



ISSN 1980-0878

FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares



Volume 9 – Número 1 – jan./dez. 2014

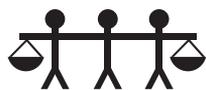


Faculdades Integradas
Padre Albino



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 9 – Número 1 – jan./dez. 2014

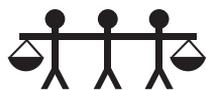


*Faculdades
Integradas
Padre Albino*



FUNDAÇÃO
PADRE ALBINO

ISSN 1980-0878



DIREITO E SOCIEDADE

Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares

Volume 9 – Número 1 – jan./dez. 2014



*Faculdades
Integradas
Padre Albino*

Publicação do Curso de Direito com objetivo de divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao direito, à administração, sociologia, história, literatura, economia e áreas afins.

FUNDAÇÃO PADRE ALBINO

Conselho de Administração

Presidente: Antonio Hércules

Diretoria Administrativa

Presidente: José Carlos Rodrigues Amarante

Faculdades Integradas Padre Albino

Diretor-Geral: Nelson Jimenes

Vice-Diretor: Nelson Aparecido Oliani

Coordenador Pedagógico: Antonio Carlos de Araujo

Coordenador do Curso de Direito: Luis Antonio Rossi

DIREITO E SOCIEDADE.

Editor chefe: Donizett Pereira

Conselho Editorial

Alfredo José dos Santos – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Cristiane Miziara Mussi - Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFFRJ)

Donizett Pereira - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Elisabete Maniglia - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Lucas de Abreu Barros - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas)

Marcelo Truzzi Otero - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Marcos Simão Figueiras - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP)

Plínio Antônio Britto Gentil - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Silvia Ibiraci de Souza Leite - Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA)

Revisora de texto: Luciana Bernardo Miotto

Desenho de logomarca (capa): Fábio Guilherme Marssari

Núcleo de Editoração de Revistas (NER)

Coordenador: Marino Cattalini

Membros: Marisa Centurion Stuchi (Bibliotecária e Assessora Técnica)

Virtude Maria Soler

Os textos publicados neste periódico são de inteira responsabilidade de seus autores.

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Pede-se permuta.

D598 Direito e Sociedade. Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares / Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito. -. - Vol. 9, n. 1 (jan./dez. 2014) - .- Catanduva: Faculdades Integradas Padre Albino, Curso de Direito, 2006-

Annual.
ISSN 1980-0878

1. Direito - periódico. I. Faculdades Integradas Padre Albino. Curso de Direito.
CDD 340

Endereço para correspondência: Rua do Seminário, 281. CEP 15806-310 - Catanduva-SP, Brasil.

Tel.: (17) 3522-2405. E-mail: secretaria.faec@fipa.com.br

Impressão deste periódico: Ramon Nobalbos - Gráfica e Editora

Data da impressão: dezembro/2014.

Sumário

Apresentação	
Os Editores	07
Artigos	
Direito internacional: integração e globalização	
Renata Aparecida Follone, Etiene Maria Bosco Breviglieri	11
Os artigos 1.829, I e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional - uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório	
Marcelo Truzzi Otero	24
Perspectiva do Direito à Educação Inclusiva para Autistas e Aspergers	
Isabela Souza Rainho de Oliveira, Ana Paula Polacchini de Oliveira	39
Compreensão formal da Educação em Catanduva-SP como Direito Social Positivado	
Alexander Rodrigues Sona, Ana Clara de Bortole Perosa Ravagnani, Drielly Rigotti Yamada, Gabriela Gil Menis, Isabela de Lima Estevam, Leila Renata Ramires Masteguin, Ligia Carla Frata Bronca, Mariana da Silva Jacob, Ana Paula Polacchini de Oliveira	56
Análise sobre a intersecção entre memória e o ato decisório na perspectiva dos sujeitos da relação processual	
Alexandre Fontana Berto, Álvaro José Haddad de Souza	79
Em busca da efetividade da preservação do meio ambiente	
Beatriz Trigo, Gabriela Gil Menis	92
Reflexões jurídicas sobre as manifestações populares de junho de 2013	
Donizett Pereira, Isabela Maria Videschi	110
Bioética e biodireito na pós-modernidade	
Marcos Oliveira de Melo, Anielly Cristina de Melo, Marcos Oliveira de Melo Filho	122
Da comprovação da atividade especial para fins de aposentadoria especial	
Willian Delfino, Evandro de Oliveira Tinti, Leila Renata Ramires Masteguin, Márcio Ferreira de Souza	135
Chamada por trabalhos	149
Normas para publicação	150

Apresentação

O nono volume da revista Direito e Sociedade – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares traz em seu conteúdo o resultado da produção acadêmica do corpo docente e pesquisadores do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA) e a participação de renomados autores tratando de diversos temas voltados especialmente ao universo jurídico e social contemporâneo.

Propõe-se a trazer contribuição para o debate e a reflexão sobre os anseios de nosso tempo, bem como instigar o pensamento crítico-reflexivo na busca de soluções para as grandes demandas contemporâneas. Temas como efetividade do direito e eficácia das emanções jurídicas, principalmente no âmbito dos direitos fundamentais são aqui tratadas de maneira clara, coesa e precisa.

No primeiro artigo, intitulado “Direito internacional: integração e globalização”, a Dra. Etiene Maria Bosco Breviglieri e a Profa. Renata Aparecida Follone, tratam sobre os reflexos da globalização no Direito Internacional, com a integração dos blocos econômicos influenciando diretamente nos Direitos Humanos, gerando uma transformação na realidade jurídica dos Estados-nação com a clássica contradição entre a supremacia das necessidades humanitárias e o poder econômico-financeiro das grandes potências. Defendem a adequação de todos a essa nova realidade.

O segundo artigo traz como tema “Os artigos 1.829, I e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional - uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório” e foi escrito pelo Dr. Marcelo Truzzi Otero. Interpreta o direito sucessório do cônjuge sobrevivente sob a perspectiva de garantir-lhe

um mínimo existencial que lhe permita continuar vivendo com segurança e independência, inclusive relativamente aos filhos. Defende a necessidade de interpretar o direito sucessório com um olhar mais humano, de forma a valorizar a pessoa do herdeiro e os vínculos efetivamente mantidos entre ele e o falecido, para concluir que a tutela sucessória deve necessariamente ser compreendida em todas as suas perspectivas existenciais e funcionalizadas.

No terceiro artigo, a Profa. Ana Paula Polacchini de Oliveira e a graduanda Isabela Souza Rainho de Oliveira mostram o resultado do grupo de pesquisa desenvolvido em 2013 nas FIPA. Intitulado “Perspectiva do Direito à Educação Inclusiva para Autistas e Aspergers”, trata da educação como instrumento de inclusão social, principalmente no ambiente escolar, defendendo a necessidade de adoção de políticas públicas eficientes para as pessoas com necessidades educacionais especiais, notadamente aquelas com Síndrome de Asperger e/ou Autismo.

Também resultado de pesquisa institucional orientada pela Profa. Ana Paula Polacchini de Oliveira, o quarto artigo, “Compreensão formal da Educação em Catanduva-SP como Direito Social Positivado” conta com a co-autoria dos alunos Alexander Rodrigues Sona, Ana Clara de Bortole Perosa Ravagnani, Drielly Rigotti Yamada, Gabriela Gil Menis, Isabela de Lima Estevam, Leila Renata Ramires Masteguín, Lígia Carla Frata Bronca e Mariana da Silva Jacob, graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino e discute a realidade do acesso à educação sob a perspectiva da transposição do universo jurídico-formal e conceitual, para a realidade social em Catanduva, defendendo que o tema, por seu *status* positivo, exige ações efetivas para ser garantido. A abordagem volta-se, então, para a percepção da eficácia da lei ante a compreensão das políticas instituídas.

Sob o título “Análise sobre a intersecção entre memória e o ato decisório na perspectiva dos sujeitos da relação processual” o Prof. Alexandre Fontana Berto em co-autoria com o aluno do curso de Direito das FIPA, Álvaro José Haddad de Souza, no quinto artigo abordam o complexo fenômeno da cognição

e o papel da memória nas decisões judiciais, para concluir que a memória constitui elemento essencial da atividade mental e sua utilização pressupõe a disponibilização de recursos à evocação de ideias que se constituem em objetos de investigação e aprendizagem, atuando como fator marcante de ingerência no teor das decisões proferidas nos processos judiciais. Defendem, portanto, que as emanações judiciais indiquem uma unidade de coerência com o aspecto humano da relação posta sob julgamento.

No sexto artigo, também oriundo de pesquisa institucional, intitulado “Em busca da efetividade da preservação do meio ambiente”, a Profa. Beatriz Trigo e a aluna do curso de Direito das FIPA, Gabriela Gil Menis analisam alguns conceitos importantes para responsabilidade ambiental aplicada em todo o globo e principalmente as propostas de mudanças na cidade de Catanduva-SP e como essas podem auxiliar no equilíbrio do processo de desenvolvimento coletivo, com a obtenção de melhoramentos na qualidade de vida nas áreas urbanas.

O Prof. Donizett Pereira e a aluna do curso de Direito das FIPA, Isabela Maria Videschi, no sétimo artigo, intitulado “Reflexões sobre as manifestações populares de junho de 2013” tratam de algumas repercussões jurídicas das manifestações populares ocorridas em junho de 2013, trazendo a lume o papel do Estado como garantidor da harmonia social. Nesse passo, analisam a intervenção do Estado na economia e como ela pôde inspirar as demais intervenções na área social, para concluir que os mecanismos de discussão existentes e os meios de que se utilizam os movimentos sociais são insuficientes para as principais demandas da população “Bioética e biodireito na pós-modernidade” é o título do oitavo artigo, escrito pelo Prof. Marcos Oliveira de Melo e pelos alunos do curso de Direito das FIPA, Anielly Cristina de Melo e Marcos Oliveira de Melo Filho. Defendem que a escalada vertiginosa da sociedade pós moderna tornou ainda mais premente a necessidade de repensar as coordenadas e referências axiológicas pelas quais temos orientado nossas vidas. O trabalho traduz o sentimento de que a ética

deve pautar os comportamentos sociais, notadamente pela crise permanente de valores permeada nos estudos científicos, com reflexos imediatos nos ordenamentos jurídicos, o que significou uma nova reaproximação entre os domínios do Direito e da Moral.

Também surgido de grupo de pesquisa da IES, o nono artigo, intitulado “Da comprovação da atividade especial para fins de aposentadoria especial” escrito pelo Prof. Willian Delfino e pelos alunos do curso de Direito das FIPA, Evandro de Oliveira Tinti, Leila Renata Ramires Masteguim e Márcio Ferreira de Souza, analisa a posição do INSS frente aos pedidos para a obtenção da aposentadoria especial, apresentando uma crítica sobre os requisitos do referido órgão, defendendo uma maior transparência no processo de concessão desse benefício, que garante uma condição especial ao trabalhador afetado durante sua vida produtiva por agentes insalubres.

Orgulha-se o corpo editorial de participar de tal iniciativa acadêmica, haurida do tratamento diferenciado dispensado ao Direito pelas FIPA e compreendido em toda a sua dimensão por aqueles que fazem desse curso um *locus* de difusão e propagação da cidadania.

Os editores

Direito internacional: integração e globalização

RENATA APARECIDA FOLLONE

Mestre em Direitos Coletivos, Função Social e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp/Ribeirão Preto). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade Gama Filho. Membro da Associação Mundial de Processo Constitucional. Docente da Universidade Estadual de Minas Gerais - Campus Frutal-MG. Advogada.

ETIENE MARIA BOSCO BREVIGLIERI

Pós-Doutoranda em Direito pela Università degli Studi di Messina (Itália). Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito pela UNESP-Franca e em Letras pela UNESP-SJRP. Especialista em Direito do Consumidor pela UNIRP e em Didática do Ensino Básico e Superior pela UNORP. Docente da Universidade Estadual de Minas Gerais - Campus Frutal-MG e UNIP. Advogada.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo fazer algumas considerações sobre o Direito Internacional e sua relação com o fenômeno da globalização e com o processo de integração dos blocos econômicos, bem como a influência dessa nova ordem global nos direitos humanos, aos quais se agregam valores que necessitam de uma proteção efetiva dentro do ordenamento jurídico. Essa nova ordem global foi estabelecida e com ela instaurou-se um conflito originado pela contradição entre a supremacia dos direitos humanos e o poder econômico-financeiro internacionais; esse fenômeno não pode ser ignorado porque traz em si uma transformação na realidade política e jurídica dos Estados-nação, os quais precisam se adequar a esse novo momento.

Palavras-chave: Integração. Globalização. Direitos Humanos.

Abstract: The present text aims to make some considerations about international law and its relationship with the phenomenon of globalization and the integration process of economic blocs, as well as the influence of the new global order on human rights, to which are added values that require for effective protection within the legal framework. This new world order was established and with it brought up a conflict caused by the contradiction between the supremacy of human rights and the international economic and financial power; this phenomenon can not be ignored because it brings with it a transformation in the political and legal reality of nation states, which need to adjust to this new moment.

Keywords: Integration. Globalization. Human rights.

Introdução

É inegável que o fenômeno da globalização traz consigo transformações significativas em diversos setores, sejam eles jurídicos, econômicos ou sociais, fato que, conseqüentemente, reflete no desaparecimento de fronteiras, de diversidades sócio-culturais e de ideologias políticas. Com isso,

Está formando-se um perfil “homogeneizado” de todos os Estados, nações e povos onde as implicações econômicas da tendência globalizante e os comprometimentos políticos em torno de causas comuns e, até, planetárias, vão transformando-se em fonte primária e fundamental dos princípios de onde partem a normatização das modernas Constituições¹.

¹AGUADO, Juventino de Castro. Os tratados internacionais e o processo jurídico-constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 16, n. 65, p.309-332. out./dez. 2008. p. 312.

Hodiernamente, em decorrência da globalização, a preocupação com o Direito, mais especificamente, com os Direitos Humanos que têm como pano de fundo o Direito Internacional (Público e Privado), necessita de uma maior atenção para que possa acompanhar a progressão desse quadro jurídico. Por isso, os tratados internacionais, pactos e convenções devem se voltar para uma harmonização e respeito às regras de convivência estabelecidas entre os povos, surgindo tratados internacionais que se baseiam em valores e princípios internacionalizados, os quais passam a fazer parte do quadro jurídico de cada país, bem como incorporados em suas Constituições.

Assim, a afetação do fenômeno da globalização no Direito Constitucional já é uma realidade, gerando uma nova concepção de Constituição, a qual tem uma ligação direta com o Direito Internacional, por meio de seus tratados, tendo como objetivo a eficácia de uma ordem jurídica internacional e do seu processo de internalização.

A ideia de uma sociedade internacional e de integração considera que os Estados se vinculem a normas que dizem respeito à soberania e acordos celebrados que se fundam em valores e princípios comuns.

As maiores dúvidas que surgiram referem-se à eficácia e extensão das normas internalizadas pelos tratados internacionais a respeito dos Direitos Humanos ou direitos fundamentais.

Aqui, considerar-se-á a globalização, a integração regional e os Direitos Humanos por meio de tratados internacionais que tutelam os direitos fundamentais, visando agregarem proteção à efetividade das normas, de acordo com os anseios da sociedade.

A origem do Direito Internacional

Foi a partir das distinções entre os conceitos de Direito Interno e Direito Internacional; Direito Público e Direito Privado, que se chegou a uma ideia conceitual do que venha a ser o Direito Internacional Público, o qual mais interessa.

Assim, tem-se em conta que o Direito Internacional é o conjunto de normas jurídicas que regula as relações entre Estados soberanos que ocorrem no campo internacional.

O desenvolvimento histórico do Direito Internacional teve início com o conhecimento de sua existência a partir da Paz de Westfália, de 1648, período marcado pelo Estado-nação moderno; e, pela Antiguidade, em que se mantinham relações exteriores de comércio entre as nações.

Já na Idade Média, a grande influência no Direito Internacional foi da igreja com a humanização da guerra, haja vista que o Papa tinha o poder de árbitro nas relações internacionais.

Na Idade Contemporânea, a partir da Revolução Francesa, foi reforçada a ideia de nacionalidade, que, posteriormente, orientou as unificações italiana e alemã, no século XIX. Nesse período, foi encerrada a era napoleônica pelo Congresso de Viena (1815), resultando em grande impulso ao Direito Internacional, na direção da internacionalização, com a criação dos primeiros organismos internacionais que objetivavam regular assuntos transnacionais; a proclamação da Doutrina Monroe e a primeira das Convenções de Genebra, dentre outras iniciativas.

Mas, foi no século XX que o Direito Internacional moderno efetivou-se e consolidou-se com a criação da Sociedade das Nações e, após, com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Cruz Vermelha. Também, com a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, trabalho que codificou o Direito Internacional e se fez crescente a necessidade de tratados para acompanhar o intenso intercâmbio mundial.

Em suma, foi com o Direito Internacional Público que se concebeu a ideia de Estado e da sua importância, ou seja, com o surgimento da necessidade de os Estados interagirem-se, melhor, relacionarem-se entre si. E o Direito Internacional pressupõe esta ideia, na qual deve prevalecer o respeito mútuo em favor do bem estar da comunidade internacional.

Como sustenta Luis Roberto Barroso, a compreensão do Direito Internacional “visa solucionar o conflito de leis no espaço, vale dizer, o entrechoque de normas que emanam de soberanias diferentes”².

Desse modo, os Estados devem se relacionar de forma pacífica e a favor dos interesses de todos, ou seja, priorizando a comunidade mundial. E, ainda, não deixando que prevaleça o interesse jurídico ou não de um Estado em prejuízo de outros, bem como é por este motivo que a doutrina nos apresenta duas correntes que se dirigem à resolução de conflitos entre as normas de Direito Internacional e o Direito Interno, ou seja, a primeira corrente que defende a teoria dualista e a segunda corrente que defende a teoria monista, que serão observadas no próximo assunto.

A origem dos Direitos Humanos

Os Direitos Humanos apareceram no denominado período axial, compreendido entre os séculos VIII e II a.C., o qual formou o eixo histórico da humanidade. Período em que coexistiram, sem se comunicarem entre si, cinco dos maiores doutrinadores de todos os tempos: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Confúcio na China, Pitágoras na Grécia, e o Dêutero-Isaías em Israel.

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 12.

Foi durante o período axial que se enunciaram os grandes princípios e se estabeleceram as regras fundamentais de vida que vigoram até hoje, abandonando-se as explicações mitológicas anteriores.

A evolução dos Direitos Humanos deu-se em 1215, com o surgimento da Magna Carta, na Inglaterra, apesar de ter sido apenas um pacto entre o rei e alguns súditos privilegiados; posteriormente, é que foi consagrada como verdadeira carta de direitos. Apesar de seu valor histórico, este texto não pode ser considerado uma declaração de direitos no sentido moderno, já que se tratava de proclamações feudais de direitos, elaborada para proteger os barões e os homens livres, restringindo o poder absoluto do monarca.

A partir do século XVIII, as declarações de direitos fundamentais constituíram um *marco jurídico* e, somente no seu final (séc. XVIII) é que houve a sua consagração, pois foi com a integração das condições dos três elementos, segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, que a possibilitou³:

- 1) *Estado*: sem Estado, a proclamação de direitos não seria exigível na prática;
- 2) *Noção de Individuo*: sem essa noção, impediria o desenvolvimento dos direitos fundamentais no seu sentido próprio;
- 3) *Consagração do texto escrito*: exigência de um texto escrito com vigência em todo o território e certa superioridade em relação aos demais atos normativos.

A partir de então, os textos das Declarações de Direitos, pela primeira vez na história, materializam os direitos fundamentais, tornando-os os mais influentes para a difusão e solidificação desses direitos, que foram:

a) Declarações de Direito da Virgínia em 1776: a primeira declaração de direitos em Constituição própria surgiu no estado da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América. Por obra da Convenção de Williamsburgh, documento que apresentava uma Declaração Solene de Direitos (*Bill of Rights*), que em sua seção I, constava:

Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes e têm direitos inatos, os quais, entrando em sociedade, não podem mediante convenção, privar ou espoliar a posteridade, a saber, o gozo da vida, da liberdade, mediante a aquisição e a posse da propriedade, e o direito de buscar e obter felicidade e segurança⁴.

³ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 22. (grifo nosso).

⁴ Artigo 1º, da Declaração de Direitos da Virgínia de 1776. Constitui-se, por meio dessa declaração solene de direitos, o reconhecimento de que todos os homens são iguais e que por sua natureza própria, estão sempre à procura de si mesmos. Como se refere Fábio Konder Comparato é a “busca da felicidade”, a mesma que consta na Declaração de Independência dos Estados Unidos, ou seja, é inerente ao próprio homem, é a razão de ser dos direitos do homem, razão esta aceita em todas as épocas e por todos os seres humanos. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p.118.

b) Declaração Norte-Americana: a Constituição americana não continha, inicialmente, uma declaração solene de direitos fundamentais. Assim, em 1791, foram aprovadas dez emendas constitucionais, constituindo o *Bill of Rights* do povo americano.

c) Declarações Francesas de Direitos: em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão teve como modelo as declarações dos Estados americanos, já referidas. Essa declaração foi marcada pelo seu ideário liberal que é contemplado na França no Preâmbulo da Constituição de 1946, que incorporou os direitos sociais. As duas declarações (liberal e social) encontram-se em vigor, porque constitucionalizadas pela atual Constituição.

A internacionalização e o restabelecimento dos Direitos Humanos vieram com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. E foi com esse novo pensamento que o conceito de Soberania Estatal passou a ser indagado, bem como perdeu o seu caráter absoluto no que se referia à garantia dos direitos fundamentais ou Direitos Humanos.

Diante disso, os Direitos Humanos passaram a ter *status* de internacionalização, ultrapassando fronteiras. Oportuno observar:

O Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados⁵.

Conceito de Direitos Humanos

A expressão “direitos fundamentais do homem” deverá ser utilizada, englobando os direitos individuais, direitos sociais e os direitos da solidariedade, termo que pode ser usado em nível interno como internacional. Portanto, tal termo refere-se à dignidade da pessoa humana.

Embora pareça fácil a conceituação de Direitos Humanos, ela não o é pelo motivo da amplitude do tema. Os Direitos Humanos encerram a ideia de direitos e garantias fundamentais, as quais devem respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana que objetiva oferecer o mínimo de condições de vida e sobrevivência a cada ser humano.

Assim, pode-se conceituar os direitos humanos como:

Um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as

⁵ SIKKINK, Kathryn. International organizations. Massachusetts, 1993 apud ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional. *Revista do Advogado*, ano 23, p. 31-54, set. 2003. p. 49.

quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional⁶.

[...] serão aqueles essenciais, sem os quais não se reconhece o conceito estabelecido de vida. Não há uma relação estabelecida e final de tais direitos, já que seu caráter é progressivo, correspondendo a cada momento ao estágio cultural da civilização, como se vê das sucessivas “gerações”⁷.

Outro ponto a se destacar sobre os Direitos Humanos e que de forma direta reflete no fenômeno da globalização é a denominada dimensão aberta dos direitos fundamentais, ou seja, não existem *numerus clausus* de formas de tutela.

O Tribunal Constitucional Alemão referiu-se a uma proteção dinâmica dos direitos fundamentais, a que corresponde uma tutela flexível, móvel e aberta. Também se referiu à própria enumeração dos direitos fundamentais que não fica circunscrita aos direitos expressos na Constituição originária.

A cláusula do *substantive due process*, aplicada pela Corte Suprema dos EUA de maneira progressiva quanto ao âmbito de sua incidência, tem sua razão de ser para não limitá-la aos direitos econômicos e sociais.

As dimensões de abertura (forma de incidência e enumeração não-taxativa) contribuem para se evitar um engessamento dos direitos fundamentais, principalmente nos momentos em que o homem e a sociedade deparam-se com novas situações comuns a todos, as quais passam a ter caráter de Direitos Humanos, e que devem ser garantidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Direito Internacional: Tratados e Direito Interno

Como já mencionado, atualmente, o Direito Internacional pressupõe a ideia de convivência e integração entre diversos Estados soberanos, por exemplo, a União Europeia e os blocos econômicos, prevalecendo entre eles o respeito mútuo, com o objetivo de solução de conflitos sem a imposição do desejo do mais forte. Há, sim, a preocupação com a solução de problemas de todos em favor do bem estar da comunidade internacional.

Mesmo que alguns coloquem em dúvida se o Direito Internacional deve ou não ser reconhecido como direito pela sua falta de poder e instrumentos sancionadores, parte-se da consideração de que sua base está na vontade de todos e na crescente organização internacional da sociedade mundial.

⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995. p. 81.

⁷ SANTOS JUNIOR, Belisário dos. Direitos humanos priorizados pela justiça. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, ano 10, n. 14, jan./jun. 1996. p. 282 apud TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002. p.362.

