada decisão jurídica – e as relacionadas normas jurídicas de indissociável mediação interpretativa, dissonante, pois, do paradigma subjetivista de uma indiferença entre quaisquer respostas amortizadas no lacunar plexo de possibilidades deixadas a cargo do intérprete.

Seguem-se, assim, os principais contributos evidenciados pelo filósofo lusitano de que se poderá apropriar com contumácia no reclamo hermenêutico da interpretação conforme: que o problema da discricionariedade deve ser assumido metodologicamente nos quadros da aplicação do direito; que a sua genealogia, embora sujeita a indispensáveis aprimoramentos teóricos ao longo dos tempos, inequivocamente sempre se distanciou da arbitrariedade; que não há como deixar de assumir o problema da discricionariedade de maneira preponderantemente unitária entre o poder administrativo e o jurisdicional (contencioso); que a discricionariedade não se sub-

sume resolvida nos termos da legalidade prescrita nos códigos pela sua maior ou menor determinação lingüística; que a discricionariedade, enfim, está relacionada com a autonomia mediadora do juízo e com a específica (e singular) decisão concreta e, por conseguinte, resulta presente em toda a aplicação jurisdicional, sejam os dispositivos mais ou menos determinados do ponto de vista filológico. Esta última conclusão está explicitamente assumida ao final do texto, no arremate das conclusões do autor (NEVES, 1995, p. 594).

Com base em tais premissas, poderíamos levantar as seguintes reflexões.

1. A ponderação é uma característica das razões jurídicas, dos argumentos normativos, e não propriamente decorre da estrutura das normas, se regras ou princípios. Uma regra prevalecerá sobre um princípio ou um princípio prevalecerá sobre uma regra a depender da prevalência argumentativa da tese segundo os parâmetros constitucionais vigentes e levando-se em conta a resposta mais adequada ao caso sob julgamento, não apenas do ponto de vista prescritivo (esta interpretação merece prevalecer), mas, e sobremaneira, de acordo com uma lógica de rechaço das teses contrapostas eventualmente colidentes na situação ora posta.
2. O manejo dos princípios constitucionais jamais poderá ser intransitivo, ou seja, desacompanhado de razões que outorguem complementação argumentativa generalizável intersubjetivamente. Princípios assim reivindicados, isolados e ingenuamente clamados na vazia semântica de um estandarte, geram tantas e contraditórias interpretações quanto o silêncio de seus inexistentes argumentos permite procriar na vastidão imperscrutável do pensamento alheio.
3. A tese do limite textual ou gramatical da interpretação jurídica não pode antecipar a resposta à revelia do problema decidendo pendente de resolução. No limite, sua atuação argumentativa será relevada ex post, diante do impasse de interpretações diversas cuja valência constitucional seja de semelhante estatura.

Interditar a problemática da interpretação com base nesse critério empobrece a jurisdição constitucional; inclusive muitas decisões interpretativas (interpretação conforme e nulidade parcial sem redução de texto) hoje prosperam em virtude da suspensão prudente deste juízo até que sejam levantadas todas as razões significativas que orbitam em torno de um caso considerado controverso.

4. Os precedentes obrigatórios são inimigos invencíveis da hermenêutica constitucional em tempos do constitucionalismo contemporâneo. Trata-se de uma falácia preguiçosa que se esquece de erigir uma diferença capital para a interpretação jurídica: o dissenso possível entre juízos levando-se em conta uma disputa argumentativa sobre dado critério normativo ou sobre matéria de prova. O dissenso sobre critério normativo é matéria tipicamente passível de uniformização jurisprudencial, com a adoção de precedentes vinculantes erigidos pelos Tribunais Supremos. A possibilidade de convivência de dois ou mais juízos diversos acerca de mesmo critério normativo (o qual sempre pode ser reduzido a perguntas ou enunciados abstratos carentes de uma resposta afirmativa ou negativa, por exemplo, se a união homoafetiva resulta compatível com a Constituição) perdura provisoriamente na hipótese de litispendência recursal perante Cortes de Estrito Direito: uma vez afirmado o critério pelo Tribunal, aplica-se-o para todos os casos pertinentes, salvo hipóteses nas quais o caso futuro ou é diverso da base fática que ensejou o precedente, ou demanda a necessidade de atualização ou revigoramento temporal do critério adotado após anos de supremacia. Por outro lado, a convivência de dois ou mais juízos diferentes amparados por diversos convencimentos sobre a valoração probatória é uma decorrência natural do espectro individual e concreto de cada processo particular.
5. O desvalor da inconstitucionalidade de ato normativo, aferido em controle difuso de constitucionalidade, ou seja, afirmado

por ocasião de um julgamento concreto, culmina por confundir, e não clarear, o conceito de singularidade do caso concreto e de sua correlata e individual justiça. O juízo sobre a inconstitucionalidade da lei, cuja recusa de aplicação ao caso procede daquele prévio *discrímen* de inconformidade perante o Texto Maior, nada mais é do que um critério normativo (a lei é inconstitucional?, pergunta de característica binária) passível de generalização inconcussa (automática) para todos os demais casos diante de confirmação judiciária pelo Supremo Tribunal Federal. Ausente a lei para nortear a situação sob exame, adentramos agora, isto sim, na discricionariedade de cada julgador de buscar, para cada processo singular e irrepetível, a resposta constitucionalmente adequada cujo alcance, em retrospectiva, desnatura a suposta arbitrariedade contida neste ato complexo de dizer o direito ao fato.

Referência bibliográfica

NEVES, António Castanheira. O problema da discricionariedade. In: *Digesta*. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Volume 1º. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