Para tanto, são necessários instrumentos eficazes e, dentre eles, os Tratados Internacionais com a missão de encaminhar as relações entre os Estados que, segundo Maria Garcia, são:

[...] atos jurídicos pelos quais Estados e organizações internacionais criam, modificam ou extinguem relações jurídicas internacionais, assumem aspectos diversos, nas suas especificidades, podendo representar acordos ou convenções internacionais sobre negociações de caráter comercial, cultural e toda sorte de interesses desse nível, ou então, constituem-se em Tratados – normativos ou Tratados de lei, isto é normas de ordem geral estabelecidas para os Estados, firmando princípios e regras de convivência internacional⁸.

Para Juventino de Castro Aguado:

O termo tratado pode ser entendido como conceito genérico destinado a produzir efeitos jurídicos resultantes de acordos formais realizados entre os Estados, comumente realizados no interior das organizações internacionais. As espécies em que se desdobra este conceito genérico se caracterizam como acordos, convenções, contratos, pactos, protocolos, etc⁹.

Assim, conclui-se que os tratados internacionais têm a forma de acordos internacionais, *pacta sunt servanda*, que obrigam e vinculam juridicamente os Estados que o celebraram e, com isso, compõem a principal fonte de obrigação do Direito Internacional.

Portanto, reafirma-se que os Estados devem se relacionar entre si de forma harmônica e a favor dos interesses de todos, ou seja, da comunidade mundial, bem como não podendo prevalecer o interesse jurídico ou não de um Estado em detrimento de outros, por isso as duas correntes que caminham para a solução de conflitos entre as normas de Direito Internacional e o Direito Interno. Uma a teoria dualista e a outra a teoria monista.

A teoria dualista defende a ideia de que não existe conflito entre o Direito Internacional e Direito Interno. Ainda para Barroso, “eles constituem sistemas jurídicos distintos; são dois círculos que não se sobrepõem um sobre o outro, apenas se tangenciam”¹⁰.

Porém, pode ocorrer do Direito Internacional ter que tornar uma ordem jurídica dentro do Estado, como por exemplo, para proteção dos Direitos Humanos. Mas, para isso acontecer, segundo os dualistas, haveria a necessidade da criação de uma lei interna para que esse preceito fosse incorporado ao Direito Interno.

⁸ GARCIA, Maria. A constituição e os tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 37, p. 22-46, out./dez. 2001. p. 38.

⁹ Op. cit., p. 319.

¹⁰ Op. cit., p. 316.

Segundo Fernanda Dias Menezes de Almeida, José Francisco Rezek é o defensor da tese dualista, asseverando que “Parece correto incluir Rezek entre os defensores da tese dualista, que sustenta serem independentes a produção normativa nacional, não se podendo considerar automaticamente integrada a primeira no ordenamento jurídico interno”¹¹.

No que concerne à teoria monista, para Hans Kelsen há apenas uma ordem jurídica. Mas existe a discussão entre os defensores desta teoria em relação à primazia, pois uns defendem a primazia do sistema jurídico interno e outros defendem a primazia do Direito Internacional, esta última posição adotada por Hans Kelsen.

Há uma tendência atual do Direito Internacional sobrepor-se ao Direito Interno, isso acontece por:

iniciativa dos próprios Estados nacionais que promovem aquele por meio de Tratados Internacionais de todo o tipo. A Corte Internacional de Justiça, constituída como principal órgão judiciário da ONU, órgão ao qual pertencem a quase totalidade dos Estados nacionais, tem se mostrado favorável ao reconhecimento da primazia do Direito Internacional sobre o Direito Interno¹².

Ainda há discussões sobre o tema, acerca de qual teoria deva ser adotada, haja vista que as duas teses não concorrem para a forma de como os tratados internacionais devam ser incorporados pelo Direito Interno.

O que se depreende é que os tratados internacionais são meios utilizados para manifestação de vontade de relações jurídicas internacionais entre Estados, a fim de se estabelecer princípios e regras em favor de interesses comuns.

Com relação aos tratados internacionais de Direitos Humanos, observa-se que surgiram como respostas às desumanidades realizadas durante a Segunda Guerra Mundial, também como forma de proteção a violências futuras.

Essas normas de proteção aos Direitos Humanos relativizaram a soberania estatal, de maneira que levaram à responsabilização internacional a violação de tais direitos, ou seja, os tratados internacionais de Direitos Humanos passaram a ser instrumentos utilizados para a efetivação da proteção destes direitos.

Globalização e integração

A globalização pode ser entendida como um processo formado após a segunda metade do século XX, de avanço irreversível, que estimula a integração das economias e das sociedades de vários países do mundo e,

¹¹ Op. cit., p. 49.

¹² AGUADO, op. cit., p. 320.

assim, intensificando as relações sociais em dimensões mundiais. E, ainda, como previu Marshall McLuhan, o mundo está se transformando numa aldeia global por meio de um intenso processo de internacionalização, ou como também conhecido, globalização.

Pode-se marcar que o início da globalização deu-se pela internacionalização da economia mundial que ampliou o comércio internacional e as bases do capitalismo, incorporando mais nações e, assim, surgindo uma sociedade global.

Como já é cediço, o conceito de integração está ligado a um determinado contexto econômico, jurídico e político por causa de seu caráter dinâmico. Isso acontece porque os Estados que desejam se relacionar geram uma maior integração entre si. Portanto, nos blocos regionais de integração, como a União Europeia, Mercosul e Nafta, são necessárias uma uniformização e uma harmonização de políticas econômicas, comerciais e monetárias com transferências de partes significativas de soberania para instituições supranacionais.

Ademais, em prol da comunidade mundial, também não pode prevalecer o interesse jurídico de um Estado em detrimento de outros. Não pode prevalecer a força dos mais ricos sobre os mais fracos.

Inegável é que os fenômenos da globalização e integração econômica em blocos regionais constituem o elemento construtivo do atual movimento de reestruturação das relações internacionais. Portanto, isso significa que a globalização provocou uma nova ideia de economia mundial, por meio de antigos e velhos elementos de internacionalização e integração, ou seja, essa configuração da economia mundial surgiu, também, em virtude da transformação de padrões transnacionais de organização econômica, cultural, social, tecnológica, política, jurídica e de Estado.

Sem qualquer dúvida, compartilha-se o pensamento de Anthony Giddens quanto ao fato da globalização não ser, tão somente, uma experiência nova, como evolucionária.

Os países ricos criam os blocos para conservar a sua situação de bem estar, enquanto os países enfraquecidos criam processos de integração para se protegerem, por exemplo: a União Europeia e o Mercosul.

Assim, a abertura das economias nacionais a economia global tornou-se uma exigência para se fazer parte da comunidade internacional. E a opção de ficar de fora é um risco de morte, ou talvez, até um suicídio financeiro-econômico.

Nessa realidade vigente não pode se negar a existência de uma soberania formal ligada à organização política de cada Estado, com o intuito de operacionalização dessa soberania, mesmo havendo uma perda gradativa da autonomia de cada Estado, os quais, pela interdependência assimétrica,

tornam-se mais frágeis em suas relações internacionais e transnacionais. Mais especificamente, referida condição é percebida de modo negativo na interdependência entre ricos e pobres.

Conclui Giddens que:

A globalização não é portanto um processo singular, mas um conjunto complexo de processos. E estes operam de uma maneira contraditória e antagônica. A maioria das pessoas pensa que a globalização está simplesmente “retirando” poder ou influência de comunidades locais e nações para transferi-los para a arena global. E realmente esta é uma de suas conseqüências (sic). As nações perdem de fato parte do poder econômico que antes possuíam. Contudo, ela tem também o efeito oposto. A globalização não somente puxa para cima, mas também empurra para baixo, criando novas pressões por autonomia local. O sociólogo americano Daniel Bell descreve isso muito para resolver os grandes problemas, como também grande demais para resolver os pequenos¹³.

Com relação aos Direitos Humanos, dentro desse quadro internacional que se apresentou, foi notado que para o processo de integração se desenvolver não se pode apenas dar foco a parte econômica-financeira, mister dar atenção à sociedade, aos cidadãos e seus direitos e garantias fundamentais.

Observa-se que a globalização não é um fenômeno que atinge apenas a ordem econômica mundial, e sim todos os setores, inclusive o setor pessoal dos indivíduos que fazem parte desse sistema globalizante. Portanto, é uma transformação global com conseqüências em todos os âmbitos da vida dos indivíduos, que vão da vida íntima à jurídica.

Então, por meio de convenções internacionais, tratados e instituições preocupadas com a proteção e garantias dos direitos dos cidadãos é que foi dada uma maior efetividade a esses direitos e à dignidade da pessoa humana.

A globalização ajudou na internacionalização e na criação de instrumentos para a efetivação da proteção deles, mundialmente se falando, por meio da tecnologia e modernização dos transportes de comunicação, que ajudam a divulgar, em âmbito mundial, os casos de violações dos Direitos Humanos, bem como na prevenção de que não aconteçam.

Mas, para que ocorra essa proteção e garantia aos Direitos Humanos, mister a colaboração dos Estados soberanos e das nações que integram os sistemas regionais, ou seja, cabe ao ordenamento interno de cada um deles reconhecer e efetivar a proteção aos direitos dos cidadãos, dando uma interação dinâmica entre o direito internacional e o direito interno, tudo em prol da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Humanos.

¹³ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolé*. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 23.

Constituição de 1988, os tratados internacionais e os Direitos Humanos

A Constituição Federal de 1988 traz nos artigos 1º, inciso I e 4º, incisos I e II¹⁴, os princípios que regem os tratados internacionais e dispõe:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos.

Observa-se que os tratados internacionais não podem prevalecer sobre os direitos constitucionais, aqueles somente possuem caráter de lei ordinária, após serem assinados, referendados e ratificados. Ainda, a supremacia constitucional sobrepõe-se a qualquer outro texto legal.

Destaca-se o ensinamento de Canotilho:

as normas constitucionais não derivam a sua validade de outras normas com dignidade hierárquica superior. Pressupõe-se, assim, pragmaticamente, que o direito constitucional, originário de normas democraticamente feitas e aceitas (legitimidade processual democrática) e informadas por estruturas básicas de justiça (legitimidade material), é portador de um valor normativo formal e material superior¹⁵.

Nas Constituições brasileiras não existiam previsões constitucionais em relação aos tratados internacionais. Porém, com o advento da Emenda Constitucional nº 45, que inovou com os parágrafos do artigo 5º da Constituição de 1988, mais especificamente no parágrafo 2º, embora não tenha disciplinado o tema de forma inequívoca, mesmo assim, gerou interpretações diferentes na doutrina nacional.

Mas, trouxe um progresso à promoção dos Direitos Humanos num quadro de reconhecimento e valorização no Direito Constitucional, demonstrando que o Brasil adere às tendências internacionais e do Direito Internacional.

Existem dúvidas quanto ao *status* normativo do Direito Internacional de Direitos Humanos no Direito Interno nacional. Para alguns doutrinadores e para o próprio Supremo Tribunal Federal (STF), não houve alteração da forma de incorporação dos tratados de Direitos Humanos, eles continuam com caráter de lei ordinária. Porém, não é opinião comum no STF.

¹⁴ BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993. p. 137.

Por outro lado, há doutrinadores que reconhecem os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, que têm incorporação automática e passam a ser tratados como normas constitucionais, como defende Flávia Piovesan¹⁶.

O § 2º do artigo 5º da Constituição Federal não modificou a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, bem como não lhes atribuiu *status* de norma constitucional.

Com o § 3º do mencionado artigo 5º ficou esclarecido que os tratados internacionais que versem sobre Direitos Humanos que forem aprovados pelo procedimento disposto nele, serão equivalentes à emenda constitucional.

Para Mazzuoli¹⁷, os tratados internacionais sobre Direitos Humanos sempre tiveram o caráter de normas constitucionais, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 45, e não de lei ordinária como entendia o STF.

Entretanto, foi no julgado do STF, analisando a prisão do depositário infiel, que esse egrégio tribunal mudou o seu entendimento, para reconhecer a superioridade dos tratados internacionais de Direitos Humanos sobre a legislação infraconstitucional, adotando a tese do Ministro Gilmar Mendes no REsp. 466.343-1/SP, a qual evidencia a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos, tendo em vista possuírem caráter especial.

Assim, o atual entendimento adotado pelo STF é de que a supremacia constitucional sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos foi mantida, porém, conferindo-lhes hierarquia superior à legislação infraconstitucional.

Conclusão

Nesse trabalho não se superam os vários pontos de discussão que a nova ordem global trouxe com o fenômeno da globalização e da integração econômica em blocos regionais que constituem a reorganização das relações internacionais, com reflexos diretos no Direito Internacional. Esses reflexos dão origem a um Direito Internacional de integração, com impacto sobre a soberania.

A globalização também trouxe consigo desigualdade e pobreza. Mas, por outro lado, vem promovendo o conhecimento mundial dos Direitos Humanos, colaborando, ainda, com os Estados na luta pela sua proteção com a internacionalização desses direitos.

Portanto, é incontroverso que com o fenômeno da globalização, mais especificamente no âmbito jurídico, há uma tendência universal de expansão

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 821.

dos Direitos Humanos. Com objetivo principal de proteção da dignidade da pessoa humana, ou seja, de uma proteção internacional dos Direitos Humanos.

Com relação ao processo de integração, este, com a ajuda dos Estados que fazem parte dos sistemas regionais, está sendo incentivado a promover a democracia e o Estado de Direito, além de auxiliarem na proteção dos Direitos Humanos. E para o sucesso desse processo de integração é necessário um comprometimento de todas as partes envolvidas.

Diante dessa nova ordem mundial, o Direito Internacional passa a ter como objetivo o estabelecimento de regras e princípios que regulem as relações entre os Estados-nação de forma pacífica e conveniente na defesa dos interesses de todos.

O que não pode acontecer é que os Estados percam a sua própria autonomia e o seu povo as referências cidadãs, priorizando a dignidade humana por meio da proteção internacional dos Direitos Humanos, tudo de acordo com a ordem democrática e igualitária do mundo atual. Por isso os Estados necessitam acompanhar, ao menos tentar acompanhar, a nova ordem global que, a partir de agora, passa a ser a história do futuro, em prol do bem estar social das nações.

Referências

AGUADO, Juventino de Castro. Os tratados internacionais e o processo jurídico-constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, ano 16, n. 65, p. 309-332, out./dez. 2008.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes. A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional. *Revista do Advogado*, ano 23, p. 31-54, set. 2003

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 abr. 2014.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21-24.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

GARCIA, Maria. A constituição e os tratados. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: RT, n. 37, p.22-46, out./dez. 2001.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 38.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

Os artigos 1.829, I e 1.830 do Código Civil a partir da legalidade constitucional - uma perspectiva funcionalizada do direito sucessório

MARCELO TRUZZI OTERO

Mestre e Doutor pela PUC-SP. Diretor do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM. Advogado. Professor da Escola Paulista de Direito, das Faculdades Integradas Padre Albino, da Unifafibe, da Atame-Cândido Mendes. Autor de livros e artigos doutrinários.

Resumo: O artigo interpreta o direito sucessório do cônjuge sobrevivente sob a perspectiva de garantir-lhe um mínimo existencial, ou seja, um patrimônio sucessório mínimo que efetivamente lhe garanta continuar vivendo com segurança e independência, inclusive relativamente aos filhos. Defende a necessidade de interpretar o direito sucessório como um todo e especificamente em relação ao cônjuge supérstite, com um olhar mais humano, que valorize a pessoa do herdeiro e os vínculos efetivamente mantidos entre ele e o falecido, para concluir que a tutela sucessória deve necessariamente ser compreendida em todas as suas perspectivas existenciais e funcionalizadas, distribuindo patrimônio àquelas pessoas importantes e representativas ao autor da herança, e, dentre elas, inegavelmente o cônjuge ocupa posição de destaque.

Palavras-chave: Direito sucessório do cônjuge. Mínimo existencial. *Affectio maritalis*. Regime de bens.

Abstract: The article interprets the law of succession of the surviving spouse under the perspective of guaranteeing him a minimum existential, i.e. a minimum of succession patrimony which effectively ensures continue living safely and independently, including in relation to children. Defends the need to interpret the law of succession as a whole and specifically in relation to the surviving spouse, with a more human look, that enhances the person of the heir and the bonds effectively held between him and the deceased, to conclude that the tutelage of succession must necessarily be understood in all its existential perspectives and funcionalizadas, distributing those people important and representative heritage to the author of the inheritance and, among them, undeniably the spouse occupies prominent position.

Keywords: Succession law of the spouse. Existential minimum. *Affectio maritalis*. Goods regime.

Introdução

A Constituição Federal alterou substancialmente o panorama jurídico das relações privadas, até então caracterizadas pela tutela marcante do patrimônio em detrimento dos próprios sujeitos envolvidos. A tutela da personalidade estava restrita, em visão absolutamente canhestre, à tutela do patrimônio, e não precisamente da pessoa do seu titular.

A positivação de princípios no texto constitucional, com o merecido destaque para a dignidade e para a solidariedade, valorizou a pessoa humana, obrigando o operador do direito a uma releitura de conceitos e de institutos jurídicos clássicos, como a propriedade, o contrato, a empresa, a família, realinhando-os, em escala axiológica, às diretrizes constitucionais que impõem o respeito e a valorização da pessoa humana acima de tudo.

Na síntese de Eroulths Cortiano Junior¹, “o direito brasileiro encontra na Constituição Federal de 1988 uma nova tábua valorativa, consistente na jurídica supremacia dos valores existenciais da pessoa humana sobre os aspectos patrimoniais da existência”.

Nesta mirada constitucional, em que o *ter* cedeu ao *ser*², os institutos jurídicos tradicionais adquiriram contornos existenciais e serão merecedores de tutela jurídica somente se estiverem em perfeita harmonia com a perspectiva promocional e funcionalizada que lhes é inerente, observados o contexto inclusivo e protetivo da pessoa humana em cada caso concreto. Merecedor da tutela jurídica é o sujeito, considerado objetivamente em todas as suas particularidades, e não mais o instituto em si.

Não basta, portanto, que seja meramente lícito para ter-se como jurídico, é preciso que “o ato seja merecedor de tutela e esse juízo deve ser feito à luz dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico”³, observando que a tutela da dignidade e a solidariedade, princípios fundamentais dos quais emanam outros tantos princípios, não constituem um direito apenas, mas um dever a ser observado em todas as relações privadas.

Nada há de ilegal na desconsideração de uma norma de direito privado que contrariar aos vetores constitucionais da tutela da dignidade e da existência. Ilegal é “aplicar uma lei, em sua literalidade, para gerar uma injustiça, em confronto com os princípios constitucionais como o da solidariedade e da dignidade da pessoa humana”⁴; afinal, estaríamos diante de uma verdadeira subversão da hierarquia normativa, prestigiando leis ordinárias em detrimento de normas constitucionais⁵.

Dentro desta ótica, os institutos jurídicos marcadamente privados passaram por indispensável releitura de modo a conformá-los à ordem constitucional, sempre atenta à perspectiva funcionalizada e promocional da dignidade da pessoa humana.

Sem se apartar da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, o contrato passou a contar com um olhar mais atento e personificado dos contratantes, reconhecidamente figuras centrais, ganhando contornos mais humanos a partir do equilíbrio mais efetivo, e menos formal, entre os

¹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-166. p. 155.

² Verifica-se a tendência do direito civil: “uma gradativa substituição da natureza patrimonializante das relações civis para a personalização delas ou o que muitos de nós termos chamado ‘repersonalização’ das relações civis, um redirecionamento do *ter* para o *ser*. Primeiro o homem, depois seu patrimônio, e não o inverso, como sempre houve na codificação liberal.” (LÓBO, Paulo. O princípio da igualdade e o novo código civil. In: TORRES, Faber et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio Janeiro: Campus Elsevier, 2011).

³ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 49.

⁴ FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 19.

⁵ Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 18.

contratantes. Assim, o contrato foi revalorizado pelos deveres anexos de conduta⁶ e pela própria função social que deve desempenhar.

A propriedade, ainda marcada pelo caráter individual e absoluto, também foi funcionalizada, não apenas na ótica do titular, mas também na da própria coletividade. A função social, o respeito ao meio ambiente, a positivação do abuso de direito na legislação infraconstitucional, a moradia como direito social, a possibilidade do bem de família e a ampliação, pelos Tribunais, das hipóteses de impenhorabilidade⁷ contribuem para a compreensão da propriedade como “um instrumento para a tutela de valores fundamentais e extrapatrimoniais”⁸ do titular e das pessoas que dela se beneficiam, com um viés mais humanizado, apartado daquele individualismo exagerado que décadas atrás permitia ao proprietário fazer tudo o que lhe aprouvesse pelo simples fato de ser proprietário. Essa é justamente a função promocional do instituto.

A família não se manteve imune a essa verdadeira revolução. Diferentemente do passado, em que era protegida como ente despersonalizado e abstrato, e reconhecidamente excludente, desigual, discriminatória e excessivamente patrimonialista⁹, a família atual é igualitária, democrática, plural, pautada no respeito das individualidades de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida.

A exemplo do contrato e da propriedade, a família também foi funcionalizada; mais que funcionalizada, a família foi humanizada, voltou-se para seus membros, conscientizando-se de seu verdadeiro papel como instrumento executor de valores fundamentais, tornando-se o *locus* existencial *por excelência*, destinada a promover o desenvolvimento da personalidade de seus componentes¹⁰, a partir do afeto, da solidariedade e da cooperação, como se extrai da lição de Luiz Edson Fachin¹¹:

O direito não permanece imune à família como refúgio afetivo, centro de intercâmbio pessoal e emanador da felicidade possível, família como sendo o mosaico da diversidade, ninho da comunhão no espaço plural da tolerância, valoriza o afeto, afeição que recoloca novo sangue para correr nas veias de um renovado parentesco, informado pela substância de sua própria razão

⁶ Cf. LÔBO, Paulo. Deveres gerais de conduta nas obrigações civis. In: DELGADO, Mario Luis Regis; ALVES, Jonas Figueiredo (Org.). *Novo código civil: questões controvertidas*. São Paulo: Método, 2005. v. 4. p. 75-94.

⁷ REsp 1.022.735-RS, STJ, 4º T., Min. Rel. Fernando Gonçalves, j. 15.12.2009.

⁸ NEVARES, op. cit., p. 6.

⁹ A indissolubilidade do vínculo, as restrições ao divórcio livre, direto e imediato; o trato discriminatório dispensado aos filhos havidos fora das “justas núpcias”, à união estável e a própria união entre pessoas de mesmo sexo bem demonstram que os sujeitos das relações familiares ocupavam posição secundária em relação à própria família, ente despersonalizado.

¹⁰ FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito de família*. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. p. 48: “A família cumpre modernamente um papel funcionalizado, devendo, efetivamente, servir como ambiente propício para a *promoção da dignidade e a realização da personalidade de seus membros, integrando sentimentos, esperanças e valores, servindo como alicerce fundamental para o alcance da felicidade*”. grifo do autor.

¹¹ FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.p. 306.

de ser e não apenas pelos vínculos formais e consanguíneos. Tolerância que compreende o convívio de identidades, espectro plural, sem supremacia desmedida, sem diferenças discriminatórias, sem aniquilamentos. Tolerância que supõe possibilidade e limites. Um tripé que, feito desenho, pode-se mostrar apto a abrir portas e escancarar novas questões. Eis então o direito ao refúgio afetivo.

É sob essa ótica existencial, funcionalizada e promocional, imposta pelo texto constitucional, que analisaremos a concorrência sucessória e a canhestra legitimação sucessória dos cônjuges separados de fato estabelecidas nos artigos 1.829, I, e 1.830 do Código Civil.

A concorrência sucessória entre cônjuges e os descendentes no STJ

A pretexto de que os cônjuges não são parentes, a legislação nacional sempre foi pródiga em sonegar direitos sucessórios ao cônjuge sobrevivente. Concorria, para tanto, a convicção equivocada de que a transmissão de patrimônio exclusivamente aos filhos representava forma segura de preservar a unidade patrimonial, mantendo o patrimônio no seio da família. Ao cônjuge somente seria assegurado direito sucessório pleno, com pagamento de direitos hereditários em propriedade, na hipótese de o falecido não deixar ascendentes ou descendentes, o que na prática apresenta-se bastante incomum.

Não tivesse patrimônio particular que lhe assegurasse subsistência, o cônjuge sobrevivente, não raro a mulher, que mantinha uma situação de dependência financeira do marido durante toda a vida, tornava-se dependente dos filhos, e até mesmo dos sogros, após a morte do parceiro, já que a lei não lhe assegurava uma participação hereditária condizente para a manutenção de um mínimo existencial.

O usufruto e o direito de habitação, instituídos com as melhores das intenções pela Lei 3.200¹², revelaram-se excessivamente tímidos no cumprimento da função promocional inerente ao direito sucessório. Era, e é, preciso garantir ao cônjuge sobrevivente um patrimônio sucessório mínimo que efetivamente lhe garanta continuar vivendo com segurança e independência, inclusive relativamente aos filhos.

Os filhos vão! Formam suas próprias famílias, constituem seus próprios núcleos existenciais. O cônjuge, não! O cônjuge é o parceiro eleito, do dia e da noite, das alegrias e das desventuras, dos grandes e dos mais singulares momentos, é aquele com quem se compartilha a própria vida.

¹² TEPEDINO, Gustavo. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 17: “a origem do usufruto encontra-se, pois, no direito sucessório e no direito de família, apresentando-se como um meio de garantir a subsistência pela utilização e fruição de certo bem, sem a necessidade de se transferi-lo à propriedade do beneficiário. Eis, portanto, a função originária do instituto: garantir à viúva não herdeira um padrão de vida compatível com o nível econômico que desfrutava anteriormente à morte do marido, a qual, instituindo-a usufrutuária vitalícia, evitava desfalcocar o patrimônio dos filhos ou dos herdeiros instituídos”.

Cônjuge, na feliz expressão de Zeno Veloso¹³, “é mais que parente. No geral dos casos, considerando a realidade sociológica, se o vínculo conjugal e a convivência matrimonial perseveraram até que a morte dissolveu aquele estado de comunhão espiritual, de afetos e de vida, que familiar é mais próximo daquele que faleceu do que a viúva ou o viúvo que sobreviveu?”

Razoável, portanto, e, sobretudo, conforme a legalidade constitucional, que a legislação civil volte os olhos para a pessoa que até *o fim da vida do autor da herança* compartilhou de um projeto existencial, tornando-o merecedor de uma tutela jurídica qualificada¹⁴.

Pois o Código Civil deu esse merecido destaque ao cônjuge sobrevivente, conferindo-lhe maior e mais efetiva proteção sucessória. O cônjuge foi qualificado como herdeiro necessário, e não mais facultativo como ocorria na legislação anterior. Foi-lhe assegurado direito de habitação do imóvel que servia de moradia ao casal, independentemente da participação na herança e do regime de bens do casamento¹⁵, aniquilando as condicionantes da legislação revogada¹⁶.

Manteve-se o direito de acrescer na doação feita ao casal¹⁷. Legislação específica manteve o tratamento privilegiado na sucessão do cônjuge estrangeiro, assegurando ao cônjuge optar pela lei mais benéfica relativamente aos bens situados no país¹⁸.

A invocação mais significativa do Código Civil deu-se na ordem da vocação hereditária, onde foi assegurar ao cônjuge sobrevivente *concorrência sucessória* com descendentes e ascendentes, com participação hereditária em propriedade, e não mais em usufruto como fazia a legislação revogada¹⁹, sem prejuízo do recolhimento de todo o acervo hereditário na hipótese de o falecido decair sem deixar descendentes ou ascendentes.

Particularmente no que respeita a concorrência sucessória do cônjuge com descendentes, a doutrina amplamente majoritária²⁰ posicionou-se no sentido

¹³ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 101.

¹⁴ As mesmas considerações são extensivas aos companheiros; merecedores de idêntica tutela sucessória.

¹⁵ Código Civil/02. Art. 1.830: “Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

¹⁶ Código Civil/16. Art. 1.611, §2º: “Ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime da comunhão universal de bens, enquanto viver e permanecer viúvo será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.”

¹⁷ Código Civil/02. Art. 551, § único: “Se os donatários, em tal caso, forem marido e mulher, subsistirá na totalidade a doação para o cônjuge sobrevivente”.

¹⁸ Lei 4.657, de 1942. Art. 10, §1º: “A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.”

¹⁹ Código Civil/16. Art. 1.611, §1º: “O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos, deste ou do casal, e a metade, se não houver filhos embora sobrevivam ascendentes do *de cuius*”.

²⁰ VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 170; LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns aspectos da ordem da vocação hereditária no novo código civil. In: NANNI, Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 676-717; Rodrigo da Cunha Pereira, Rolf Madaleno, Euclides de Oliveira, Mário Luiz Delgado, citados por CAHALI, Francisco José. Família e sucessões no código civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2. p. 329.

de que a participação sucessória do cônjuge sobrevivente se dá sobre os bens particulares deixados pelo falecido²¹, ou seja, sobre bens que o cônjuge não tem direito à meação, em clara expressão de garantia existencial do cônjuge sobrevivente²².

Fique claro que o propósito do artigo 1.829, I, do Código Civil, foi atribuir tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, outorgando-lhe participação hereditária sobre os bens particulares, com o propósito de evitar o desamparo do cônjuge sobrevivente após a morte do parceiro. Essa parcela do patrimônio particular do falecido atuaria como garantia de um mínimo existencial do cônjuge sobrevivente.

Basta ver que em todos os regimes de bens em que o cônjuge tem a meação de todo o patrimônio (comunhão universal e comunhão parcial sem bens particulares), o legislador categoricamente o afastou da concorrência sucessória com os descendentes, partindo do pressuposto que, tendo a titularidade de metade de todo o patrimônio do falecido, a meação do sobrevivente cumpre, *teoricamente*, a função tutelar que os bens particulares tendem a assegurar.

Portanto, com exceção ao regime da separação obrigatória de bens onde há desarrazoada uma sanção civil, em todos os demais regimes de bens em que o cônjuge não seja meeiro de todo o patrimônio, ele será herdeiro, com participação nos bens sobre os quais não incide a sua meação, ou seja, sobre os bens próprios ou particulares.

Ocorre que em dois precedentes relativamente recentes, o Superior Tribunal de Justiça, confundindo conceitos jurídicos distintos (meação e sucessão), distanciou-se da literalidade do artigo 1.829, I, do Código Civil, apartou-se *mens legislatoris*, afastou-se da doutrina majoritária e, principalmente, desconsiderou a perspectiva funcionalizada do direito sucessório contemporâneo.

No Recurso Especial nº 992.749-MS, relatado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, entendeu-se que “não remanesce, para o cônjuge casado mediante separação de bens, direito à meação, tampouco à concorrência sucessória, respeitando-se o regime de bens estipulado, que obriga as partes

²¹ Enunciado 270, das III Jornadas de Direito Civil: “O art. 1.829, inc. I, só assegura ao cônjuge sobrevivente o direito de concorrência com os descendentes do autor da herança quando casados no regime da separação convencional de bens ou, se casados nos regimes da comunhão parcial ou participação final nos aquestos, o falecido possuíse bens particulares, hipóteses em que a concorrência se restringe a tais bens, devendo os bens comuns (meação) ser partilhados exclusivamente entre os descendentes.”

²² LOUREIRO; LOUREIRO, op. cit., p. 676: “Pode-se afirmar, em linha geral, que o que procurou o legislador foi conferir ao cônjuge sobrevivente a posição de herdeiro concorrente com a primeira classe, no que se refere aos bens próprios, ou particulares do falecido, vale dizer, aqueles em que o viúvo não figura como meeiro, com o objeto de garantia de seu bem-estar. Pode-se traçar o princípio de que, quanto mais garantido estiver o cônjuge pelo regime de bens do casamento, menor será a sua participação na herança. Essa, aliás, a lição de Miguel Reale, para quem quando o regime legal de bens do casamento era o da comunhão universal, tendo o cônjuge já metade do patrimônio, ficava excluída a ideia de herança. Alterado o regime legal de bens do casamento, a questão mudou de figura, havendo necessidade da criação de mecanismos, no direito sucessório, de garantia do sobrevivente, mediante a inovação do sistema de classes concorrentes.”

na vida e na morte”, suprimindo, assim e integralmente, o direito sucessório do cônjuge sobrevivente.

Segundo a eminente Ministra, declaradamente sensibilizada pela particularidade do caso levado a julgamento – em que senhor de mais de cinquenta anos de idade e com patrimônio já formado casara-se dez meses antes com mulher trinta anos mais jovem quando já acometido de doença incapacitante –, “o fenômeno sucessório traduz a continuação da personalidade do morto pela projeção jurídica dos arranjos patrimoniais feitos em vida”, razão pela qual a morte não pode alterar o regramento matrimonial conscientemente contratado em vida.

Exceção à genérica colocação de que o cônjuge falecido já contava com idade avançada e adoentado, o acórdão não dedica uma única linha à análise da situação pessoal do cônjuge sobrevivente ou dos vínculos consolidados entre ele e o falecido durante a vida em comum; não atenta para o trato mantido entre marido e mulher durante o matrimônio extinto prematuramente pela morte de um deles, como exige a vertente humanizada e personalista do direito sucessório contemporâneo.

Infere-se, nas entrelinhas do v. acórdão, uma preocupação maior com a preservação do patrimônio para os filhos, com o mesmo viés patrimonialista característico do direito sucessório do século passado, esquecendo-se de que o patrimônio foi construído e edificado pelo falecido e que a ele pertence, devendo ser transferido àquelas pessoas caras sentimentalmente a ele, falecido; e não aos filhos.

Não é só nosso legislador que “não crê na sinceridade dos amores crepusculares, desconfia da veracidade das paixões tardias, duvida da autenticidade dos ardores vespertinos, suspeita da honestidade de quem se relaciona afetivamente com pessoa de idade avançada”²³.

Quem pode afirmar categoricamente que o falecido, ao optar pelo casamento pelo regime da separação convencional de bens, não o fez, justamente, para assegurar à jovem esposa parcela de seu patrimônio, dotando-a de patrimônio particular que lhe assegurasse uma existência digna?

Pressupondo-se que a ninguém é dado ignorar lei, o falecido tinha consciência que aquele regime de bens contratado asseguraria à sua esposa parcela de seu patrimônio particular e, mesmo assim, optou conscientemente pelo casamento em regime de separação convencional de bens. Quisesse afastar a parceira de seu patrimônio particular, bastava ter optado pela união estável, já que neste modelo de entidade familiar o companheiro sobrevivente concorre hereditariamente apenas nos bens adquiridos onerosamente durante o casamento.

²³ VELOSO, op. cit., 2009, p. 69.

Não o fez, optando, insista-se, de forma espontânea e consciente, por casar pelo regime da separação convencional de bens; aquele que defere tutela protetiva ao cônjuge sobrevivente, mas que foi solapada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Já no Recurso Especial nº 1.377.084-MG, também relatado pela Ministra Nancy Andrichi, a mesma linha de raciocínio do acórdão anterior foi adotada para suprimir, no casamento pela comunhão parcial de bens, a participação sucessória do cônjuge sobrevivente sobre os bens particulares do falecido, assegurando-lhe concorrência sucessória tão somente sobre a meação deixada pelo falecido.

Como razão de decidir, a eminente Relatora obtemperou que:

se o desejo do legislador foi o de evitar que um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro, essa celeuma não se resolve simplesmente atribuindo-lhe participação na partilha apenas dos bens particulares, quando houver, porque podem eles ser insignificantes, se comparados aos bens comuns existentes e amealhados durante toda a vida conjugal. [É] mais justo e consentâneo com a preocupação do legislador [...] permitir que o sobrevivente herde, em concorrência com descendentes, a parte do patrimônio que ele próprio construiu com o falecido, não lhe tocando qualquer fração daqueles outros bens que, no exercício da autonomia da vontade, optou – seja não por elegido regime diverso do legal, seja pela celebração do pacto antenupcial – por manter incomunicáveis, excluindo-os expressamente da comunhão.

Embora represente um primeiro passo no reconhecimento de que o direito sucessório merece uma reanálise a partir de uma perspectiva existencial dos interessados, os fundamentos jurídicos da decisão, *além de contrários ao artigo 1.829, I, do Código Civil*, são casuísticos. Basta imaginar um casamento pelo regime da comunhão parcial de bens *sem* bens comuns, apenas *com* bens particulares, para constatar que o cônjuge, aplicado o entendimento do acórdão em questão, nada receberá hereditariamente, frustrando, assim, toda a tutela legal sucessória do cônjuge sobrevivente estabelecida pelo Código Civil.

Mesmo que o patrimônio comum seja superior aos bens particulares de cada cônjuge, o deferimento da tutela sucessória sobre os bens particulares do falecido, e não sobre a meação dele, é a solução que empresta maior efetividade ao espírito da lei e ao perfil funcionalizado do direito sucessório de evitar que “um cônjuge fique ao desamparo com a morte do outro”, como reconhecido pela própria decisão. De fato, se a meação no patrimônio comum for superior ao patrimônio particular do falecido, como ventilado no acórdão, o desamparo do sobrevivente já terá sido evitado com a própria meação²⁴.

²⁴ Sem prejuízo deste ponto de vista, fica para reflexão posição interessante adotada nos autos REsp 97.241-DF que, em interpretação teleológica do Art. 1.829, I, do Código Civil, concluiu que a concorrência sucessória do cônjuge com os descendentes sobre os bens comuns ou particulares somente terá lugar quando inexistir meação capaz de assegurar o bem estar e a independência do cônjuge sobrevivente: “É excepcional a concorrência entre os descendentes e o cônjuge sobrevivente casado sob o regime de comunhão parcial de bens com o de cujus, prevista na parte final do artigo 1.829, inciso I, do atual Código Civil. Subsiste a concorrência, e tão-somente nestas hipóteses, se inexistentes bens comuns ou herança a partilhar, e o falecido deixar apenas bens particulares, tendo em vista o caráter protetcionista da norma que visa não desamparar o sobrevivente nessas situações excepcionais.”

A razão, talvez, esteja na harmonização de todos os interesses envolvidos sem perder de vista o caráter protecionista conferido pela legislação ao cônjuge sobrevivente e a imperiosidade de assegurar-lhe, por direito sucessório, o mínimo existencial, como fez o próprio Superior Tribunal de Justiça, especificamente no Recurso Especial nº 974.241-DF, relatado pelo Ministro Convocado Honildo Amaral de Mello Castro, ocasião em que, conferindo uma interpretação construtiva e teleológica do artigo 1.829, I, do Código Civil, concluiu que a concorrência sucessória sobre os bens particulares somente terá lugar quando inexista meação capaz de assegurar o bem estar, a segurança e a independência do cônjuge sobrevivente.

Semelhante posicionamento tem a vantagem de conformar-se à finalidade e ao perfil promocional do artigo 1.829, I, do Código Civil, com a vantagem de possibilitar, dentro desta interpretação construtiva, assegurar tutela sucessória ao cônjuge sobrevivente em regimes de bens em que, teoricamente, não haja previsão de concorrência sucessória, como é o caso da comunhão universal, mas que na hipótese prática não exista meação, e sim apenas bens particulares.

Poder-se-ia objetar que semelhante posicionamento faz distinção onde a lei não distinguiu, ou que ele abre um flanco enorme para interpretações subjetivas. Idêntica crítica foi endereçada ao Código Civil, permeado de cláusulas gerais e de conceitos indeterminados, fator de inicial insegurança para os operadores do direito que ponderavam para o enorme poder conferido aos aplicadores do direito. Passados dez anos de vigência do Código Civil, a jurisprudência construída a partir dos critérios teleológicos e sistemáticos não poderia ser mais positiva. Que se construa, então, um regramento sucessório humanizado e funcionalizado, atento à finalidade e ao sentido teleológico da lei!

Artigo 1.830 do Código Civil na legalidade constitucional

Embora clara a intenção do legislador de conferir ao cônjuge uma tutela sucessória qualificada, o Código Civil, como toda a legislação infraconstitucional, deve ser interpretado à luz da legalidade constitucional, sob pena de subversão hermenêutica e quebra da unidade sistemática. Nessa perspectiva, o direito sucessório socorre-se do direito de família para, em execução do dever de solidariedade entre pessoas próximas, indicar aquelas que serão chamadas à sucessão.

Pressupondo que a família *constitucionalizada* é compreensível como espaço de realização pessoal afetiva fundada na “solidariedade, na cooperação, e no respeito à dignidade de cada um de seus membros, que se obrigam mutuamente em uma comunidade de vida”²⁵, não é concebível que a legislação infraconstitucional atrele a qualidade de herdeiro do cônjuge à

²⁵ LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

simples existência de vínculo matrimonial desvinculada daqueles atributos próprios e indissociáveis das relações familiares, ou, tão grave quanto, que condicione a legitimação sucessória do cônjuge sobrevivente separado de fato à culpa ou à inocência do falecido, como faz o artigo 1.830 do Código Civil²⁶.

Como bem observado por Pietro Perlingieri²⁷:

o sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affectio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações familiares de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida.

O que empresta suporte fático e jurídico à legitimação sucessória entre cônjuges é o elo espiritual e afetivo que os une, ou a persistência, ao tempo da morte, de um projeto conjugal substitutivo do afeto e da unidade espiritual, quando ausentes o vínculo espiritual e afetivo²⁸.

Entre casais separados de fato inexistente esse elo espiritual e afetivo, como também não existe projeto conjugal comum que lhes confira legitimidade para reclamarem a condição de herdeiros reciprocamente. Se não há mais afeto, inexistente solidariedade e cooperação recíproca, ausente um projeto parental comum, não há mais casamento, tanto no plano dos fatos, quanto no dos sentimentos, subsistindo apenas uma reminiscência cartorial que se mostra imprestável a produzir efeitos patrimoniais, como já observava Mario de Aguiar Moura²⁹ em antiga lição:

a separação de fato representa a ruptura do elemento ético, trazendo em seu bojo o esfacelo de tudo que deve representar um casamento, tal como os valores de afeição, companheirismo, solidariedade nos bons e nos maus momentos inerentes à prática da vida, consolidação do mútuo amparo moral e material, câmbio das qualidades sexuais complementares dos dois sexos, enfim, provoca a quebra da mais íntima das uniões entre duas pessoas, antes estranhas, razão última dos efeitos de natureza pessoal e patrimonial do matrimônio.

Esse hiato entre casamento e sociedade conjugal (caracterizada pela presença de afeição ou projetos comuns) é tido pela doutrina³⁰ e pela

²⁶ Código Civil. “Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que a convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.”

²⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 244.

²⁸ É o caso de casais que, em nome dos filhos, mantêm um casamento despidido de afeto. Embora inexistente, interesses comuns os mantêm vinculados, persistindo, pois, um projeto conjugal ao tempo da morte que lhes legitima a herança.

²⁹ MOURA, Mario de Aguiar. *Divórcio*: questões controvertidas. Canoas: Livraria e Editora Vendramim, 1985. p. 207.

³⁰ CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000. p. 816-817; ALVIM, Tereza Celina de Arruda. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 70, p. 166-174, abr./jun. 1993. p. 170.

jurisprudência³¹ como suficiente para a cessação de regime de bens, como se constata no ilustrativo acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, relatado pelo eminente Desembargador Alves Braga, estando em vigor o Código Civil de 1916, quando o regime de bens então se caracterizava pela imutabilidade:

se o decurso do tempo gerou para os cônjuges o direito de postular a ruptura do vínculo conjugal, de fato desfeito pela longa separação e manifesta impossibilidade de reconciliação, não se há que falar em comunhão de bens onde tudo se rompeu: dever de fidelidade, affectio maritalis, vida em comum, respeito mútuo, criação da prole. O regime de bens é imutável sim. Mas se o bem foi adquirido quando nada mais havia em comum entre o casal, repugna ao direito e à moral reconhecer a comunhão apenas de bens e atribuir a metade desse bem a outro cônjuge³².

Paradoxalmente, os mesmos fundamentos éticos e jurídicos que se mostram suficientes para afastar os efeitos patrimoniais do regime de bens após separação fática do casal, impedindo a comunicação de patrimônio adquirido durante o período da separação fática, incompreensivelmente não sensibilizou o codificador de 2002 no trato do direito sucessório. Em clara inversão hermenêutica, o Código Civil disciplinou o direito sucessório do cônjuge sobrevivente de modo isolado, apartado, sem conexão com o direito de família, fonte inspiradora da própria ordem da vocação hereditária, como se isto fosse possível.

Enquanto o livro IV do Código Civil, dedicado ao Direito de Família, valorizou o elemento existencial do casamento³³, mitigou a culpa³⁴, enfatizou o trato e o afeto nas relações de parentesco³⁵, o livro seguinte, que trata do Direito das Sucessões, cerrou os olhos para estes avanços ao permitir, na literalidade do artigo 1.830 do Código Civil, que o cônjuge separado de fato concorra à herança, inclusive nas sucessões abertas após dois anos da separação fática, bastando, nesta hipótese, demonstrar que “não deu causa à separação”.

Não há razoabilidade ou sentido lógico para a diversidade de tratamento da matéria que, como pano de fundo, deita suas raízes no afeto e na solidariedade, inexistentes entre pessoas separadas de fato. O direito de família orienta e instrumentaliza o direito sucessório de modo que, ausente elemento ético e jurídico para a comunicação de bem após a separação de fato do casal, ausente

³¹ REsp 10.278/SP, REsp 60.80-RJ; REsp 555.771-SP; REsp 226.288, Ap. Cível 243.265, TJSP, Rel. Des. Pereira da Silva, Ap. Cível 249.925-1/5, TJSP, Rel. Mattos Faria; Ap. Cível 262.752-1/7, TJSP, Rel. Des. Ernani de Paiva.

³² Apelação Cível 94.780-1, TJSP, Rel. Des. Alves Braga, j. 3.10.1988, in: RJTJSP 114/102.

³³ Código Civil. Art. 1.511. “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”.

³⁴ Código Civil. 1.704. Parágrafo único. “Se o cônjuge declarado culpado vier a necessitar de alimentos, e não tiver parentes em condições de prestá-los, nem aptidão para o trabalho, o outro cônjuge será obrigado a assegurá-los, fixando o juiz o valor indispensável à sobrevivência”.

³⁵ Código Civil. Art. 1.593. “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou *outra origem*”. grifo nosso.

também estará o mesmo elemento ético e jurídico indispensável à legitimação sucessória, como atenta Ana Luiza Maia Nevares³⁶:

modificado o conceito de família, introduz-se o princípio que põe a ratio, o fundamento básico, do matrimônio e da vida conjugal na afeição dos cônjuges e “na necessidade de que perdure completa comunhão” entre os mesmos. [...] Na medida em que se concebe hoje a família como o locus onde se busca a felicidade e a paz, sendo um refúgio dos seres humanos, diversa conclusão não seria pertinente.

Assim, a separação de fato demonstra que cessou o pressuposto do casamento, qual seja, o afeto entre cônjuges. Não há mais comunhão de vida e de espíritos, sendo afastada, portanto, a razão da sucessão hereditária do cônjuge supérstite.

Não será preciso, portanto, aguardar dois longos anos de separação de fato, como cogitou respeitável corrente³⁷, para o padecimento do direito sucessório do cônjuge sobrevivente³⁸, como também não terão lugar discussões sobre a responsabilidade pela separação após aquele prazo bienal referido no artigo 1.830 do Código Civil que, ressalta-se, destoa inclusive da sistemática imposta pela Emenda Constitucional 66, responsável pela extirpação definitiva de prazos, de requisitos e de responsabilidades no divórcio³⁹.

Como bem observado por Rolf Madaleno⁴⁰:

Não mais pode interessar ao direito, como em retrocesso faz o artigo 1.830 do novo Código Civil, tentar demonstrar que o sobrevivente não foi culpado pela separação de fato. Importa o fato da separação, e não a sua causa, pois a autoria culposa não refaz os vínculos e nem restaura a coabitação, mote exclusivo da hígida comunicação de bens. A prova judicial de o cônjuge sobrevivente haver sido inocentemente abandonado pelo autor da herança ou sair pesquisando qualquer causa subjetiva da separação fatural, para caçar culpa de uma decisão

³⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 85-86.

³⁷ VELOSO, Zeno. Sucessão do cônjuge no novo código civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 17, p. 142-148, abr/maio 2003; CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 222; DANIELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004. p. 196; ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. *O divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões*. p. 8. Disponível em: <<http://bit.ly/1pkIK83>>. Acesso em: 20 jun. 2014. No mesmo sentido, Ap. Cível 0210833-63.2009.8.269.0007, TJSP, Rel. Des. Salles Rossi, j. 26.07.2012, vu.

³⁸ MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 291, p. 35-44, jan. 2002, p. 42: “Se a ausência de voluntária coabitação é capaz de desfigurar a noção superada de comunicação dos bens conjugais, estando pacificada a compreensão de que só mesmo a convivência conjugal numa habitação co-partida é que justifica e autoriza a repartição dos bens, não faz mais qualquer sentido seguir manipulando injustas ilusões de postergar na ficção do tempo o que os cônjuges já encerraram no plano de suas relações. Corpos e espíritos separados não podem gerar comunicação patrimonial fundada apenas no registro meramente cartorial do casamento. Mola-mestra da comunicação dos bens é a convivência conjugal, sendo que a simples separação de fato desativa o regime matrimonial. Portanto, não faz sentido que o novo Código Civil reclame ainda dois longos anos de fatural separação (Art. 1.830 do novo Código Civil), para só depois deste lapso de tempo afastar da sucessão o cônjuge sobrevivente. Ora, se não sobreviveu o casamento no plano fático, não há nexos em estendê-lo por dois no plano jurídico, apenas porque não foi tomada a iniciativa da separação ou do divórcio”.

³⁹ Pensamos que a ordem constitucional imposta pelo constituinte de 1988 já autorizava, em respeito à pessoa humana e a valores existenciais, a concessão do divórcio direto ainda que não implantado o prazo bienal do §6º, do artigo 226º da Constituição Federal (1988), em sua redação original, antes da modificação introduzida pela Emenda Constitucional 66, de 2010, afinal, ninguém pode ser obrigado a permanecer casado ou vinculado ao matrimônio. A Emenda Constitucional apenas tornou inviduosa a questão.

⁴⁰ MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório. In: _____. *Direito sucessório em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 119.

unilateral é, mais uma vez, andar na contramão do direito familista brasileiro, que, desde a Lei do Divórcio de 1977, já havia vencido estes ranços culturais.

A ausência da comunhão de vida, atestada pela ruptura da vida em comum com ânimo definitivo, é suficiente para afastar o direito sucessório do cônjuge separado de fato, independentemente de prazos, ou da expiação de culpas. É chegada a hora de protagonizarmos no direito sucessório as mesmas evolução e revolução verificadas em todos os demais ramos do direito privado, em especial nas relações familiares.

Sem reduzir a importância do conteúdo patrimonial inerente ao direito sucessório, é preciso vê-lo e interpretá-lo com outros olhos, com olhos mais humanos, dentro de uma perspectiva existencial que valorize a pessoa do herdeiro e os vínculos efetivamente mantidos entre ele e o falecido, de modo que o patrimônio outorgado hereditariamente lhe assegure existência digna e inserção social, inegável tradução de solidariedade, de cooperação e da eticidade impostas às pessoas próximas⁴¹.

Na oportuna observação de Gustavo Tepedino⁴², “o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, com a Constituição da República”, exigindo dos operadores do direito “um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando-lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional”.

Dentro deste espírito concluímos que o artigo 1.830 do Código Civil não pode ser lido em sua literalidade, como fez o Tribunal de Justiça de São Paulo⁴³. Para conformá-lo à legalidade constitucional e emprestar-lhe interpretação harmônica e sistemática, é imperioso suprimir prazos e causas do dispositivo, *reconhecendo direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato*. Nada além.

Conclusões

A influência exercida pela Constituição Federal nas relações privadas ainda não foi totalmente compreendida e aplicada nas relações sucessórias. Enquanto

⁴¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 11-25, abr./maio 2005. p. 11: A concorrência sucessória “propicia a concretização dos princípios da eticidade (sob o prisma da dignidade da pessoa humana daqueles que, autenticamente, mantiveram relações familiares com o falecido até o fim da existência deste); da socialidade (levando em conta o solidarismo social que enfeixa todas as relações jurídicas do sistema jurídico); e da operabilidade (diante da indispensabilidade de as normas jurídicas se tornarem mais próximas da realidade social, sem o distanciamento que tradicionalmente se verificou, especialmente sob a égide do Código Civil de 1916).”

⁴² TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15.

⁴³ Ap. Cível 543.700-4/0-00, TJSP, Rel. Des. Paulo Eduardo Razuk, j. 03.02.2009.

o contrato, a propriedade, a empresa e a família foram *repersonalizados* a partir de um viés existencial, o fenômeno sucessório ainda resiste, como se fosse possível trilhar outro caminho.

A tutela sucessória deve necessariamente ser compreendida em todas as suas perspectivas existenciais e funcionalizadas, distribuindo patrimônio àquelas pessoas importantes e representativas ao autor da herança, e, dentre elas, inegavelmente o cônjuge ocupa posição de destaque.

Por maior e mais incondicional que seja o amor nutrido pelos pais, os filhos seguirão sua sorte e formarão seus próprios núcleos familiares. O cônjuge é o único parceiro fixo de um projeto existencial livre e conscientemente aceito. Razoável, portanto, que lhe seja deferida uma tutela sucessória adequada, assegurando-lhe parcela do patrimônio particular do falecido, sempre que não lhe for assegurado patrimônio comum suficiente que lhe assegure uma vida digna semelhantemente aquela experimentada até o falecimento do outro. O regime de bens atuará, na forma do artigo 1.829, I, do Código Civil, como um critério norteador do direito sucessório, mas não será ele, regime de bens, que determinará isoladamente o deferimento de sucessão ao cônjuge sobrevivente, merecedor de tutela sucessória se, convivendo com o falecido ao tempo da sua morte, o patrimônio em comum não lhe assegurar patrimônio mínimo capaz de viver com dignidade.

Referências

ALBUQUERQUE JUNIOR, Roberto Paulino. *O divórcio atual e sua repercussão no direito das sucessões*. Disponível em: <<http://bit.ly/1pkIK83>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

ALVIM, Tereza Celina de Arruda. Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais. *Revista de Processo*, Revista dos Tribunais, v. 70, p. 166-174, abr./jun. 1993.

CAHALI, Francisco José. *Família e sucessões no código civil de 2002: acórdãos, sentenças, pareceres e normas administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 2.

_____. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CAHALI, Yussef Said. *Divórcio e separação*. 9. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

CORTINANO JUNIOR, Eroulths. Para além das coisas: breve ensaio sobre o direito, a pessoa e o patrimônio mínimo. In: RAMOS, Carmem Lucia Silveira (Org.). *Diálogos sobre direito civil: construindo uma racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155-166.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil à luz do novo código civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Elementos críticos do direito de família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIAS, Christiano Chaves de; ROSELVALD, Nelson. *Curso de direito civil: direito de família*. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Concorrência sucessória à luz dos princípios norteadores do Código Civil de 2002. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 29, p. 11-25, abr./maio 2005.
- LÔBO, Paulo. O princípio da igualdade e o novo código civil. In: TORRES, Faber et al. (Org.) *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio Janeiro: Campus Elsevier, 2011.
- _____. *Direito civil: famílias*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LOUREIRO, José Eduardo; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Alguns aspectos da ordem da vocação hereditária no novo código civil. In: NANNI, Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 676-717.
- MADALENO, Rolf. O novo direito sucessório brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 291, p. 35-44, jan. 2002.
- _____. O novo direito sucessório. In: _____. *Direito sucessório em pauta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 112-119.
- MOURA, Mário de Aguiar. *Divórcio: questões controvertidas*. Canoas: Livraria e Editora Vendramim, 1985.
- NEVARES, Ana Luiza Maia. *A função promocional do testamento: tendências do direito sucessório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- _____. *A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- TARTUCE, Flavio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- _____. *Usufruto legal do cônjuge viúvo*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____. (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VELOSO, Zeno. *Direito hereditário do cônjuge e do companheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Sucessão do cônjuge no Novo Código Civil. *Revista Brasileira de Direito de Família*, v. 17, p. 142-148, abr./maio 2003.

Perspectiva do Direito à Educação Inclusiva para Autistas e Aspergers

ISABELA SOUZA RAINHO DE OLIVEIRA

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutoranda em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). E-mail: anapolacchini@uol.com.br

Resumo: A presente pesquisa volta-se para debater o direito fundamental à educação, aborda questões pertinentes à inclusão escolar no Brasil, ao respaldo desta no âmbito jurídico e políticas públicas relacionadas ao processo inclusivo. Este estudo avança especificamente no campo da educação especial e inclusiva, investigando o processo formal de inclusão do sujeito com Síndrome de Asperger e/ou Autismo.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Educação. Políticas de inclusão. Síndrome de Asperger. Autismo.

Abstract: This research discuss the fundamental right to education, and addresses issues to social inclusion in Brazil and to the support of the legal framework built around it in order to analyzes the effectiveness of public policies related to the inclusive process. This study specifically advances in the field of special education and inclusive investigating the inclusion of subjects with Asperger Syndrome and/or Autism.

Keywords: Fundamental rights. Education. Inclusive policies. Asperger syndrome. Autism.

Introdução

A educação é direito de todos. Este direito fundamental encontra-se previsto no artigo 6º da Constituição Federal (CF)¹. E este é o ponto de partida para uma discussão que tem por referência debater o sentido e extensão deste direito à pessoa com deficiência e, mais especificamente, àqueles considerados autistas e/ou com síndrome de Asperger.

A inclusão escolar da pessoa com deficiência é uma garantia, desdobramento do direito à educação, conforme estabelecem, além do já mencionado, também os artigos 208 do texto constitucional e 3º e 4º da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo².

Esses dispositivos servem de orientação formal para a sociedade e, em especial para a atuação do Estado, na garantia de acesso à educação e ao ensino escolar. Mais do que uma orientação ou diretriz, é norma cujo cumprimento deve ser observado.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

² BRASIL. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

A educação envolve ações coletivas e processos individuais. Contempla a socialização, o desenvolvimento dos indivíduos³, a transmissão da cultura, a formação para a vida, para o trabalho. Pode servir a diversos propósitos e ter por referência amplos fundamentos. Do mesmo modo o ensino.

O ensino integra o processo educacional e, no Brasil, é conduzido por via de ações estatais e especialmente pela educação escolar. Conforme dispõe a Constituição Federal, a ação do Estado deve se pautar em uma atuação que promova o bem, sem preconceitos (CF, art. 3º, IV) que minore desigualdades, garantindo a dignidade e a cidadania (CF, art. 1º, incisos II e III) e, assim disposto, deve procurar reduzir diferenças, mas também considerá-las durante o processo, em respeito à dignidade dos indivíduos e, no caso aqui tratado, em atenção à educação e ao ensino.

A atuação estatal inclui ações planejadas e com fins específicos, constituindo as chamadas políticas públicas. Conforme pontou Patrícia Massa-Arzabe, as políticas públicas:

podem ser consideradas conjuntos de programas de ação governamental estáveis no tempo, racionalmente moldados, implantados e avaliados, dirigidos à realização de direitos e de objetivos social e juridicamente relevantes, que buscam a distribuição e redistribuição de bens e posições que concretizem oportunidades para cada pessoa viver com dignidade e exercer seus direitos, assegurando-lhes recursos e condições para a ação, assim como a liberdade de escolha para fazerem uso desses recursos⁴.

Frise-se que o poder executivo é o legitimado a implantar as denominadas políticas públicas. Deste modo, a Constituição Brasileira de 1988, em razão das circunstâncias históricas pós-ditadura militar, optou por prever exaustivamente em seu texto muitas das responsabilidades e ações a serem adotadas pelo Estado. O texto evidenciou valores e princípios próprios a conduzirem as ações do Estado na garantia dos direitos ali estabelecidos.

Neste sentido argumenta Maria Paula Dallari Bucci que:

as políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico⁵.

³ LOURENÇO FILHO, Manoel Bergstrom. *Tendências da educação brasileira*. 2. ed. Brasília: MEC/INEP, 2002. p. 59-61.

⁴ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 63.

⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25-44. p. 31.

Assim considerando, o direito à educação e ao ensino, tutelados pelo Estado, por via da legislação e de políticas públicas, é garantia constitucional promocional da cidadania e da dignidade, inclusive para a pessoa com deficiência.

O segmento das pessoas com síndrome de Asperger e autismo é frágil, vulnerável, tanto diante da raridade dos casos e do desconhecimento de sua condição pelos envolvidos, como pelo fato de que os processos socializantes exigem dos indivíduos um modo de inclusão padronizada.

O autismo se manifesta em todos os países e não se pode precisar sua causa específica⁶. A síndrome de Asperger é considerada uma das variações de níveis do autismo. A primeira descrição de autismo é de Leo Kanner em 1943, definindo-o como “distúrbio do contato afetivo”⁷. Nesse sentido, os autistas e aspergers seriam inaptos para estabelecer relações com o outro nos moldes padronizados socialmente. Autistas costumam ter atraso na aquisição da linguagem e, quando esta se manifesta, nem sempre é compreendida pelos demais sujeitos no processo comunicacional. Os aspergers, por sua vez, costumam dar provas de uma memória notável em algumas áreas específicas, outras vezes apresentam estereotípias gestuais e têm uma necessidade imperiosa de manter imutável seu ambiente material⁸. Em todo o mundo a incidência de autismo é de um em cada 175 nascimentos, sendo quatro meninos para uma menina⁹. O diagnóstico é difícil. Essa condição desfavorece o cuidado com o grupo e o seu acompanhamento permanente.

Estes fundamentos, ao determinarem a promoção do bem, sem preconceitos, levantam o debate sobre o modo como essa garantia deve ser executada junto à pessoa com deficiência. O cenário que se constitui inclui a dificuldade de criação e operacionalização de políticas educacionais, da fixação de seus objetivos, do respeito aos educandos do preparo dos envolvidos no processo. Trata-se de um cenário que considera uma dicotomia exclusão/inclusão, mas também a problemática de uma inclusão precária.

Imperioso para o debate, portanto, é a compreensão do sistema construído para promover a inclusão. À esta situação de dificuldade de identificação acresce-se que suas condições de participação se veem prejudicadas e as equipes que lidam com essa realidade têm dificuldades de preparação. Nesse

⁶ GAUDERER, Ernest Christian. *O pensamento de Edward M. Ornitz in Autismo, década de 80: uma atualização para os que atuam na área: do especialista aos pais*. São Paulo: Servier, 1985.

⁷ apud KLIN, Ami. Autismo e síndrome de Asperger: uma visão geral. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, supl. 1, p. 3-11, maio 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 de jul. 2014.

⁸ ORNITZ, Edward M. apud GAUDERER, op. cit., p.131.

⁹ CAMARGOS JR, Walter (Coord.). *Transtornos invasivos do desenvolvimento: 3º Milênio*. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2005. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/Transtornos%20Invasivos%20do%20Desenvolvimento%20-%203º%20Milênio.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

sentido, Glat, Pletsch e Fontes¹⁰ compartilham o entendimento de que a inclusão deve oferecer ganhos em conteúdo e socialização e que a inclusão em um quadro precário e sem o devido suporte aos professores não rompe o circuito da exclusão.

Do mesmo modo observou a professora Ana Paula Polacchini de Oliveira ao afirmar que “a coletividade, detentora de necessidades e condições para uma existência digna, tem agonizado entre a sujeição passiva à incidência de direitos e a tentativa de protagonizar a construção e implementação dos direitos fundamentais”¹¹.

Assim considerando, mostra-se, como uma necessidade inicial, compreender o processo formal de efetivação do direito constitucionalmente garantido.

Marco histórico da legislação sobre educação inclusiva

Faz-se salutar, inicialmente, uma breve explanação sobre o contexto histórico da educação inclusiva no Brasil. O paradoxo inclusão/exclusão acompanha a educação escolar. Tanto cabe destaque para conquistas de movimentos em favor da inclusão escolar e contrários à discriminação e preconceitos de qualquer natureza.

A Lei 4.024, de 20 de dezembro de 1961, que fixava as diretrizes e bases da educação nacional, dispôs brevemente no título X sobre a educação dos “excepcionais”. O artigo 88 dispunha sobre a educação desse segmento para “integrá-lo na comunidade” e estabeleceu que, naquilo que fosse possível, a sua educação deveria se enquadrar no sistema geral de educação¹². Nesse sentido, o que ali não se enquadrasse caracterizava a criação de um sistema especial.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional de 1996 reservou um capítulo à educação especial. Esta foi considerada “modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos que apresentam necessidades especiais”¹³.

A Política Nacional de Educação Especial, na Perspectiva da Educação Inclusiva, esboçou um histórico sobre o processo de institucionalização da educação inclusiva. O documento descreve que:

¹⁰ GLAT, Rosana; PLETSCHE, Márcia Denise; FONTES, Rejane de Souza. *Educação inclusiva & educação especial: propostas que se complementam no contexto da escola aberta à diversidade*. Santa Maria, 2007. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/ce/revista>>. Acesso em: 12 de jul. 2014.

¹¹ OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de. Pressuposto jusfilosófico da inclusão social como fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÊ, Henry. *Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal Editora, 2010. p. 38-58. p. 43.

¹² BRASIL. Lei. 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14024.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹³ BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

A educação especial se organizou tradicionalmente como atendimento educacional especializado substitutivo ao ensino comum, evidenciando diferentes compreensões, terminologias e modalidades que levaram a criação de instituições especializadas, escolas especiais e classes especiais, conforme demonstra a história no Brasil¹⁴.

No século XIX, em 1854, foram criadas no Brasil a instituição Imperial dos Meninos Cegos e em 1857 o Instituto dos Surdos Mudos, ambos no Rio de Janeiro. No século XX, destaca-se a fundação do Instituto Pestalozzi, especializado no atendimento das pessoas com deficiência mental; e em 1954, a Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE)¹⁵.

A Lei nº 5.692/71 alterou o diploma de 1961 e dispôs que aqueles que apresentassem “deficiências físicas, mentais, os que se encontrem em atraso considerável quanto à idade regular de matrícula e os superdotados” deveriam receber tratamento especial, nos termos fixados pelos Conselhos de Educação (art. 9º)¹⁶.

Para tanto, o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP) foi criado no âmbito do Ministério da Educação, por intermédio do Decreto 72.425 de 1973¹⁷, para articular e propor estratégias para as pessoas com deficiência ou superdotação. Neste contexto, o debate se concentrou nas políticas públicas voltadas à educação especial destes alunos com deficiência ou superdotação.

A Constituição Federal de 1988, ao prescrever no artigo 205 a educação como um direito de todos, estabeleceu como objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho. Preconiza ainda, no artigo 206, inciso I, que deve haver “igualdade de condições de acesso e permanência na escola”, como um dos princípios para o ensino. No artigo 208 atribuiu ao Estado o dever de oferecer atendimento educacional especializado, preferencialmente na rede regular de ensino.

Ressalte-se, ainda, como legislação pertinente à matéria, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, que em seu artigo 55 determina que “os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”¹⁸.

¹⁴ BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Brasília, DF, 2008a. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014. p. 2.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BRASIL. Lei. 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 ago. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15692.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹⁷ BRASIL. Decreto 72.425, de 3 de julho de 1973. Cria o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jul. 1973. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextIntegral.action?id=186315>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

¹⁸ BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Em 1999, o Decreto nº 3.298 que regulamenta a Lei nº 7.853/89, ao dispor sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, define, em seu artigo 24, II, a educação especial como uma modalidade transversal a todos os níveis e modalidades de ensino, enfatizando a atuação complementar da educação especial ao ensino regular¹⁹.

Além disso, ainda foram formuladas a Declaração Mundial de Educação para Todos de 1990 (Conferência Mundial de Jomtien, na Tailândia) e a Declaração de Salamanca de 1994 (Conferência Mundial de Educação Especial de Salamanca, na Espanha), que foram importantes na consecução das políticas públicas da educação inclusiva.

Foi publicada a Política Nacional de Educação Especial, em 1994²⁰, condicionando o acesso às classes comuns de ensino regular àqueles que possuíssem “condições de acompanhar e desenvolver as atividades curriculares programadas”²¹.

Atualmente a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96, no artigo 59, preconiza que os sistemas de ensino devem assegurar aos alunos currículo, métodos, recursos e organização específicos para atender às suas necessidades.

Alçando-se nestes princípios, as Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica, Resolução CNE/CEB nº 2/2001, no artigo 2º, determinam que: os sistemas de ensino devem matricular todos os alunos, cabendo às escolas organizar-se para o atendimento aos educandos com necessidades educacionais especiais, assegurando as condições necessárias para uma educação de qualidade para todos²².

O Plano Nacional de Educação, Lei nº 10.172/2001, destaca que “o grande avanço que a década da educação deveria produzir seria a construção de uma escola inclusiva que garanta o atendimento à diversidade humana”²³. A Convenção da Guatemala, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 3.956/2001, define em seu artigo 1º que discriminação por deficiência consiste em “diferenciação ou exclusão que possa impedir ou anular o exercício dos direitos humanos e de suas liberdades fundamentais”²⁴.

¹⁹ BRASIL. Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20dez 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁰ BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Política Nacional de Educação Especial*. Livro 1. Brasília, DF, 1994.

²¹ *Ibid.*, p. 19.

²² BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Resolução CNE/CP 1, de 18 de fevereiro de 2002*. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rcp01_02.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²³ BRASIL. Lei n. 10.172, de 10 de janeiro de 2001. Estabelece o Plano Nacional de Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁴ BRASIL. Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 out. 2001b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Verifica-se que da discriminação genérica de transmissão de conteúdo e de inclusão na comunidade a legislação passou por um processo em que tenta dispor sobre o respeito aos deficientes e suas peculiaridades, aliando a tentativa de integrá-los nos processos educacionais básicos.

Nesse sentido, na perspectiva da educação inclusiva, a formação de pessoal passa a ser matéria importante. A Resolução CNE/CP nº 1/2002²⁵, que estabelece as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, define em seus artigos 2º e 6º que as instituições de ensino superior devem propor uma formação de docentes que tenham condições de acolhimento e tratamento da diversidade e com conhecimento para necessidades educacionais especiais.

O Ministério da Educação criou, em 2003, o Programa Educação Inclusiva que estabelece o direito à diversidade, visando transformar os sistemas de ensino em sistemas educacionais inclusivos. O Programa dispõe sobre a abertura de um amplo processo de formação de gestores e educadores nos municípios brasileiros para a garantia do direito de acesso de todos à escolarização, a organização do atendimento educacional especializado e a promoção da acessibilidade²⁶.

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela ONU em 2006²⁷, da qual o Brasil é signatário, estabelece a preocupação com um sistema de educação inclusiva em todos os níveis de ensino, com um propósito de educação plena (artigo 1º), maximizando desenvolvimento, a personalidade, a socialização e o ensino (artigo 24), inclusive por medidas individualizadas.

A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, o Ministério da Educação, o Ministério da Justiça e a UNESCO instituíram em 2006 o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos²⁸, com a proposta de ações programáticas para a constituição de currículos, discussão de temáticas e ações afirmativas sobre pessoas com deficiência para inclusão, acesso e permanência na educação em todos os níveis.

Assenta também, o Decreto nº 6.094/2007²⁹ sobre o acesso e permanência no ensino regular, o atendimento às necessidades educacionais especiais, de modo a superar a oposição entre educação regular e educação especial.

²⁵ BRASIL, 2014, op. cit.

²⁶ BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Programa Educação Inclusiva: direito à diversidade*. Brasília, DF, 2006.

²⁷ BRASIL, 2009, op. cit.

²⁸ BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Pleno. Resolução 1 de 30 de maio de 2012. *Estabelece diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos*. Brasília, DF, 2008b. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/br/pnedh2/pnedh_2.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁹ BRASIL. Decreto 6.094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos Pela Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6094.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

O sistema de indicadores de direitos humanos, constituído no intuito de ampliar as garantias e direitos fundamentais, Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH 3), define, em seus Eixos Orientadores II e V, medidas e políticas que devem ser efetivadas “para reconhecer os indivíduos como iguais em suas diferenças”³⁰.

Nota-se, portanto, a existência de normas regulamentadoras da educação inclusiva e planos de atuação do Estado e neste sentido, calcados nos princípios constitucionais, bem como nos programas do governo e demais resoluções pactuadas nas diversas conferências internacionais sobre essa temática. Insta mensurar o impacto ocasionado pela atual política de educação inclusiva para sociedade, observando a efetividade destas para os indivíduos autistas e aspergers³¹.

O ordenamento jurídico brasileiro está em teoria bem preparado para diminuir as diferenças existentes entre os denominados “especiais” e os denominados “normais”, todavia esta não é bem a realidade das escolas no Brasil, sendo que a lei reitera as situações que se veem limitadas pelas condições insuficientes oferecidas pela escola.

Neste contexto, observa-se que a execução destas políticas torna-se contraditória, “em virtude da adoção dos princípios da inclusão sem um consenso educacional, cultural, social e econômico que os legitime”³². Nesta questão reside uma das dificuldades. A prestação de serviços necessários ao cumprimento de leis e das políticas públicas atuais deve ser eficaz, não pode tornar-se meramente letra morta, utilizando-se inclusive da jurisdição para fazer valer os direitos fundamentais.

Autismo, Asperger e a Lei

Insta, neste momento, uma breve diferenciação entre o espectro autista e a síndrome de Asperger. Em primeiro momento, faz-se salutar compreender que não existe autismo em si, mas sim a concepção de um espectro de desordens autísticas. Nestas aparecem as mesmas dificuldades, mas em graus de comprometimento variáveis, ou seja, há um grupo de indivíduos com características autistas em grande proporção e com deficiência mental grave, e um grupo com o tipo de autismo que tem comprometimento moderado e os indivíduos com a síndrome de Asperger³³.

³⁰ BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Decreto nº 7.037, de 12 de maio de 2010. Política Nacional de Direitos Humanos – PNDH3. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 maio 2010. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/ProgrammaNacionalDireitosHumanos2010.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2013. p. 53.

³¹ DIAZ, Félix et al. (Org.). *Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas*. Salvador: EDUFBA, 2009.

³² MELO, Sandra Cordeiro; LIRA, Solange Maria; FACION, José Raimundo. Políticas inclusivas e possíveis implicações no ambiente escolar. In: FACION, José Raimundo (Org.). *Inclusão escolar e suas implicações*. Curitiba, PR: Ibpx, 2008, p. 58.

³³ SCHWARTZMAN, José Salomão. *Transtornos globais do desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.schwartzman.com.br/php/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=6:transtornos-globais-do-desenvolvimento=20>. Acesso em: 18 out. 2013.

A deficiência mental é considerada uma “substancial limitação da capacidade de aprendizagem do indivíduo e de suas habilidades para a vida diária”³⁴. O autismo se manifesta em graus e modos diversos e estes se reproduzem no desenvolvimento físico, no aprendizado, nas manifestações e interações sociais. Exemplificando, alguns falam, mas não se comunicam e têm também dificuldade de compreensão, embora possam entender enunciados simples, aprendem apenas o sentido literal das palavras, não compreendendo as metáforas nem o duplo sentido. São voltados para si mesmos e têm pouca ligação com o ambiente, não olham nos olhos dos outros, não entendem pistas sociais.

As pessoas com a síndrome de Asperger apresentam as mesmas dificuldades dos outros, mas numa medida bem reduzida. São verbais e podem ser confundidos com gênios. O primeiro trabalho sobre essa síndrome foi feito pelo psiquiatra e pediatra austríaco Hans Asperger, mas permaneceu praticamente desconhecido. O reconhecimento internacional ocorreu somente em 1994, quando foi incluída pela primeira vez no *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM)*, o manual de diagnóstico e estatísticas de transtornos mentais, organizado pela Associação Americana de Psiquiatria que, a partir de 2013, passa a tratá-la como uma forma branda de autismo³⁵. Klin afirma que não há limitação significativa:

na linguagem falada ou na percepção da linguagem, no desenvolvimento cognitivo, nas habilidades de autocuidado e na curiosidade sobre o ambiente. Interesses circunscritos intensos que ocupam totalmente o foco da atenção e tendência a falar em monólogo, assim como incoordenação motora, são típicos da condição, mas não são necessários para o diagnóstico³⁶.

Fixado este ponto, passamos a analisar o espectro autista dentro do contexto sócio-educacional, democrático e constitucional. Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), 10% da população mundial tem algum tipo de deficiência. Já no Brasil, consoante o Censo 2000, existem 24,6 milhões de deficientes, o equivalente a 14,5% da população brasileira³⁷.

Mesmo diante do amplo aparato legal, até o final do ano de 2012 não havia norma regulamentadora do espectro autista que o instituisse como deficiente, o que restringia esta parcela da sociedade a participar de programas inclusivos como, por exemplo, cotas em universidades ou no mercado de trabalho.

Todavia havia previsões infra-legais em programas relativos a direitos humanos e políticas de educação inclusiva, como se observa do texto a

³⁴ BRASIL, 2008a, op. cit., p. 2.

³⁵ Loc. cit.

³⁶ Ibid., p. 5.

³⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência*. Brasília, DF, 2008c. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_pessoa_deficiencia.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

seguir retirado da Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva:

Consideram-se alunos com deficiência aqueles que têm impedimentos de longo prazo, de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, que em interação com diversas barreiras podem ter restringida sua participação plena e efetiva na escola e na sociedade. Os alunos com transtornos globais do desenvolvimento são aqueles que apresentam alterações qualitativas das interações sociais recíprocas e na comunicação, um repertório de interesses e atividades restrito, estereotipado e repetitivo. Incluem-se nesse grupo alunos com autismo, síndromes do espectro do autismo e psicose infantil³⁸.

A Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012³⁹, concretizou formalmente o tratamento específico da matéria ao instituir a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.

Pode-se afirmar que, da perspectiva da proteção formal, constituiu um grande avanço para essa minoria segregada socialmente. O §2º do artigo 1º da lei, transcrito a seguir, consagrou o transtorno do espectro autista como deficiência ao estabelecer que “a pessoa com transtorno do espectro autista é considerada pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais”⁴⁰. Ainda, à luz dos elementos conceituais que subsidiaram sua formulação, observa-se, *in verbis*, o disposto na Lei nº 12.764/2012. O §1º do artigo 1º do documento legal considera como pessoa com transtorno do espectro autista aquela portadora de síndrome clínica caracterizada como:

[...] deficiência persistente e clinicamente significativa da comunicação e da interação sociais, manifestada por deficiência marcada de comunicação verbal e não verbal usada para interação social; ausência de reciprocidade social; falência em desenvolver e manter relações apropriadas ao seu nível de desenvolvimento; ou por padrões restritivos e repetitivos de comportamentos, interesses e atividades, manifestados por comportamentos motores ou verbais estereotipados ou por comportamentos sensoriais incomuns; excessiva aderência a rotinas e padrões de comportamento ritualizados; interesses restritos e fixos⁴¹.

Superado este ponto, discorreremos acerca dos direitos elencados pela Lei nº 12.764/2012 às pessoas com o transtorno do espectro autista, quais sejam:

Art. 3º São direitos da pessoa com transtorno do espectro autista:

I - a vida digna, a integridade física e moral, o livre desenvolvimento da

³⁸ BRASIL, 1994, op. cit., p. 15.

³⁹ BRASIL. Lei 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Ibid.

- personalidade, a segurança e o lazer;
- II - a proteção contra qualquer forma de abuso e exploração;
- III - o acesso a ações e serviços de saúde, com vistas à atenção integral às suas necessidades de saúde, incluindo:
- a) o diagnóstico precoce, ainda que não definitivo;
 - b) o atendimento multiprofissional;
 - c) a nutrição adequada e a terapia nutricional;
 - d) os medicamentos;
 - e) informações que auxiliem no diagnóstico e no tratamento;
- IV - o acesso:
- a) à educação e ao ensino profissionalizante;
 - b) à moradia, inclusive à residência protegida;
 - c) ao mercado de trabalho;
 - d) à previdência social e à assistência social⁴².

O artigo acima aponta para o reconhecimento das pessoas que possuem o transtorno de espectro autista, estabelecendo a estes direitos iguais aos de qualquer outro cidadão, em especial no que se refere à educação, como forma de garantir seu pleno desenvolvimento como pessoa e preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

É cediço, no entanto, que a ordem jurídica inaugurada pelo texto de 1988 revela a situação de um povo existente e o sentido das normas ou dos direitos previstos não estão ali, no texto, encerrados ou por ele contidos: o significado dos direitos fundamentais é dinâmico e deve ser compreendido na vivência e convivência diárias, inseridas em uma historicidade. Sob este prisma ressaltamos a questão da inclusão no âmbito escolar para as pessoas com o transtorno acima descrito, considerando ser direito assegurado a estas, atualmente de forma específica, revelando o contexto da realidade destes indivíduos.

A inclusão escolar dos autistas e Aspergers

O Plano de Desenvolvimento da Educação reconhece que a educação é um processo de socialização e individualização voltado para a autonomia; não pode ser segmentada de acordo com a conveniência administrativa⁴³. A educação inclusiva, sobretudo, significa provisão de oportunidades equitativas a todos os estudantes, incluindo aqueles com deficiências severas, para que eles recebam serviços educacionais eficazes, com os necessários serviços suplementares de auxílios e apoios, em classes adequadas à idade, em escolas da vizinhança, a fim de prepará-los para uma vida produtiva como membros plenos da sociedade⁴⁴.

⁴² Ibid.

⁴³ BRASIL. Ministério da Educação. *Plano de Desenvolvimento da educação: razões, princípios e programas*. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro/>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁴⁴ SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997. p. 122.

A inclusão não pode ser precária. Isso implica em um processo democrático e exige a modificação dos sujeitos em geral para aceitar a diferença, compreendê-la e transformar-se com ela. As pessoas com necessidades educacionais especiais são pessoas produtivas, com afetividade e desejos. A inclusão efetiva as traz para o convívio, oferece oportunidades e condições, em todos os ambientes, mas também as respeita em suas peculiaridades.

Assim, não obstante as diversas normas existentes que regulamentam a educação inclusiva no Brasil, bem como as políticas públicas de incentivo à inclusão no âmbito escolar para os deficientes em qualquer nível, estas não são *in totum* efetivadas, e também estão em processo de constante transformação.

É fato que, após a promulgação do decreto que destituiu a classe especial e obrigou todos os cidadãos a se matricularem na escola de ensino regular, o número de matrículas cresceu significativamente. Mas cabe analisar a frequência destes alunos com necessidades especiais nas escolas, bem como o desenvolvimento destes nas atividades curriculares. Isto porque, a inclusão como está imposta, apenas insere o aluno com espectro autista no meio social, mas não lhe dá subsídios para o aprendizado de fato, o que acaba lhe deixando, apesar de dentro da sala de aula, ainda mais isolado da sociedade.

Sabe-se que, conforme salienta a Política Nacional da Educação Especial, é necessário o atendimento educacional especializado, em todas as modalidades da educação básica, para apoiar o desenvolvimento dos alunos, constituindo oferta obrigatória dos sistemas de ensino, e deve ser realizado no turno inverso ao da classe comum, na própria escola ou centro especializado que realize esse serviço educacional.

Nesse sentido, a experiência tem demonstrado que o primeiro passo não é apenas compreender a legislação. Essa foi historicamente construída, inclusive por profissionais da área. É preciso dela participar e debatê-la constantemente. A partir dessa configuração, verifica-se também a escassez de publicações sobre estratégias de intervenção educacional frente às demandas de alunos com transtornos globais de desenvolvimento, bem como a dificuldade para qualificação e informação dos docentes, a respeito da inclusão dessa categoria. Para Carlos Eduardo Gonçalves Leal:

Não é possível construir um modelo explicativo sobre a subjetividade social da escola e os processos subjetivos que envolvem a política educacional de inclusão sem investigar a subjetividade de seus protagonistas, como, por exemplo, os professores e os alunos⁴⁵.

⁴⁵ LEAL, Carlos Eduardo Gonçalves. *O sentido subjetivo da inclusão para o sujeito com síndrome de Asperger*. Teresina: Universidade Federal do Piauí, 2011. p. 16.

Percebemos que a inclusão escolar do aluno com necessidades educacionais especiais tem ocorrido com escasso suporte do poder público, considerando que os professores não passam por processos constantes de formação, e no caso do espectro autista, em especial, há um desconhecimento sobre as particularidades dos seus graus e as estratégias que poderiam ser utilizadas no trabalho pedagógico.

Há a constatação de que sem preparo, sem o real conhecimento das diferentes deficiências, das diferentes maneiras de ensino, do não deslocamento das dificuldades da instituição para o aluno, não é possível assumir alunos que estavam amparados, talvez não idealmente, mas comprometida em transferi-los para um lugar onde muitas vezes o vácuo é o que se encontra⁴⁶.

Assim, o reflexo disso é o descontentamento dessa classe apartada da sociedade por conta de condições diferenciadas de interação social, pois é necessário que os profissionais que nela atuam tenham uma formação especializada que lhes permita conhecer as características e as possibilidades de atuação destas crianças para que possam promover a inclusão. Ademais, é necessário que se altere o cotidiano a fim de possibilitar o desenvolvimento do aluno incluído, e isto, ainda, a escola comum não está capacitada a fazer.

A educação, sem dúvida, necessita de mudanças, melhorias para todos que desfrutam deste processo, mas o radicalismo da inclusão talvez não seja o melhor caminho. É preciso mudança de paradigma social.

Conclusão

Ante as considerações expostas concluímos que a proteção normativa da educação especial evoluiu, bem como o reconhecimento jurídico do espectro autista - o qual inclui também os aspergers - como uma deficiência, estabelecendo a estes sujeitos direitos semelhantes aos de qualquer outro cidadão, principalmente em relação à educação.

No entanto, infere-se dos estudos consultados que colocar o aluno na escola regular, como se isto bastasse para inseri-lo educacionalmente, é, no mínimo, temerário, considerando que as diferenças não são normais no sentido de igualar a todos, afinal somos seres com necessidades e características individuais, o que implica dizer que a conquista de direitos não significa igualdade total, pois as diferenças são reais.

Ademais, o ensino deve ser democraticamente discutido, e os profissionais qualificados para atender este tipo de ensino. Não basta somente a promulgação

⁴⁶ VILLANOVA, Angela de Fátima Horbatink; VAZ, Jessie Anete Klopffleisch; GUEBERT, Miriam Célia Castellain. Uma reflexão sobre as políticas educacionais para favorecer a inclusão escolar dos alunos com necessidades educativas especiais. In: CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 10., Curitiba, PR. *Anais...* Curitiba, PR, 2011. p. 8804-8817. Disponível em: <http://educere.bruc.com.br/CD2011/pdf/6252_3541.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014. p. 8814.

de uma norma, é necessário uma mudança na cultura das pessoas, para que parem de olhar para o ordenamento jurídico tão somente como um sistema normativista-legal, ampliando-o. É preciso perceber a realidade para aplicá-lo.

Indubitavelmente, os autistas vêm ganhando espaços no ordenamento brasileiro e, conseqüentemente, na sociedade, e têm sido foco de estudos em várias áreas de conhecimento. Porém, ainda estamos longe de alcançar uma educação inclusiva eficaz. O poder executivo deve promover ações no sentido de efetivar as políticas públicas existentes, além de dar suporte econômico para a reestruturação da educação inclusiva, sem imposições e radicalismos, para que este sonho não se torne um pesadelo para ambos os lados.

Incluir vai além de simplesmente integrar, é enxergar que o autista:

é pessoa tanto quanto a qualquer um de nós; é complexo, precioso. Que ama e quer ser amado. Sente prazer. Que erra e constrói. Que chora, sente raiva e felicidade. Que quer fazer parte, pois é parte da sociedade, mas que precisa deixar de ser segregado em partes da sociedade. É membro de um todo e este todo precisa aceitá-lo como parte indispensável do todo⁴⁷.

Incluir não é uma tarefa tão simples, requer alteração de protótipos sociais, mas indiscutivelmente inspira-se no desejo de instituir uma sociedade igualitária, intensificando as relações interpessoais dos indivíduos, persuadindo o homem “normal” a compreender as diferenças e subjetividades e a irracionalidade de seus próprios preconceitos.

Todavia, é algo a ser conquistado ainda, afinal, a inclusão deve vir para ajudar os autistas e aspergers e não para prejudicá-los, de modo a transtornar estes indivíduos, bem como suas famílias e professores. Desse modo, a inclusão pode ser um prolífero caminho.

Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 3.956, de 8 de outubro de 2001. Promulga a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 8 out. 2001b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3956.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁴⁷ FACION, José Raimundo. *Inclusão e integração: cidadania, relação e segregação*. 2004. Disponível em: <<http://www.facion.psc.br/Inclusao.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013. p. 3.

_____. Decreto 6.094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos Pela Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6094.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei 12.764 de 27 de dezembro de 2012. Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 27 dez. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei n. 10.172, de 10 de janeiro de 2001. Estabelece o Plano Nacional de Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei. 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. *Resolução CNE/CP 1, de 18 de fevereiro de 2002*. Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Formação de Professores da Educação Básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rcp01_02.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. Conselho Pleno. Resolução 1 de 30 de maio de 2012. *Estabelece diretrizes nacionais para a educação em direitos humanos*. Brasília, DF, 2008b. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/pp/edh/br/pnedh2/pnedh_2.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. *Plano de desenvolvimento da educação: razões, princípios e programas*. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Política nacional de educação especial na perspectiva da educação inclusiva*. Brasília, DF, 2008a. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/politicaeducespecial.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Política Nacional de Educação Especial*. Livro 1. Brasília, DF, 1994.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Programa Educação Inclusiva: direito à diversidade*. Brasília, 2006. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/orientador1.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. *Política Nacional de Saúde da Pessoa Portadora de Deficiência*. Brasília, DF, 2008c. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/politica_nacional_saude_pessoa_deficiencia.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Decreto nº 7.037, de 12 de maio de 2010. Política Nacional de Direitos Humanos – PNDH3. *Diário Oficial da República Federativa do*

Brasil, Brasília, DF, 12 maio 2010. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/ProgrammaNacionalDireitosHumanos2010.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2013.

_____. Lei. 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 ago. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5692.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 72.425, de 3 de julho de 1973. Cria o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 jul. 1973. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=186315>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____. (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 25-44.

CAMARGOS JR, Walter (Coord.). Transtornos invasivos do desenvolvimento: 3º Milênio. Brasília: Presidência da República, Secretaria Especial dos Direitos Humanos, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2005. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/Transtornos%20Invasivos%20do%20Desenvolvimento%20-%203º%20Milênio.pdf>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

DIAZ, Félix et al. (Org.). *Educação inclusiva, deficiência e contexto social: questões contemporâneas*. Salvador: EDUFBA, 2009.

FACION, José Raimundo. *Inclusão e integração: cidadania, relação e segregação*. 2004. Disponível em: <<http://www.facion.psc.br/Inclusao.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2013.

GAUDERER, Ernest Christian. *O pensamento de Edward M. Ornitz in Autismo, década de 80: uma atualização para os que atuam na área: do especialista aos pais*. São Paulo: Servier, 1985.

GLAT, Rosana; PLETSCHE, Márcia Denise; FONTES, Rejane de Souza. *Educação inclusiva & educação especial: propostas que se complementam no contexto da escola aberta à diversidade*. Santa Maria, 2007. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/ce/revista>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

KLIN, Ami. Autismo e síndrome de Asperger: uma visão geral. *Revista Brasileira de Psiquiatria*, São Paulo, v. 28, supl. 1, p. 3-11, maio 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-44462006000500002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 28 de jul. 2014.

LEAL, Carlos Eduardo Gonçalves. *O sentido subjetivo da inclusão para o sujeito com síndrome de Asperger*. Teresina: Universidade Federal do Piauí, 2011.

LOURENÇO FILHO, Manoel Bergstrom. *Tendências da educação brasileira*. 2. ed. Brasília: MEC/INEP, 2002. p. 59-61.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MELO, Sandra Cordeiro; LIRA, Solange Maria; FACION, José Raimundo. Políticas inclusivas e possíveis implicações no ambiente escolar. In: FACION, José Raimundo (Org.). *Inclusão escolar e suas implicações*. Curitiba, PR: Ibpx, 2008.

OLIVEIRA, Ana Paula Polacchini de. Pressuposto jusfilosófico da inclusão social como fundamento para a efetivação dos direitos fundamentais na ordem jurídica brasileira. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÊ, Henry. *Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui: Boreal Editora, 2010. p. 38-58.

SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: construindo uma sociedade para todos*. Rio de Janeiro: WVA, 1997.

SCHWARTZMAN, José Salomão. *Transtornos globais do desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.schwartzman.com.br/php/index.php?option=com_phocadownload&view=category&id=6:transtornos-globais-do-desenvolvimento=20>. Acesso em: 18 out. 2013.

VILLANOVA, Angela de Fátima Horbatink; VAZ, Jessie Anete Klopfffeisch; GUEBERT, Mirian Célia Castellain. Uma reflexão sobre as políticas educacionais para favorecer a inclusão escolar dos alunos com necessidades educativas especiais. In: CONGRESSO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 10., Curitiba, PR. *Anais...* Curitiba, PR, 2011. p. 8804-8817. Disponível em: <http://educere.bruc.com.br/CD2011/pdf/6252_3541.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2014.

Obras Consultadas

BRASIL. Lei 10.845, de 05 de março de 2004. Institui o Programa de Complementação ao Atendimento Educacional Especializado às Pessoas Portadoras de Deficiência. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.845.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Ensaio pedagógicos: construindo escolas inclusivas*. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/ensaiospedagogicos2006.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 6.253, de 13 de novembro de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 nov. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6253.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

FACION, José Raimundo. Distúrbios psiquiátricos e neurológicos. In: FOURNIOL FILHO, Armando. *Pacientes especiais e a odontologia*. São Paulo: Livraria Santos Editora, 1998.

RINALDI, Paulo Henrique Camargo. *Educação, constituição e legislação*. São Paulo: Baraúna, 2013.

SANFELICE, José Luís. Fontes e história das políticas educacionais. In: LOMBARDI, José Claudinei; NASCIMENTO, Maria Isabel Moura (Org.). *Fontes, história e historiografia da educação*. Campinas: Autores Associados, 2004.

Compreensão formal da Educação em Catanduva-SP como Direito Social Positivado¹

ALEXANDER RODRIGUES SONA

ANA CLARA DE BORTOLE PEROSA RAVAGNANI

DRIELLY RIGOTTI YAMADA

GABRIELA GIL MENIS

ISABELA DE LIMA ESTEVAM

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

LIGIA CARLA FRATA BRONCA

MARIANA DA SILVA JACOB

Graduandos em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

ANA PAULA POLACCHINI DE OLIVEIRA

Mestre e Doutoranda em Teoria Geral do Direito e Filosofia do Direito pela USP-SP. Especialista em Direito Constitucional pela UEL-PR. Advogada. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Contato: anapolacchini@uol.com.br

Resumo: O trabalho discute o acesso à educação como direito social em Catanduva-SP. Parte do conceito de positivação de direitos para uma abordagem jus-sociológica que se propõe compreender e analisar o modo como tal direito é transposto do universo jurídico-formal e conceitual, para a realidade social no município em comento. Como direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal, o direito à educação e a estrutura descentralizada instituída para o seu acesso recebem tratamento privilegiado no Capítulo III do Título VIII da Carta Magna. No entanto, por seu *status* positivo, exige ações efetivas para ser garantido. A pesquisa volta-se, então, para a percepção da eficácia da lei ante a compreensão das políticas instituídas.

Palavras-chave: Direitos sociais. Educação. Legislação. Políticas públicas.

Abstract: This paper discusses access to education as a social right in Catanduva-SP. Starts from the concept of positive law and turns into a jus-sociological approach that aims to understand and analyze how this right is transposed from the conceptual and legal-formal universe, to the social reality in the municipality in comment. As a social right under article 6 of the Brazilian Federal Constitution, the right to education and the decentralized structure legally established to allow its access receive privileged treatment in Chapter III of Title VIII of the Charter. However, for their positive status requires effective actions to be guaranteed. The research then turns to the perception of the effectiveness of the law from the understanding of the instituted policies.

Keywords: Social rights. Education. Law. Public policy.

Panorama da positivação da educação no Brasil

Mesmo antes da chegada dos portugueses no Brasil, já havia aqui um método de ensino estabelecido, caminho pelo qual os índios adultos repassavam seus valores, práticas, sentimentos aos jovens e às crianças para que a cultura das tribos fosse preservada e transmitida para as futuras gerações.

A cultura pode ser pensada, segundo Eliot, em diferentes concepções, seja considerando o indivíduo, um grupo ou classe, ou uma sociedade. Para

¹ Este artigo é baseado na pesquisa *Direitos sociais ante o direito e a linguagem: análise de eficácia em Catanduva*, desenvolvida pelos discentes com o auxílio do Núcleo de Pesquisa das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP (PESQDIR2013023).

ele tais são interdependentes e a cultura de uma sociedade condiciona todas as demais². Constitui um ou vários modos de pensar, sentir e agir, que se expressam na produção de bens, ideias, valores, costumes, hábitos³. Saviani entende a educação como “atividade mediadora no seio de uma prática social”⁴. Para Eliot, o objetivo da educação é transmitir cultura⁵. A transmissão da cultura, a educação indígena constituía caminho, mesmo não sendo sistematizado formalmente nos moldes acadêmicos da atualidade. Envolve processos coletivos para o desenvolvimento do grupo e também ações para os indivíduos. Operava-se um modo de ensino.

É possível afirmar que educação e ensino têm acompanhado o processo histórico brasileiro. Aquela, mais ampla, conceitualmente aborda processos de socialização e desenvolvimento coletivos e individuais, formação e apropriação de habilidades, de sensibilidades. Os processos podem ser formais ou informais. Esse, o ensino, volta-se para os métodos e procedimentos educacionais utilizados para a transmissão e aquisição de conhecimento.

Muito se passou. No ano de 1549 com a chegada dos primeiros jesuítas na colônia, inaugurou-se uma nova fase com profundas mudanças na cultura e civilização brasileiras. Os jesuítas, movidos por um intenso sentimento religioso, iniciaram sua missão civilizatória com o principal objetivo de converter os índios à fé católica. O teatro, o canto e outras atividades lúdicas eram utilizadas para catequizá-los e ensiná-los. Durante mais de 200 anos, os jesuítas foram, praticamente, os únicos educadores no Brasil⁶.

Em 1759, expulsos do Brasil pelo Marquês de Pombal, o então governante de Portugal, abriu-se um enorme vazio no sistema educacional, tendo em vista que nenhum sistema foi organizado para substituí-los, restando apenas algumas práticas educativas que, entretanto, seguiam os mesmos princípios herdados do passado. Somente no início do século seguinte, em 1808 com a chegada da família real e mudança da sede do reino de Portugal para o Brasil-Colônia é que a cultura e a educação tomaram um novo impulso, por causa da criação de instituições culturais e científicas, de ensino técnico e dos primeiros cursos de ensino superior, nada obstante, ainda sem estrutura de universidade.

A obra educacional de D. João VI, conquanto muito importante em diversos aspectos, apenas foi implantada para atender os interesses do próprio rei e do Estado, pois se voltava apenas para as necessidades imediatas da corte portuguesa no Brasil. As aulas e os cursos criados tiveram o objetivo

² ELIOT, Thomas Stearns. *Notas para uma definição de cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1988. p. 33.

³ TOMAZI, Nelson Dacio. *Sociologia da educação*. São Paulo: Atual, 1997.

⁴ SAVIANI, Demerval. *Educação: do senso comum à consciência filosófica*. São Paulo: Cortez, 1980. p. 120.

⁵ Op. cit., p. 121.

⁶ LEDESMA, Maria Rita Kaminsk. *Evolução histórica da educação brasileira: 1549-2010*. Guarapuava: Unicentro, 2010.

de preencher demandas de formação profissional das quais o rei necessitava urgentemente⁷.

No ano de 1822, com a conquista da independência, ocorreram várias mudanças no sistema educacional brasileiro. Na constituinte de 1823, pela primeira vez, discutiu-se sobre educação popular e criação de universidades no Brasil, surgindo como resultado dessas ideias a garantia da instrução primária de forma gratuita a todos os cidadãos, bem como a criação de colégios e universidades para o ensino de ciências, artes e letras, art. 179, XXXII e XXXIII da Constituição de 1824⁸. Em 1827, com a criação da Primeira Lei Geral de Ensino, a educação no Brasil passa por uma revolução, onde ocorreu a criação de colégios nas vilas e cidades mais populosas do Império e instituições de ensino primário para as meninas.

Após a proclamação da República, a Constituição promulgada em 1891, nos artigos 35 e 72, estabeleceu a separação entre Estado e Igreja, determinando a laicização do ensino nos estabelecimentos públicos. Além disso, tratou sobre a descentralização e concentração das atividades educacionais, assentando que cabia à União legislar sobre o ensino superior enquanto aos estados competia legislar sobre ensino secundário e primário, embora tanto a União quanto os estados pudessem criar e manter instituições de ensino superior e secundário.

A Constituinte que deu origem à Carta Magna de 1934 se afastou do ideário liberal e se filiou aos princípios relativos aos direitos sociais. O texto do referido diploma legal apresentava uma organização para a educação nacional, mediante previsão de um plano nacional e criação de sistemas educativos nos estados. Disciplinada no art. 5º, XVI, e 148 a 158, a educação ficou caracterizada como direito subjetivo público⁹.

O texto constitucional de 1937 disciplinou a matéria nos artigos 15, IX, 16, XXIV, e 124 a 134, vinculando a educação à valores cívicos e econômicos, e fortaleceu como competência privativa da União a de fixar diretrizes, bases e quadros da educação nacional, bem como para a formação física, intelectual e moral das crianças e jovens, mantendo a gratuidade do ensino primário e tornando facultativo o ensino religioso¹⁰.

A Constituição promulgada em 1946 abordou o direito à educação em seus artigos 5º, XV, “d”, e 166 a 175¹¹. Igualmente, nos termos da Constituição de 1934, a educação continuou sendo considerada como direito subjetivo público,

⁷ Id.

⁸ BRASIL. *Constituição* (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014a.

⁹ BRASIL. *Constituição* (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014b.

¹⁰ BRASIL. *Constituição* (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014c.

¹¹ BRASIL. *Constituição* (1946). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014d.

mantendo-se a competência da União para legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional, facultando aos estados, na forma de competência residual, legislarem em caráter complementar. Foram estabelecidos princípios norteadores do ensino, dentre eles a obrigatoriedade do ensino primário de forma gratuita a todos.

Com a Constituição de 1967 ocorreu o fortalecimento do ensino privado. A educação foi disciplinada nos artigos 8º, XVI, XVII, “q” e §2º, e 168 a 172. Essa Constituição trouxe como princípios da educação a unicidade nacional e a solidariedade humana, estabelecendo que a gratuidade do ensino ulterior ao primário seria substituída pela concessão de bolsas de estudo, sempre que possível. Outrossim, determinou que as empresas comerciais, industriais e agrícolas mantivessem o ensino primário gratuito a seus empregados e os filhos destes¹².

Por fim, a Constituição Cidadã, promulgada em 05 de outubro de 1988, é a mais dádiosa no que tange ao reconhecimento dos direitos fundamentais e garantias para seu efetivo exercício. A educação está inserida entre os direitos sociais, no *caput* do artigo 6º. Com a institucionalização, educação e ensino, mesmo relacionados, passam a se distinguir com mais ênfase, e a educação formal vai sendo assumida pelo Estado, voltada para os mais diversos fins, seja, por exemplo, o civilizatório, seja para o desenvolvimento do indivíduo, para sua emancipação ou para sua profissionalização. A educação e o ensino se associam à cultura, seja para mantê-la, constituí-la ou transformá-la.

Educação como direito social

Com efeito, a Constituição Federal (CF) estabelece que a educação é direito de todos e o Estado, juntamente com a família, tem o dever de promovê-la, assim como a sociedade como um todo deve incentivá-la. Cultura, educação e ensino se integram em processos que, diante da legalidade, devem ser respeitados e incentivados, seja a partir do Estado, da sociedade e da família.

A educação, nos moldes constitucionais, recebeu então e efetivamente a configuração de direito fundamental, passando a integrar o rol de direitos sociais. Para Ingo Sarlet os direitos sociais “[...] outorgam aos indivíduos direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas. Os direitos sociais assumem uma peculiaridade”¹³. No conceito de Alexandre de Moraes, direitos sociais são:

¹² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014e.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.

[...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivadas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal¹⁴.

O direito à educação constitui, nesse sentido, uma liberdade a ser provida pelo Estado de modo a promover igualdade. Nos moldes atuais, a educação vai além da alfabetização ou da formação de mão de obra para atender os interesses da metrópole, deve garantir o desenvolvimento das pessoas com o preparo para o mundo do trabalho e para o exercício da cidadania. Tudo isso deve se integrar, tendo por base a igualdade, a não discriminação e as condições de acesso e permanência na escola. Esta constitui um espaço de convivência e de socialização e integra processos formais e informais de educação, não se resume à transmissão de conteúdos.

Como direito social o texto disciplina especificamente a matéria nos artigos 205 a 214¹⁵. O processo histórico brasileiro, formalizado ou não na legislação, tem considerado, conforme se afirmou, a dicotomia educação e ensino. Ambos têm recebido proteção legal. Para Celso Bastos a educação implica em formação moral, física, espiritual e intelectual, visando ao crescimento integral do educando para um melhor exercício da cidadania e aptidão para o trabalho, e envolve desenvolvimento, cidadania e qualificação¹⁶.

A educação para o desenvolvimento e a cidadania deve privilegiar a consciência e reflexão política do indivíduo, sua integração na sociedade e a oferta de possibilidades para que possa se desenvolver. Envolve princípios, descritos no artigo 205 do texto, quais sejam, o pleno desenvolvimento da pessoa. Como leciona Paulo Henrique Camargo Rinaldi, “o pleno desenvolvimento da pessoa relaciona-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e significa, no caso do processo educacional, formar pessoas com autonomia, ou seja, com capacidade individual de construção da própria existência¹⁷”.

A cidadania supera a noção de habilitação para o exercício formal dos direitos políticos adquirida com a inscrição eleitoral. Ela envolve a possibilidade de participação ativa na vida em sociedade e o direito a ter direitos. Em uma sociedade democrática os indivíduos e grupos devem ter a consciência e uma cultura de direitos e ter condições de exercê-las.

¹⁴ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 193.

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014f.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 773.

¹⁷ RINALDI, Paulo Henrique Camargo. *Educação, constituição e legislação*. São Paulo: Baraúna, 2013. p. 39.

A qualificação para o mundo do trabalho, como afirma o professor Rinaldi, “supera a habilitação técnica destinada diretamente ao mercado de trabalho. O que se pretende é o preparo do estudante para o mundo do trabalho”¹⁸.

Ao se referir ao direito à educação previsto no texto constitucional de 1988, o professor José Afonso da Silva reitera seu aspecto social, como direito que pertence ao ser humano e que é coletivo. Afirma que:

A educação como processo de reconstrução da experiência é um atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos. É essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214, quando declara que ela é um direito de todos e dever do Estado¹⁹.

O texto constitucional discrimina os deveres do Estado para com a educação, instituindo valores que devem orientar o processo. Estabelece que a educação deve ser oferecida em igualdade de condições, estimulando a permanência e respeitando as diferenças. Propõe que os profissionais da educação devem ser valorizados e respeitados e que o ensino deve ser gratuito. José Afonso da Silva assim associa os princípios e objetivos da educação:

A consecução prática dos objetivos da educação consoante o art. 205 – *pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho* – só se realizará num sistema educacional democrático, em que a organização da educação formal (via escola) concretize o direito ao ensino, informado por princípios com eles coerentes, que, realmente, foram acolhidos pela Constituição, como são: igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; *liberdade* de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; *pluralismo* de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino; *gratuidade* do ensino público em estabelecimentos oficiais; *valorização dos profissionais do ensino* garantido na forma da lei; planos de carreira para o magistério público, com piso salarial e profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos; *gestão democrática*; garantia de *padrão de qualidade* (art. 206)²⁰.

Nesse sentido, o direito a educação formal se institucionalizou e passou para a proteção e promoção estatal. Como direito social sua condição de norma é inegável. Para Hesse “os pressupostos de eficácia da Constituição” têm aplicação imediata, em contraposição ao pensamento constitucional tradicional “marcado pelo isolamento entre norma e realidade²¹”.

¹⁸ *Ibid.*, p. 54.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 841.

²⁰ *Ibid.*, p. 814. (grifo nosso).

²¹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 13.

Garantias constitucionais e a regulamentação do direito à educação

Dentre as principais garantias instituídas pelo texto constitucional, destaca-se a obrigatoriedade do ensino fundamental gratuito, inclusive para aqueles que não tiveram acesso na idade própria; a progressiva universalização do ensino médio de forma gratuita; o atendimento especializado aos portadores de deficiência; atendimento para crianças de 0 a 6 anos em creches e pré-escolas e programas complementares de atendimento para o educando carente no ensino fundamental²².

Também se verifica a ocorrência de avanços quanto à universalização do acesso às entidades públicas e particulares de ensino superior e médio, por meio de instrumentos periódicos utilizados nos estabelecimentos de ensino de todo o território nacional.

Nossa Carta Maior estabeleceu diversos princípios que devem nortear as atividades dos entes federados em relação ao desenvolvimento dos sistemas de ensino, possibilitando, assim, avanços significativos no tratamento da matéria. Além disso, instituiu recursos orçamentários para garantir a manutenção e o desenvolvimento da educação no Brasil.

O ensino pode ser público ou privado. O ensino público tem a preferência constitucional e a iniciativa privada, embora livre, assume caráter secundário e condicionado às normas gerais e diretrizes expedidas pelo Estado (CF, art. 209). Nesse sentido, o Estado tem o dever de garantir educação obrigatória e gratuita, dos 4 aos 17 anos de idade (CF, art. 208, I). Para àquelas pessoas que não tiveram oportunidade de acesso na idade própria, a educação básica deve ser oferecida de forma gratuita.

A Carta Magna define como educação básica aquela que compreende a educação infantil, o ensino fundamental e o ensino médio. Também deve coexistir na rede regular de ensino, atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência (Lei 9.394/96²³, art. 4º). Cumpre observar que, como rede regular de ensino, deve-se entender o sistema de educação básica pública, excluindo-se os estabelecimentos particulares.

Considerando o atual modelo federativo brasileiro, a educação organiza-se em regime de colaboração entre a União, os estados e os municípios. O texto reparte competências privativas e comuns (CF, art. 211). A União financia os estabelecimentos de ensino federais e oferece assistência técnica e financeira aos estados e municípios para garantir o padrão mínimo de qualidade (§1º); aos estados e Distrito Federal cabe prioritariamente a atuação no ensino fundamental e médio (§3º); aos municípios, a educação infantil e fundamental (§2º).

²² BRASIL, 2014f, op. cit.

²³ BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

A Constituição do Estado de São Paulo²⁴ trata da educação nos artigos 237 a 258 e o município de Catanduva tutela o assunto a partir do artigo 184 e seguintes da Lei Orgânica do Município de Catanduva²⁵. A Constituição Federal, em seu artigo 22, inciso XXIV, atribui à União a competência privativa para legislar sobre as leis de diretrizes e bases da educação nacional. A primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) foi instituída em 1961²⁶. O dispositivo atribuía mais autonomia aos órgãos estaduais e municipais que, até então, eram submetidos a um modelo centralizado (art. 11 e seguintes).

Com a reforma universitária, em 1968, a LDB passou a assegurar autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira às universidades, o que representou um avanço na educação superior brasileira. Em 1971, a educação brasileira recebeu tratamento pela Lei 5.692²⁷ que tornava, segundo o artigo 20, obrigatório o ensino dos 7 aos 14 anos de idade.

A Lei de Diretrizes Bases da Educação Nacional atualmente em vigor é a de 1996 (LDB 9.394/96) que reafirma o direito à educação garantido constitucionalmente, bem como estabelece os princípios da educação, os deveres e responsabilidades dos entes federados que devem exercê-los em regime de colaboração. Além disso, tal lei serviu como base para a regulamentação do Plano Nacional de Educação 2001-2010, que será analisado posteriormente, e para o Plano Nacional de Educação que acaba de ser publicado.

A educação básica, obrigatória e gratuita, compreendida entre os 4 e 17 anos (LDB, art. 4o, I), é dividida em níveis escolares, são eles: infantil, fundamental, médio e superior (Capítulo I da LDB). Como primeira etapa da educação básica, a educação infantil deve promover o desenvolvimento integral da criança de até cinco anos, nos aspectos psicológicos, físicos, sociais e intelectuais (art. 29), e se insere em um contexto “complementar à família e à comunidade”²⁸. Segundo o texto do Capítulo II da Seção II da LDB, “será oferecida em creches para crianças com até três anos de idade e em pré-escolas para as que tenham de quatro a cinco anos.”

O ensino fundamental obrigatório tem duração de nove anos, iniciando-se aos seis anos de idade, podendo ou não estar dividido em ciclos (art. 32). Não visa apenas que o aluno desenvolva plena capacidade de leitura, escrita e

²⁴ SÃO PAULO. Constituição Estadual. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo, 5 out. 1989. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁵ CATANDUVA. Lei Orgânica do Município de Catanduva. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 5 abr. 1990. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3357_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014.

²⁶ BRASIL. Lei. 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁷ BRASIL. Lei. 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 ago. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5692.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

²⁸ RINALDI, op. cit., p. 66.

cálculo, mas também que tenha consciência de tudo que acontece a sua volta, de todos os valores sob os quais se fundamenta a sociedade e que desenvolva a sua cidadania (Capítulo II, Seção III).

O ensino médio é a etapa final da educação básica e tem duração mínima de três anos (art. 35). Visa, dentre outras coisas, o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos durante o ensino fundamental, preparação para o mundo do trabalho, o desenvolvimento da cidadania do educando, da autonomia intelectual e de pensamento, da capacidade crítica (Capítulo II, Seção IV).

A educação técnica de nível médio pode ser feita articulada ao ensino médio, ou subsequente para quem já tenha terminado o mesmo. Os diplomas dessa modalidade têm validade nacional e habilitam o educando a prosseguir os estudos do nível superior, quando devidamente registrados (Capítulo II, Seção IV-A).

A educação de jovens e adultos é garantida a todos aqueles que não tiveram oportunidade de cursar e dar continuidade aos estudos de nível fundamental e médio e será ministrada de maneira apropriada de acordo com as características dos alunos (Capítulo II, Seção V).

A educação superior deve estimular a criação cultural, o desenvolvimento do pensamento reflexivo e do espírito científico; incentivar o desenvolvimento de pesquisas científicas para promover o desenvolvimento da ciência e tecnologia nacionais; fornecer serviços especializados à comunidade estabelecendo com esta uma relação intensa de reciprocidade; promover projetos de extensão. Os cursos superiores reconhecidos fornecerão diplomas que terão validade em todo o território nacional quando registrados (Capítulo IV).

A educação especial deve ser oferecida preferencialmente na rede regular de ensino para todos os educandos que apresentarem deficiência, altas habilidades ou superdotação e transtornos globais do desenvolvimento. Quando necessário, deve haver profissionais especializados para melhor atender às necessidades dos alunos com necessidades especiais (Capítulo V).

Do sistema federal de ensino fazem parte as instituições de ensino mantidas pela União; instituições de ensino superior criadas e mantidas pela iniciativa privada e órgãos federais de educação. O sistema de ensino estadual e do Distrito Federal compreende as instituições de ensino fundadas pelo poder público estadual; instituições de ensino superior fundadas e mantidas pelo município; as instituições criadas e mantidas pela iniciativa privada que compreendem o ensino fundamental e médio; e todos os órgãos estaduais de educação. O sistema de ensino municipal fica encarregado das instituições de ensino infantil, fundamental e médio mantidas pelo poder público municipal; instituições de ensino infantil pertencentes à iniciativa privada; e todos os órgãos municipais de educação.

A partir do tratamento legal atribuído ao direito à educação percebe-se a complexidade do sistema instituído. Essa complexidade exige planejamento efetivo, sob pena de desestruturação, de ações descontínuas e antagônicas. Nesse sentido, inserem-se as chamadas políticas públicas e os planos de educação, instrumentos da política pública educacional, exigência legal que tem passado por um processo de democratização.

Políticas públicas no âmbito da educação

A questão primordial reside em realizar efetivamente os direitos sociais como um todo e principalmente no que tange ao direito à educação, de modo a promover desenvolvimento e cidadania. Esse processo de garantir esses direitos e de colocá-los em prática envolve entre outras medidas a criação/implantação de políticas públicas.

A política envolve um modo de viver em sociedade. No caso da atualidade, a ordenação das condutas e a estabilização da convivência são promovidas pelo Estado. No âmbito das políticas públicas, a política deve ser interpretada como um complexo de procedimentos que expressam uma relação de poder. Estes, por sua vez, orientam-se para sanar conflitos referentes aos bens públicos. Nesse sentido, a política relacionada com o estudo das políticas públicas é “justamente a atividade que busca, pela concentração institucional do poder, sanar os conflitos e estabilizar a sociedade pela ação da autoridade; é o processo de construção de uma ordem”²⁹, que permita a pacífica convivência entre pessoas diferentes, com interesses particulares e que busquem a felicidade para si, condição que lhes é assegurada (ou pelo menos deveria ser) pela ação política do Estado.

Pode-se levar em consideração que o surgimento das políticas públicas se justifica à medida que se buscam, cada vez mais, formas para a concretização dos direitos humanos, no caso, os direitos sociais, ditos direitos de segunda geração, relacionados às necessidades sociais e que exigem atuação efetiva para se concretizar. Nesse sentido, é possível afirmar que “frequentemente, a concepção e implantação de políticas públicas constituem respostas a algum aspecto da vida social que passa a ser percebido como problemático e suficientemente forte para demandar uma intervenção do Estado [...]”³⁰.

Parte-se daí para conceituá-las como políticas coordenadas, geridas e implantadas pelo Estado em diferentes níveis da administração, que impõem uma obrigação de fazer, de prestar direitos positivos, saúde, alimentação,

²⁹ DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 3.

³⁰ MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74. p. 54.

moradia, que se destinam a atender a complexidade social e os interesses de uma coletividade.

É importante ressaltar que a ação estatal meramente repressiva é insuficiente [...]. A estrutura política pública ao contrário, permite o encaminhamento e tratamento do problema de forma mais razoável e possibilitando aos agentes causadores do problema em questão uma conceituação de si, de suas próprias ações frente ao mundo e da realidade de seu entorno³¹.

Podemos configurá-las como instrumentos de atuação dos poderes políticos, em substituição da omissão ou falta de uma legislação aplicável, quando os governantes, no mesmo passo que os legisladores, não cumprem suas funções de implantação ou elaboração de normas que reforcem o alcance da coletividade em relação a ter a maioria de seus direitos individuais garantidos.

Ou ainda como “ações empreendidas ou não pelos governos que deveriam estabelecer condições de equidade no convívio social, tendo por objetivo dar condições para que todos possam atingir uma melhoria na qualidade de vida compatível com a dignidade humana”³².

Uma política de governo somente se converterá em política pública se estiver embasada em programas concretos, linhas de ação, critérios, normas, planos e previsões orçamentárias, com o objetivo de alcançar determinados fins e metas, podendo ser considerada como “ferramenta” utilizada pelo governo, identificada em três níveis diferentes de políticas governamentais relacionadas às três esferas de competências: da União, dos estados e dos municípios.

À União compete prioritariamente exercer as prerrogativas da soberania do Estado brasileiro como a segurança nacional, a defesa, os tratados de livre comércio, etc. Por outro lado, os estados e municípios, que são autônomos em relação à União, por possuírem capacidade para auto-organização, autogoverno e autoadministração, ocupam-se em exercer prerrogativas como proteção ao meio ambiente, captação de investimentos, turismo, entre outros.

A Constituição Estadual dá seqüência às atribuições dos estados. Os municípios somente foram erigidos a ente autônomo da federação em 1988, passando a ser regidos por uma lei orgânica elaborada e aprovada pela câmara municipal, assumindo, assim, maiores responsabilidades na promoção de políticas sociais, estimulando o crescimento econômico (com geração de empregos, dinamização do comércio e o turismo), a sustentabilidade dos programas sociais e o apoio solidário.

Além disso, estabelece a Constituição Federal que toda ação governamental do Poder Executivo, em quaisquer de suas esferas (municipal,

³¹ DIAS; MATOS, op. cit., p. 57.

³² Id., p. 60.

estadual e federal), deverá ser previamente definida e orçada, com edição em conformidade com a lei, e sendo votada nas casas legislativas de cada esfera.

Para executá-las, sejam elas municipais ou de qualquer esfera, é essencial que passem por um processo de planejamento, devendo ser compatíveis com os instrumentos orçamentários – Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA).

A política pública nasce após o processo de discussão para resolução de determinado problema no qual resultou no entendimento de sua necessidade. Uma das mais importantes etapas, senão a mais, do processo político é quando as palavras e discursos, predominantes nas reuniões, transformam-se em fatos concretos através dos ciclos ou processo de políticas públicas que vão desde as fases iniciais de elaboração até o momento de sua avaliação e da decisão de sua continuidade ou não.

Os ciclos ou processos de políticas constituem um modelo de análise que decompõe a política pública em uma série de etapas que formam uma sequência lógica, constituindo uma ferramenta proposta pela primeira vez por Charles Jones em 1970. Desde então, são cinco as fases na vida ou desenvolvimento de uma política pública que mais são utilizadas: identificação de um problema, formulação de soluções, tomada de decisões, implementação e avaliação³³.

Para Lopes e Amaral³⁴, são fases de uma política pública a identificação do problema, a sua formulação, a tomada de decisões, a implementação e a avaliação.

Quanto à primeira fase, destaca-se a identificação do problema seguida da formação da agenda, em que o passo inicial é a definição do problema. Entrementes esta fase, um problema é consubstanciado e analisado, e possíveis soluções são examinadas por meio de pesquisa e análise. A medida posterior é a definição de agenda, na qual os esforços são usados para ampliar a visibilidade do problema e compatibilizar o interesse público e os objetivos dos tomadores de decisão³⁵.

A segunda fase³⁶ implica na formulação da Política como consequência de uma situação que é vista como problema e, por isso, enquadra-se na Agenda Governamental; é primordial precisar as linhas de ação que serão abraçadas para solucioná-lo. É nesse instante que deve ser definido qual o propósito da política, quais serão os programas desenvolvidos e as metas alcançadas, o que pode constituir a rejeição de muitas propostas de ação.

³³ Id., p. 63.

³⁴ LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008. p. 11.

³⁵ Ibid., p. 12.

³⁶ Ibid., p. 14.

A fim de favorecer a formulação de propostas, o responsável pela elaboração da política pública tem a atribuição de se reunir com os atores envolvidos no contexto (área ou setor) onde ela será implementada e pedir-lhes uma proposta sobre qual seria a melhor alternativa a ser seguida. Desta forma, a autoridade terá diversas opiniões que auxiliarão como fonte de ideias, podendo, inclusive, indicar o caminho desejado por cada segmento social, auxiliando na escolha e contribuindo com a legitimidade da mesma.

A terceira fase³⁷ implica no processo de tomada de decisões:

O ato de decidir é simbolicamente importante, pois é a ação mais visível do ator que detém o poder legal e legítimo de decidir. No entanto, deve-se levar em consideração que muitas decisões não tomadas, adiamentos, enterros de projetos (feitos com discrição ou não) podem ter significado político igual ou mais importante que as decisões adotadas. Não agir, ou seja, decidir não atuar muitas vezes pode ser tão revelador como o fato de tomar decisões e agir³⁸.

A implementação, quarta fase³⁹, agrega planejamento e a escolha, desta vez transformados em atos. O corpo administrativo é o responsável pela execução da política, portanto cabe a eles a ação direta, ou seja, a aplicação, o controle e monitoramento das medidas definidas. A política poderá sofrer modificações durante essa fase, dependendo da postura e dos interesses do corpo administrativo⁴⁰.

A quinta fase revela a avaliação das medidas⁴¹. Nela é imprescindível avaliar a eficácia da implementação da política pública, e existem estratégias para avaliar se a política cumpre suas intenções originais e se existem quaisquer resultados não intencionais, tais como a pesquisa e análise. Os resultados da avaliação podem ser usados durante uma nova fase de definição do problema, caso não tenha sido bem-sucedida, todavia essa fase de avaliação não deve ser vista como etapa final do processo de planejamento⁴².

Planos de educação: instrumento a serviço das Políticas Educacionais e o papel dos Fóruns e Conselhos

Por oportuno, trataremos agora do Plano Nacional de Educação (PNE), sua evolução histórica e suas principais características. Foi com o chamado “Movimento Renovador”, nos anos 1920-1930, que se concebeu, pela primeira

³⁷ Loc. cit.

³⁸ DIAS; MATOS, op. cit., p. 78.

³⁹ LOPES; AMARAL, op. cit., p. 16.

⁴⁰ A implementação deve ser entendida como um processo autônomo pelo qual decisões cruciais são tomadas e não somente implementadas. É importante também, no sentido que é uma fase que “cria” políticas, ao orientar novas políticas, sendo, também fonte de informações para a formulação de políticas (DIAS; MATOS, op. cit., p. 82).

⁴¹ LOPES; AMARAL, op. cit., p. 11. É uma visão integrada, em que a avaliação é realizada em todas as fases da concepção dos programas, analisa a pertinência e a coerência dos problemas, objetivos e instrumentos envolvidos, o processo de implementação do programa e seus resultados.

⁴² *Ibid.*, p. 18.

vez no Brasil, a ideia de um Plano Nacional de Educação. O Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, de 1932, assinado por um seleto grupo de educadores, foi o documento que, partindo da identificação da educação como problema nacional e revelando a dicotomia existente entre política educacional e política econômica, sintetizou as ideias desse movimento e estabeleceu a necessidade de um plano nesses moldes⁴³.

Nos textos legais, foi na Constituição Federal de 1934, por influência dos trabalhos do grupo acima citado, artigo 150, que apareceu a primeira referência ao PNE – sem estar acompanhado de levantamento ou estudo sobre as necessidades educacionais do país – mesmo que por um curto período de tempo, uma vez que a Constituição de 1937, que marca o Estado Novo, desconsidera qualquer ideia vinculada à realização de um PNE.

Instituiu-se um debate sobre o papel e importância tanto da LDB quanto do PNE. O primeiro PNE foi elaborado pelo Conselho Federal de Educação somente em 1962, como cumprimento do estabelecido na Lei 4.024/1961. Saviani sintetizou que: “Na primeira parte do referido plano, o documento procurou traçar as metas para um plano nacional de educação e, numa segunda parte, estabelecer as normas para aplicação dos recursos correspondentes aos fundos do Ensino Primário, do Ensino Médio e do Ensino Superior”⁴⁴.

Em novembro de 1997 o segundo congresso nacional de educação consolidou a redação do II PNE⁴⁵ a partir da perspectiva do artigo 214 da CF⁴⁶. A sua regulamentação foi determinada por meio da LDB. Caberia à União, em colaboração com estados e municípios, a atribuição de organizar o PNE.

O Plano foi formalizado com a proposta do governo e regulamentado pela Lei 10.172/2001 de modo a estabelecer “metas gerais para o conjunto da Nação, será preciso, como desdobramento, adequação às especificidades locais e definição de estratégias adequadas, à cada circunstância, elaboração de planos estaduais e municipais”⁴⁷.

⁴³ Cf. VIDAL, Diana Gonçalves. 80 anos do manifesto dos pioneiros da educação nova: questões para debate. *Educ. Pesq.* São Paulo, v. 39, n. 3, p. 577-588, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022013000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jul. 2014; SALERMO, Soraia Kfouri; KFOURI, Samira Fayez; LOPES, Rosana Pereira. Plano Nacional de Educação: política de estado para a educação. *Nuances: estudos sobre Educação*, Presidente Prudente, SP, v. 24, n. 2, p. 16-32, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14572/nuances.v24i2.2477>>. Acesso em: 20 jul. 2014. p. 21.

⁴⁴ SAVIANI, Demerval. Sistemas de ensino e planos de educação: o âmbito dos municípios. *Educação & Sociedade*, ano 20, n. 69, p. 119-136, dez. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v20n69/a06v2069.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014. p. 128.

⁴⁵ PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. *A proposta da sociedade brasileira*. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/files/PNE/pnebra.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁴⁶ BRASIL, 2014f, op. cit, art. 214: A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009) I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País. VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009).

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 10.172, de 10 de janeiro de 2001. Estabelece o Plano Nacional de Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110172.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014. p. 5.

Tal documento estabeleceu diretrizes e metas para a educação. Para tanto, teve por referência um diagnóstico de realidade (2001-2010), organizado por níveis e modalidades. A partir do diagnóstico estabeleceu diretrizes, objetivos e metas a serem alcançados. Trouxe também a obrigatoriedade de estados, Distrito Federal e municípios elaborarem seus respectivos planos decenais. Sua promulgação representou o fecho de um ciclo de profundas mudanças que caracterizou uma “nova” política educacional para o país. Essas mudanças, iniciadas no final da década de 1980, aprofundaram-se no período compreendido entre 1995 e 2000.

O Plano Estadual de Educação⁴⁸, cuja criação está prevista pelo artigo 241 da CE, teve sua elaboração coordenada pelo Executivo, consultados os órgãos descentralizados do Sistema Estadual de Ensino, a comunidade educacional, e considerados os diagnósticos e necessidades apontados nos Planos Municipais de Educação.

Em 2010, por intermédio da Portaria MEC 1.407⁴⁹, foi instituído o Fórum Nacional de Educação (FNE), instância de caráter permanente, composta por 35 entidades representantes da sociedade civil e do poder público e que funciona como ambiente de interlocução entre o Estado e a sociedade civil, participando do processo de elaboração, implantação e avaliação da política nacional de educação.

O FNE amplia o debate democrático, iniciado com os Conselhos de Educação e com os movimentos de educadores. A Lei 4.024/61 estabeleceu o Conselho Federal de Educação (art. 8º). O Conselho Nacional de Educação, com atribuições normativas, deliberativas e de assessoramento, foi estabelecido pela Lei 9.131/95, art. 7º, em substituição ao Conselho Federal de Educação.

Nos termos do artigo 242 da Constituição do Estado de São Paulo o Conselho Estadual de Educação é órgão normativo, consultivo e deliberativo do sistema de ensino do Estado de São Paulo. O Conselho Estadual de Educação do Estado de São Paulo foi criado pela Lei nº 10.403, de 6 de julho de 1971. O Conselho Municipal de Educação de Catanduva foi criado pela Lei 3.070/94⁵⁰, com a finalidade de assessorar o governo municipal na formulação da política municipal de educação. Os membros do conselho eram livremente nomeados pelo prefeito. Em 1996 o Conselho assumiu um

⁴⁸ O Projeto de Lei n. 1.074/2003 que institui o Plano Estadual de Educação ainda está em tramitação na Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, tendo recebido parecer favorável da Comissão de Cultura e Educação em 2013. O projeto mencionado está disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=202365>>.

⁴⁹ BRASIL. Ministério da Educação. Portaria 1.407 de 14 de dezembro de 2010. Institui o Fórum Nacional de Educação – FNE. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.fne.mec.gov.br/images/doc/Portaria1407.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

⁵⁰ CATANDUVA. Lei 3.070 de 13 de setembro de 1994. Cria o Conselho Municipal de Educação. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 13 set. 1994. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3428_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014.

caráter deliberativo com a Lei 3.199/96⁵¹, criada nos termos da Lei Estadual nº 9.143/95⁵². A nova lei estabeleceu que a nomeação do prefeito se daria após a indicação das respectivas categorias e passaria a dispor de mais autonomia. A sua composição tem sido ampliada ao longo dos anos.

O novo PNE que vigoraria a partir de 2011 não foi apresentado ou convertido em tempo. O Projeto de Lei 8035/2010 foi convertido em lei apenas em 2014, após uma tramitação conturbada⁵³. A Lei 13.005⁵⁴ prevê, em seu artigo 13, o Sistema Nacional de Educação, a ser criado nos próximos dois anos e que será responsável pela articulação entre os sistemas de ensino, em regime de colaboração, para efetivação das diretrizes, metas e estratégias do PNE.

O novo PNE instituiu em seu artigo 5º, IV, o Fórum Nacional de Educação (FNE) como uma das instâncias de monitoramento e avaliação do cumprimento de suas metas. Nesse sentido, o FNE passa a ter previsão legal expressa. Conforme mencionado anteriormente, o FNE fora criado em 2010 por Portaria do MEC e tem sido um espaço de interlocução entre o Estado e a sociedade civil.

O Plano institui metas que incluem a universalização do acesso, a superação das desigualdades e a implantação da igualdade, a ampliação do investimento, o incremento da gestão e da qualidade da educação, a inclusão, a plena alfabetização de crianças, a elevação da alfabetização de adolescentes e adultos, a elevação da escolaridade e do acesso e conclusão do ensino superior e de pós-graduação. Estabelece ainda a melhora na formação profissional, remuneração de docentes e a instituição de planos de carreira.

Financiamento

Segundo o modelo legal brasileiro, o financiamento deve ser promovido por todas as esferas de governo, ocorrendo por via dos três níveis da federação. A gestão é promovida pela União que também fixa e coordena por via de normas gerais. Contam com a colaboração de agências financiadoras externas e do Banco Mundial.

Aos estados e aos municípios cumpre conceder a educação básica, com algumas variações, entre estas instâncias federadas. Para a União cumpre a

⁵¹ CATANDUVA. Lei 3.199 de 20 de maio de 1996. Dispõe sobre o Conselho Municipal de Educação. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 20 maio 2006. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3479_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014. Demais alterações: Lei municipal 3.277/97, Lei municipal 3.288/92 e Lei municipal 3.830/2002.

⁵² SÃO PAULO. Lei 9.143 de 09 de março de 1995. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo, 10 mar. 1995. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1995/lei-9143-09.03.1995.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. *PL 8035/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490116>>. Acesso em: 28 jun. 2014h.

⁵⁴ BRASIL. Lei 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jun. 2014g. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13.005.htm>. Acesso em: 28 jun. 2014.

responsabilidade de contribuir para o desenvolvimento e a manutenção do ensino e também no que se refere aos programas suplementares das redes estaduais e municipais.

O artigo 208 da CF deixa explícito, por meio de sete incisos, o modo como o Estado deve cumprir sua obrigação com a educação, e para que tais preceitos sejam obedecidos, o artigo 212 do mesmo dispositivo legal aparece como complemento, estabelecendo a forma como os diferentes entes federativos cumprirão com suas obrigações no âmbito da educação, obrigando os estados e municípios a destinar no mínimo 25% da receita proveniente dos impostos e responsabiliza a União à proporção mínima de 18%.

O ensino público gratuito fica garantido e contemplado através das principais receitas financiadoras oriundas dos impostos e do salário educação recolhido pelas empresas, na forma da lei. As cotas estaduais e municipais da arrecadação do salário-educação serão proporcionais ao número de alunos matriculados na educação básica.

Como preleciona José Afonso da Silva, o efeito benéfico é o de estimular o aumento de matrículas na educação básica, uma vez que os estados e municípios terão interesse nessa ampliação que refletirá diretamente na proporção de participação na arrecadação da contribuição⁵⁵.

Com a Emenda Constitucional nº 14/96 algumas alterações foram realizadas, especialmente quanto às competências entre as esferas de governo. Destaca-se a priorização financeira do ensino fundamental com a instituição do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e Valorização do Magistério. O objetivo foi promover uma melhor distribuição entre os estados e os municípios de frações dos valores subvinculados e de acordo com o número de alunos matriculados no ensino fundamental. A complementação dos fundos deficitários de estados e municípios onde os recursos não atingem o valor mínimo por aluno caberá à União.

O Fundo Nacional da Educação (FNDE) foi criado pela Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968⁵⁶. Há também os fundos estaduais de financiamento da educação – FUNDEF, instituído pela EC 14/96 e regulamentado pela Lei 9.424/96⁵⁷, substituído pelo FUNDEB, a partir da Lei 11.494/07⁵⁸,

⁵⁵ Op. cit., p. 844.

⁵⁶ BRASIL. Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968. Cria o Instituto Nacional de Desenvolvimento da Educação e Pesquisa (INDEP), e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5537.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁵⁷ BRASIL. Lei 9.424 de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, §7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 dez. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9424.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁵⁸ BRASIL. Lei 11.494 de 20 de junho de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, §7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 jun. 2007a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1.494.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

regulamentada pelo Decreto⁵⁹. No caso do Estado de São Paulo a matéria tem previsão na Lei 10.403/1971⁶⁰. O conselho municipal de acompanhamento do FUNDEB no município de Catanduva foi criado pela Lei municipal 4.371/07⁶¹.

O fundo está submetido a certas condicionalidades assim como o Plano de Desenvolvimento da Educação⁶² e o Programa Dinheiro Direto na Escola, com a finalidade de destinar recursos a suplementar os sistemas educacionais, porém com limitações organizativas e que delegam a descentralização da aplicação dos recursos ao controle social. O tema foi reforçado pelo Plano de Metas Compromisso Todos Pela Educação⁶³. São investimentos que contribuem de certa forma com a dinâmica educacional e social, mas que ficam submetidos às regras da União, de forma a amenizar suas responsabilidades, submetendo-as às unidades escolares e seus sistemas educacionais.

Perfil do município de Catanduva

No âmbito municipal é possível perceber mais claramente as necessidades e a situação da população, que em sua maioria não são atendidas exclusivamente pelas políticas sociais criadas no âmbito da União e dos estados.

As políticas públicas desenvolvidas nos municípios envolvem diretrizes, objetivos e orientações sobre a prestação dos serviços, e no que se refere à política de educação, cabe à municipalidade implantar a educação pré-escolar e ensino fundamental, embora obedecendo a Lei de Diretrizes e Bases de Educação e com a cooperação técnica e financeira da União e estado através de recursos via fundos de educação. Conforme se mencionou anteriormente, o Plano Municipal de Educação em Catanduva encontra-se previsto na Lei 5.064/2010⁶⁴, importante instrumento a serviço da política de educação.

Cumprir destacar que no município os fatos se desdobram, são observados, mas que a criação, planejamento, execução e acompanhamento das políticas educacionais associam ações dos três níveis da federação. No caso da temática

⁵⁹ BRASIL. Decreto 6.253, de 13 de novembro de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 nov. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6253.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁶⁰ SÃO PAULO. Lei 10.403 de 06 de setembro de 1971. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo, 6 set. 1971. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1995/lei-9143-09.03.1995.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014. (Alterada pela lei 10.238/1999).

⁶¹ CATANDUVA. Lei 4.371 de 20 de março de 2007. Dispõe sobre a criação do Conselho do FUNDEB. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 20 mar. 2007. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/4819_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014. Alteração: Lei municipal 4.615/08.

⁶² BRASIL. Ministério da Educação. *Plano de Desenvolvimento da Educação: razões, princípios e programas*. Brasília, DF, 2007c. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁶³ BRASIL. Decreto 6.094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos Pela Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2007d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6094.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

⁶⁴ CATANDUVA. Lei 5.064 de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre a instituição do Plano Municipal de Educação no Município de Catanduva. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 9 ago. 2010. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/5778_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014.

em comento, as atribuições municipais, como vimos, são limitadas. Nesse sentido:

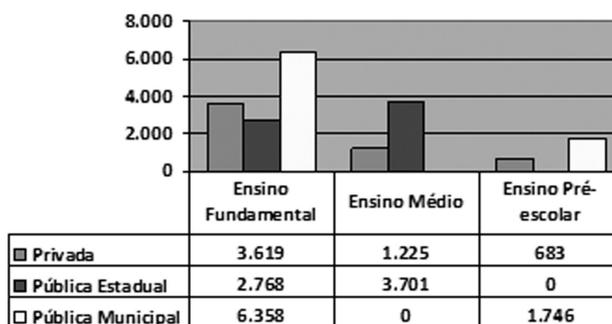
O planejamento educacional situa-se numa perspectiva de construção na rede de influências sociais, econômicas, políticas e culturais de que participam unidades escolares, instâncias intermediárias (Núcleos Regionais de Ensino ou Diretorias Regionais de Educação), Secretaria de Educação e Ministério de Educação, num jogo de redefinição constante⁶⁵.

No município de Catanduva existem 37 escolas voltadas ao ensino fundamental, sendo 13 privadas, 10 públicas estaduais e 14 públicas municipais. No ensino médio, são 20 escolas, das quais 09 são privadas e 11 públicas estaduais. Para o ensino pré-escolar, há um total de 30 escolas, dentre as quais 16 são privadas e 14 públicas municipais⁶⁶.

Em 2012, de acordo com os dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o número de matrículas realizadas no ensino fundamental foi de 12.745, no ensino médio 4.926 e ensino pré-escolar 2.429⁶⁷.

Por sua vez, as matrículas nestes âmbitos de ensino se dividem da seguinte forma (Gráfico 1)⁶⁸:

Gráfico 1 - Matrículas em Catanduva (2012)



Foi avaliado o Censo Escolar 2013 em dois momentos da disponibilização na internet. Inicialmente, através do sítio eletrônico do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), por duas planilhas (Excel) - Anexos I e II - com os resultados do número de matrículas para alunos do ensino regular (infantil, fundamental e médio) e da educação

⁶⁵ SALERMO, op. cit., p. 19.

⁶⁶ RELATÓRIO Conjuntura Catanduva 2012. Disponível em: <http://www.catanduva.sp.gov.br/DynamicFiles/File/semdert/conjuntura_2012.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2014.

⁶⁷ IBGE. *Censo Educacional 2012*. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=351110&idtema=117&search=sao-paulo|catanduva|ensino-matriculas-docentes-e-rede-escolar-2012>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

⁶⁸ Id.

especial, incluindo Educação de Jovens e Adultos (EJA), nos seguintes graus de aprendizado: creche e pré-escola nos anos iniciais e finais; fundamental e médio; no período parcial e/ou integral das unidades da federação. Num segundo momento, após divulgação dessas informações para consulta, no Data Escola Brasil, com os dados finais do Censo Escolar 2013, publicados no *Diário Oficial da União*, em 30 de dezembro de 2013.

Conclusão

A legislação passou por intensas mudanças e a partir da Constituição de 1988 imprimiu uma nova configuração à educação. Essa configuração propõe um sistema em constante processo de discussão, mudança e implantação. Os espaços democráticos têm se ampliado. Do mesmo modo, o debate sobre a qualidade da educação, seus objetivos para a constituição da cidadania e o respeito aos seus agentes.

Os desafios se mostram presentes, dentre os quais destaca-se a implantação do novo PNE a partir das metas instituídas e a construção dos planos estaduais e municipais, ampliando o espaço democrático por via dos conselhos e fóruns de educação e a tentativa de garantir acesso e permanência efetiva em equipamentos e processos educacionais que garantam a formação e transformação livre dos sujeitos e grupos envolvidos.

Referências

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BRASIL. *Constituição (1824)*. Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014a.
- _____. *Constituição (1934)*. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014b.
- _____. *Constituição (1937)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014c.
- _____. *Constituição (1946)*. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014d.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014e.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 5 jul. 2014f.
- _____. Lei 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jun. 2014g. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13.005.htm>. Acesso em: 28 jun. 2014.
- _____. Câmara dos Deputados. Projetos de Leis e Outras Proposições. *PL 8035/2010*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490116>>. Acesso em: 28 jun. 2014h.

_____. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1996a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei 9.424 de 24 de dezembro de 1996. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 dez. 1996b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9424.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei. 4.024, de 20 de dezembro de 1961. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 1961. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4024.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei nº 5.537, de 21 de novembro de 1968. Cria o Instituto Nacional de Desenvolvimento da Educação e Pesquisa (INDEP), e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 21 nov. 1968. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5537.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei. 5.692, de 11 de agosto de 1971. Fixa as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 ago. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5692.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei n. 10.172, de 10 de janeiro de 2001. Estabelece o Plano Nacional de Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10172.htm> Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Lei 11.494 de 20 de junho de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, na forma prevista no art. 60, § 7º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 jun. 2007a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l1.494.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 6.253, de 13 de novembro de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 nov. 2007b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/Decreto/D6253.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. *Plano de Desenvolvimento da Educação: razões, princípios e programas*. Brasília, 2007c. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/livro>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Decreto 6.094, de 24 de abril de 2007. Dispõe sobre a implementação do Plano de Metas Compromisso Todos Pela Educação. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 24 abr. 2007d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6094.htm>. Acesso em: 23 jun. 2014.

_____. Ministério da Educação. Portaria 1.407 de 14 de dezembro de 2010. Institui o Fórum Nacional de Educação – FNE. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.fne.mec.gov.br/images/doc/Portaria1407.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

CATANDUVA. Lei Orgânica do Município de Catanduva. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 5 abr. 1990. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3357_texto_integral> Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Lei 3.070 de 13 de setembro de 1994. Cria o Conselho Municipal de Educação. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 13 set. 1994. Disponível em: http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3428_texto_integral> Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Lei 3.199 de 20 de maio de 1996. Dispõe sobre o Conselho Municipal de Educação. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 20 maio 2006. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/3479_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Lei 4.371 de 20 de março de 2007. Dispõe sobre a criação do Conselho do FUNDEB. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 20 mar. 2007. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/4819_texto_integral>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Lei 5.064 de 9 de agosto de 2010. Dispõe sobre a instituição do Plano Municipal de Educação no Município de Catanduva. *Diário Oficial de Catanduva*. Catanduva, SP, 9 ago. 2010. Disponível em: <http://sapl.catanduva.sp.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/5778_texto_integral> Acesso em: 20 jul. 2014.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012.

ELIOT, Thomas Stearns. *Notas para uma definição de cultura*. São Paulo: Perspectiva, 1988.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBGE. *Censo Educacional 2012*. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/temas.php?lang=&codmun=351110&idtema=117&search=sao-paulo|catanduva|ensino-matriculas-docentes-e-rede-escolar-2012>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

LEDESMA, Maria Rita Kaminsk. *Evolução histórica da educação brasileira: 1549-2010*. Guarapuava: Unicentro, 2010.

LOPES, Brenner; AMARAL, Jefferson. *Políticas públicas: conceitos e práticas*. Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 51-74.

MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2012.

PLANO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. *A proposta da sociedade brasileira*. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br/files/PNE/pnebra.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2014.

RELATÓRIO Conjuntura Catanduva 2012. Disponível em: <http://www.catanduva.sp.gov.br/DynamicFiles/File/sendert/conjuntura_2012.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2014.

RINALDI, Paulo Henrique Camargo. *Educação, constituição e legislação*. São Paulo: Baraúna, 2013.

SALERMO, Soraia Kfourri; KFOURI, Samira Favez.; LOPES, Rosana Pereira Plano Nacional de Educação: política de estado para a educação. *Nuances: estudos sobre Educação, Presidente Prudente*, SP, v. 24, n. 2, p. 16-32, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.14572/nuances.v24i2.2477>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

SÃO PAULO. Lei 10.403 de 06 de setembro de 1971. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*. São Paulo, 6 set. 1971. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1995/lei-9143-09.03.1995.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Lei 9.143 de 09 de março de 1995. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 10 mar. 1995. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1995/lei-9143-09.03.1995.html>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

_____. Constituição Estadual. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, São Paulo, 5 out. 1989. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/dg280202.nsf/a2dc3f553380ee0f83256cfb00501463/46e2576658b1c52903256d63004f305a?OpenDocument>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAVIANI, Demerval. *Educação: do senso comum à consciência filosófica*. São Paulo: Cortez, 1980.

_____. Sistemas de ensino e planos de educação: o âmbito dos municípios. *Educação & Sociedade*,

ano 20, n. 69, p. 119-136, dez. 1999. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v20n69/a06v2069.pdf>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TOMAZI, Nelson Dacio. *Sociologia da educação*. São Paulo: Atual, 1997.

VIDAL, Diana Gonçalves. 80 anos do manifesto dos pioneiros da educação nova: questões para debate. *Educ. Pesq.* São Paulo, v. 39, n. 3, p. 577-588, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022013000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 jul. 2014.

Análise sobre a intersecção entre memória e o ato decisório na perspectiva dos sujeitos da relação processual

ALEXANDRE FONTANA BERTO

Advogado. Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, professor dos cursos de graduação das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA) de Catanduva-SP.

ÁLVARO JOSÉ HADDAD DE SOUZA

Acadêmico do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O artigo analisa a complexidade dos fenômenos cognitivos e especialmente o papel da memória e sua influência nas decisões judiciais. Faz uma breve digressão sobre os estudos relacionados com a memória e sua importância para a aquisição do conhecimento, para concluir que a memória constitui elemento essencial da atividade mental e sua utilização pressupõe a disponibilização de recursos à evocação de ideias que se constituem em objetos de investigação e aprendizagem, atuando como fator marcante de ingerência no teor das decisões proferidas nos processos judiciais. Defende, portanto, que as emanções judiciais indiquem uma unidade de coerência com o aspecto humano da relação posta sob julgamento.

Palavras-chave: Memória. Decisão judicial. Evocação. Investigação. Aprendizagem.

Abstract: The article analyses the complexity of cognitive phenomena and especially the role of memory and its influence on judicial decisions. Make a brief digression on the memory-related studies and their importance to the acquisition of knowledge, to conclude that memory is an essential element of mental activity and its use presupposes the provision of resources to the evocation of ideas that are objects of research and learning, acting as striking factor of tampering with the content of the decisions handed down in lawsuits. Advocates, therefore, that the Court indicate emanations a coherence with the human aspect of the relationship put under trial.

Keywords: Memory. Judicial decision. Evocation. Investigation. Learning.

Introdução

O objetivo do presente estudo é buscar uma superficial – porém relevante – análise dos papéis que a memória desempenha no pensamento e na mente do julgador no momento em que a decisão é proferida.

Embora diversos estudos no ambiente jurídico, principalmente os de natureza filosófica, dissertem sobre a problemática envolvendo o positivismo jurídico, pouco se encontra acerca da apreciação interna (do ponto de vista mental) que a memória exerce na mente do julgador.

Dispõe-se o modesto estudo perpassar analiticamente aspectos gerais históricos relevantes, o papel de aspectos mentais – conscientes ou inconscientes – e a relação que esses aspectos possuem sobre o ato de julgar.

A ideia geral e abstrata de que o ato de julgar circunscreve-se a elementos exclusivamente objetivos – o que remeteria o julgador à posição de mero expectador do ordenamento jurídico – cede espaço a concepções interdisciplinares do Direito que exigem uma abordagem mais aprofundada

no sentido de investigar a gênese dos elementos que integram o cenário do julgamento judicial.

Sem a pretensão de esgotar a matéria, o trabalho propõe-se filtrar e indicar as diretrizes gerais e básicas acerca da relação da memória no julgamento judicial, tudo com o objetivo de oferecer aos operadores a oportunidade de refletir sobre uma aproximação que ganha, dia a dia, fôlego maior no cenário jurídico contemporâneo.

Espécies de memória

Para o professor Iván Izquierdo, memória significa “aquisição, formação, conservação e evocação de informações”¹. Significa, portanto, toda informação recebida pelo indivíduo, as quais passam por um processo de formação e fixação por determinado lapso temporal de armazenamento mental para que, posteriormente, sejam evocadas, reproduzidas ou recordadas.

Os estudos relacionados à memória distam a Antiguidade e são intensificados nos dias atuais.

Aristóteles ponderava que os seres humanos aprendem por associação. Todas as informações recebidas do mundo exterior pela mente passam pelos órgãos dos sentidos. No “Tratado das coisas naturais” distinguir memória, como sendo “a faculdade de reter coisas que voltam espontaneamente ao espírito”, e *reminiscência*, a “faculdade de encontrar, pelo esforço, algo que se sabe saber”².

A pesquisa sobre esse tema, na modernidade, ocorreu no século XIX através do método experimental de Hermann Ebbinghaus, consistente na prática diária de uma lista de sílabas com certa similitude, porém diferentes, concluindo-se que “quanto mais tempo consagramos em aprender a informação nova, mais a reaprendemos”³.

Tulving, no século XX, após analisar pacientes com lesões cerebrais as mais variadas, as quais danificavam de forma diferenciada a memória, propôs o uso das terminologias *memória declarativa* e *memória não declarativa*⁴.

Segundo Iván Izquierdo⁵, a *memória declarativa* é aquela em que “podemos declarar que existem e podemos relatar como a adquirimos”. Por ela é possível armazenar os eventos, conhecimentos, fatos etc. As memórias declarativas são divididas em episódicas, as quais se referem aos eventos vivenciados ou assistidos, e *semânticas*, onde se encontram todos os nossos conhecimentos, como as noções sobre matemática e geografia.

¹ IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 11.

² FUENTES, Daniel et al. *Neuropsicologia: teoria e prática*. Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 169.

³ *Ibid.*, p. 169.

⁴ *Ibid.*, p. 175.

⁵ *Op. cit.*, p. 30.

Memória não declarativa consiste na “habilidade para realizar algum ato ou comportamento aprendido por intermédio de certo tempo de esforço” (como andar de bicicleta, por exemplo)⁶.

Outro tipo de memória existente é o da *generalização* que, nas lições do professor Antônio Damásio, consiste em atribuir uma noção geral para as coisas, ou seja, uma noção geral de como são os cães, de como são as cadeiras, de como são os homens⁷.

A *memória de procedimento* é aquela que se manifesta através de uma ação. Envolve memórias de “capacidades” ou habilidades motoras e sensoriais e o que comumente chamamos de “hábitos”⁸. Diferentemente das declarativas – através das quais se declara o conhecimento de algo – esta modalidade induz a demonstração de saber algo, como, por exemplo, a forma como se deve de fato executar as notas de uma música que se sabe tocar.

Através de critério de função, encontra-se a *memória de trabalho*, caracterizada por manter ativa por alguns minutos a informação recebida. Também serve para manter o senso de noção, direção, do ser humano, de saber onde se está, o que se está a fazer a cada instante e, como salienta o professor Iván Izquierdo, diferentemente dos outros tipos existentes de memória, esta “não produz arquivos”⁹.

Tomando por base o critério temporal constata-se a *memória de curta duração* e a *memória de longa duração*. Como o próprio nome sugere, a memória de curta duração possui um tempo curto de duração, tendo como papel, segundo Iván Izquierdo, o de “manter o indivíduo em condições de responder através de uma cópia efêmera da memória principal, enquanto esta ainda não tenha sido formada”¹⁰. Já a *memória de longa duração* é aquela que perdura por um lapso temporal maior, podendo ser evocada dentro de tal período de tempo. Tais espécies de memória consagraram o modelo elaborado por Atkinson e Shiffrin, no século XX, método através do qual a informação recebida passa pelo processo *memória sensorial – memória a curto prazo – memória a longo prazo – lembrança*. Tal estrutura fora importante para o estudo da memória pela neuropsicologia¹¹.

A *memória priming* é aquela evocada com uma “dica”¹². Por exemplo, evocar um poema integralmente ao citar apenas as primeiras palavras do primeiro verso.

⁶ Ibid., p. 175.

⁷ DAMÁSIO, Antônio R. *E o cérebro criou o homem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 177.

⁸ Ibid., p. 30.

⁹ Ibid., p. 25.

¹⁰ Ibid., p. 72.

¹¹ Ibid., p. 170.

¹² Ibid., p. 34.

Existem também as habilidades da memória envolvidas no uso da linguagem. Por elas, as palavras são arquivadas no cérebro a partir de um “saber como”, diferentemente do “saber que”.

O neurocientista António Damásio observa:

Além de imagens perceptuais em vários domínios sensoriais, o cérebro necessita de uma forma de armazenar os respectivos padrões, de algum modo, em algum lugar, e precisa manter um trajeto para recuperar os padrões, de algum modo, em algum lugar, para que em algum lugar e de algum modo sua tentativa de reprodução funcione¹³.

O importante é saber que a memória se subdivide em diversas espécies e cada qual possui características próprias que permitem recuperar os padrões gravados na mente e a forma como essa reprodução ocorre é importante para o presente estudo.

Evocação

A *evocação* é o mecanismo pelo qual se revive as memórias. É o ato de acordar a memória armazenada na mente. Segundo o professor Iván Izquierdo: “O processo de evocação é metabolicamente importante em muitas regiões do cérebro e, em parte, envolve a reativação de sistemas de neurotransmissores (noradrenalina, acetilcolina, ácido glutâmico) e proteínas cinase (ERKs, CaMKII, PKA) utilizados na consolidação”¹⁴.

Para o professor António Damásio:

A capacidade de manobrar o complexo mundo à nossa volta depende dessa faculdade de aprender e evocar. Nossa faculdade de imaginar possíveis eventos também depende de aprendizagem e evocação e é o alicerce que nos permite raciocinar e planejar o futuro e, de modo mais geral, criar soluções inovadoras para um problema¹⁵.

O processo metabólico para reviver tais memórias, para uma evocação próxima daquela informação recebida, pode ser intensificado através de estímulos. Quanto maior o conjunto de estímulos (dicas, sinais, ações, gestos, sons, dentre outros), a evocação será mais genuína e mais frutífera.

A evocação pode resultar, também, de um processo de fixação de memórias. Ao serem evocadas diversas vezes, as memórias tendem a permanecer armazenadas nas mentes de maneira que, cada vez menos, precisem de estímulos para revivê-las e tender a perpetuidade.

¹³ Ibid., p. 167.

¹⁴ Op. cit., p. 85.

¹⁵ Ibid., p. 168.

O estado emocional da pessoa é um importante fator que incide significativamente quanto a receber informações, bem como no momento de evocá-las. As emoções servem como um obstáculo ou um catalisador no momento de armazenar as informações.

Daniel Fuentes exorta a importância das emoções para a memória:

A importância das emoções para a memória havia sido apontada por Hughlings-Jackson nas últimas décadas do século XIX, mas o grande mérito da sua descrição coube a Freud que, em 1891, em uma obra intitulada *Sobre a Afasia*, afirmou que quase sempre há um vínculo emocional com a lembrança¹⁶.

As pessoas possuem alta capacidade para gravar uma informação quando em estado de bom humor, podendo evocá-la, posteriormente, sem dificuldades, sem obstáculos. Porém, caso recepcionem tal informação em estado emocional negativo (depressão, angústia, ansiedade), reduz-se de maneira considerável a capacidade de armazená-la ou evocá-la eficazmente.

A incidência do estado emocional negativo pode ser observada quando ocorre o fenômeno popularmente conhecido como “branco”, normalmente ocasionado por um estado emocional de tensão, ambiente no qual as pessoas não são capazes de recordar a informação que sempre conseguem evocar quando não estão em tal estado.

Sobre o tema, o professor Iván Izquierdo explica o processo metabólico, bem como ressalta a influência do estado emocional ao armazenar e ao evocar a memória:

Os estados de ânimo, as mudanças de humor e os estados sentimentais causam e são regulados por vias cerebrais muito bem definidas, que usam como neurotransmissores a noradrenalina, a dopamina, a serotonina e a acetilcolina, cada uma delas atuando sobre receptores bem diferentes espalhados por todo o cérebro. Alguns desses estados favorecem a aquisição, consolidação ou evocação dos mais diversos tipos de memória, por ação das substâncias mencionadas sobre um ou outro receptor nas regiões cerebrais que fazem ou evocam memórias. Às vezes, podem afetar de forma oposta a formação das memórias de curta e longa durações; às vezes, pelo contrário, afetam esses dois tipos de memória no mesmo sentido; às vezes, o efeito de alguma dessas vias predomina sobre o das outras; às vezes, essas vias agem simultaneamente com intensidade semelhante¹⁷.

Ao se considerar que a evocação constitui a capacidade de buscar na memória os aspectos relevantes da atividade mental, ato esse permeado e influenciado pela emoção, possível é raciocinar que o julgamento depende substancialmente da evocação de fatos e outros elementos presentes na memória.

¹⁶ Op. cit., p.169.

¹⁷ IZQUIERDO, Iván. *A mente humana*. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/IZQUIERDO.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.

O positivismo jurídico e a atuação da memória no ato de julgar

Sabe-se que a construção do sistema jurídico brasileiro atrela-se à concepção romana de Direito, especialmente a aliança entre a legalidade e a aplicação do Direito, expoente do qual sobrevieram movimentos doutrinários comumente designados de positivismo jurídico.

Apenas recentemente movimentos como o ativismo judicial – controvertido por orientações de viés contrário à abertura sistêmica denominado *garantismo* – chegaram ao universo forense empunhando a bandeira da liberdade ao julgador judicial no sentido de construir a interpretação – normalmente fundada na visão *principlista* do direito – que melhor se afeioe ao concreto, ainda que isso importe avançar sobre a legalidade pura a ponto de privilegiar disposições constitucionais.

Apesar desse novo cenário, fato é que a tradição jurídica é permeada pela visão aristocrática de que o conhecimento da ciência jurídica está indissociavelmente atrelado ao conhecimento da lei e à capacidade do jurista em memorá-las.

Exemplos desse panorama são os critérios fixados em editais para concursos públicos para carreiras jurídicas, os quais proclamam a ideia de que o candidato deve sorver o maior número possível de disposições legais. Segundo tal critério, o conhecimento da lei será a régua que medirá a extensão do conhecimento do candidato.

Essa noção tradicionalista é encampada pelo concursando que, ao ingressar na carreira jurídica, transfere para a vida profissional aquelas orientações conceituais impostas durante a preparação para a aprovação no sentido de que o preparo e a competência do julgador estariam diretamente proporcionais ao número de disposições normativas que conseguiu armazenar na memória.

É nesse cenário que entra a relevância da memória.

A concepção tradicional coloca a memorização de normas jurídicas como fundamental para a aplicação do Direito, esquecendo-se, no entanto, de valorizar o bom senso e a equidade no momento de julgar.

Aliás, quer parecer que esse apego à letra da lei e a nova função que a jurisprudência desempenha no contexto jurídico nacional – baseada na perspectiva que visa implantar a celeridade processual por súmulas ou precedentes judiciais que obstam a admissibilidade de recursos – são colocados como forma de desafogo do altíssimo volume de processos que tramitam perante o Poder Judiciário.

Impende, entretanto, refletir: se a faculdade de imaginar possíveis eventos depende da evocação, ao se considerar que o sistema de criação de normas jurídicas é permeado por fatores que não exprimem propriamente a preocupação dos poderes constituídos com o bem estar da coletividade –

muitas vezes se está diante de interesses econômicos e políticos sobrepondo-se a interesses nobres – reina uma notória e justa desconfiança com o sistema de criação normativo.

Ao mesmo tempo em que se desconfia da capacidade legislativa em imaginar possíveis eventos a partir de genuínos interesses coletivos – ou ao menos a maioria, segundo critérios democráticos e republicanos – há grandes esperanças de que decisões judiciais amparadas em princípios concretizem interesses relevantes do ponto de vista do interesse da maioria.

Mas é importante registrar que não se pretende criticar as concepções positivistas e sim constatar que o positivismo privilegia uma atuação da memória exclusivamente evocativa do ordenamento porque exige, apenas, a tarefa do jurista consistente em recordar as passagens do ordenamento que sustentaria a decisão judicial.

Talvez aí esteja a questão essencial do positivismo: é possível confiar que os poderes constituídos sejam capazes de regular a vida das pessoas em suas mais diversas relações sem depender de um senso pré-reflexivo que conduza essa regulação de modo equilibrado e sob a perspectiva da justiça?

Se a resposta à pergunta formulada acima for positiva, estar-se-á diante da crença de que a regulação normativa, por si só, seria capaz de implantar um sistema implacavelmente justo, cujo aperfeiçoamento independe da utilização de um senso de reflexão e aplicado automaticamente apenas pela utilização da memória, que consiga atrair para os casos concretos a regulação abstrata normativamente prevista.

Se a resposta for negativa, imprescindível refletir sobre a atuação do julgador a partir de outro ponto de vista.

Itinerário mental no ato de julgar

As pessoas tomam diversas decisões cotidianas relacionadas a diversas tarefas. Antes de pensar propriamente sobre a decisão judicial, é importante ponderar como seria o processo de decisão mental humano, independentemente do cenário em que esteja inserido.

Sobre esse ponto, a noção do que ocorre com as pessoas nas mais pequenas atividades é manifestada por David Brooks:

No dia a dia, somos bombardeados com milhões de estímulos – uma extrema e barulhenta confusão de sons, cenas, cheiros e movimentos. Ainda assim, no meio desse caos pirotécnico, partes diferentes do cérebro e do corpo interagem para formar um Sistema de Posicionamento Emocional. Assim como o Sistema de Posicionamento Global, o GPS, que pode estar em seu carro, o Sistema de Posicionamento Emocional sente sua situação atual e a compara com o vasto corpo de informações que tem guardado em sua memória. Ele forma certos

juízos sobre o curso em que você está, se vai produzir resultados bons ou ruins, e então reveste cada pessoa, lugar ou circunstância com uma emoção (medo ou excitação, admiração ou repugnância) e uma reação implícita (“sorria” ou “não sorria”, “aproxime-se” ou “afaste-se”) que nos ajudam a viver¹⁸.

Em seguida, David Brooks especifica as implicações da tomada de decisões:

Essa compreensão da tomada de decisão leva a algumas verdades essenciais. Razão e emoção não são separadas e opostas. A razão é aninhada na emoção e depende dela. A emoção atribui valor às coisas, e a razão só pode fazer escolhas com base nessas avaliações. A mente humana pode ser pragmática porque no fundo é romântica. Ademais, a mente e o eu não são uma única coisa. A mente é uma série de processos paralelos, evidentemente complicada. Não há capitão sentado na cabine tomando decisões. Não há teatro cartesiano – um ponto onde todos os processos e possibilidades diferentes se unem para ser classificados e onde ações são planejadas. Em vez disso, como colocou Gerald Edelman, laureado com o Nobel, o cérebro se parece com um ecossistema, uma rede associativa fantásticamente complexa de disparos, padrões, reações e sensações, todos comunicando com e respondendo a diferentes partes do cérebro e todos competindo por um pedaço de controle sobre o organismo. Por fim, somos primordialmente andarilhos, não tomadores de decisão. No decorrer do século passado, as pessoas tenderam a conceber a tomada de decisão como um ponto no tempo. Você acumula os fatos, as circunstâncias e as evidências e aí faz uma ligação. Na verdade, é mais exato dizer que somos peregrinos em um cenário social. Vagamos por um ambiente de pessoas e de possibilidades. Ao vagarmos, a mente realiza um número quase infinito de juízos de valor, que se acumulam para formar objetivos, ambições, sonhos, desejos e maneiras de realizar as coisas¹⁹.

Abordando essa temática com maior profundidade, o Professor António Damásio traz, também, relevantes lições sobre a forma como as pessoas tomam decisões:

O organismo (o corpo e seu cérebro) interage com objetos, e o cérebro reage a essa interação. Em vez de fazer um registro da estrutura de uma entidade, o cérebro *registra as várias consequências das interações do organismo com a entidade*. O que memorizamos de nosso encontro com determinado objeto não é só sua estrutura visual mapeada nas imagens ópticas da retina. Os aspectos a seguir também são necessários: primeiro, os padrões sensitivo-motores associados à visão do objeto (como os movimentos dos olhos e pescoço ou movimento do corpo inteiro, quando for o caso); segundo, o padrão sensitivo-motor associado a tocar e manipular o objeto (se for o caso); terceiro, o padrão sensitivo-motor resultante da evocação de memórias previamente adquiridas relacionadas ao objeto; quarto, os padrões sensitivo-motores relacionados ao

¹⁸ BROOKS, David. *O animal social*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014. p. 37.

¹⁹ *Ibid.*, p. 39. (grifo do autor).

desencadeamento de emoções e sentimentos associados ao objeto.

[...]

O que normalmente denominamos memória de um objeto é *a memória composta das atividades sensitivas e motoras relacionadas à interação entre o organismo e o objeto* durante dado tempo. O conjunto das atividades sensitivo-motoras varia conforme as circunstâncias e o valor do objeto, e o mesmo se dá com a retenção de tais atividades. Nossas memórias de certos objetos são governadas por nosso conhecimento prévio de objetos comparáveis ou de situações semelhantes. Nossas memórias são *preconceituadas*, no sentido do termo, pela nossa história e crenças prévias²⁰.

Aplicando esses conhecimentos gerais à tarefa do julgamento jurídico, possível é imaginar que o julgador, ao desenvolver a tarefa sacra de encontrar uma justa solução para a questão posta à apreciação, recorra a diversos bancos de dados da atividade mental; intriga qual seria o caminho que a atividade mental percorreria.

Nesse contexto, Eduardo Carlos Bianca Bittar exalta a relevância da prática no discurso jurídico:

Assumindo-se a leitura, a interpretação e a escrita de textos como a vida e o funcionalismo das atividades dos operadores do direito, há que se admitir que o domínio das técnicas textuais se inscreve entre os capítulos de maior importância para a operacionalização de informações jurídicas.

Ora, nessa medida, justifica-se a necessidade de estudo das técnicas de uso, manipulação e emprego da linguagem jurídica. O discurso das práticas jurídicas (normativas, burocráticas, decisórias, científicas) demanda conhecimentos específicos, formas de locução, técnicas de redação, estilos e medidas próprios. Quando se esteve a discutir a questão dos discursos jurídicos em espécie, nesta obra, esteve-se a mencionar a existência de universos de discurso que os sustentam em sua autonomia, sendo cada qual bem circunscrito por características inconfundíveis. Quer-se dizer que existem peculiaridades a serem examinadas dentro de cada dimensão em que se manifesta o discurso jurídico, a saber: o universo de discurso normativo, com sua peculiar construção imperativa; o universo de discurso burocrático, com sua peculiar construção formular; o universo de discurso decisório, com sua peculiar estrutura persuasiva e dialética; o universo de discurso científico, com sua peculiar constituição epistemológica. Assim, sabendo-se que alguns instrumentos técnicos são imprescindíveis para a vivência do discurso em suas peculiares manifestações, é mister o estudo da articulação prática do discurso, tendo-se em vista o domínio dos elementos indispensáveis para a apresentação (*construção*) e dissecação (*desconstrução*) de todo discurso jurídico²¹.

A abordagem lançada na lição de Bittar – e aí há apenas um expoente entre tantos outros na mesma direção – deixa clara a preocupação linguística

²⁰ Op. cit., p. 169. (grifo do autor).

²¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 387.

e metodológica da atividade jurídica, o que obviamente não se desconsidera ou se critica.

Ocorre que, paralelamente aos discursos e referências da prática jurídica no ato de julgar, indispensável ponderar o que está por trás da decisão judicial.

Essa investigação passa pela reflexão acerca do que está no interior da mente do julgador no momento da elaboração da decisão judicial, ou seja, refletir sobre as bases do conhecimento e os mecanismos de reconstituição do processo de evocação no momento em que se profere o julgamento.

O sistema processual lança um olhar meramente formal e pragmático sobre essa temática. O Código de Processo Civil inaugura o capítulo que trata da sentença e da coisa julgada (artigo 458) enumerando os requisitos da sentença. Perpassa a ideia de que o julgador, no momento em que profere a sentença, primeiro relata as principais ocorrências do processo, fundamenta as questões de fato e de direito e em seguida lança o dispositivo através do qual resolve as questões a si submetidas.

Não há dúvidas, no entanto, que o ato de julgar é muito mais complexo ao que enuncia o Código de Processo Civil. Tal qual ocorre em outras decisões que os humanos tomam sobre tantas questões apresentadas durante a vida, a atividade mental sai em busca de diversos elementos que procurarão orientá-lo na decisão.

Surge, pois, uma questão fundamental: no ato de julgar, o julgador deveria apenas recorrer às modalidades de memória que o faz recordar-se do ordenamento jurídico ou poderia, concomitantemente a isso, explorar os padrões sensitivo-motores relacionados ao desencadeamento de emoções e sentimentos associados à construção de um senso comum teórico do jurista?

Necessidade de pensar o Direito a partir das peculiaridades da relação jurídica processual

No momento em que o julgador profere a sentença, muito mais do que relatá-la, fundamentá-la e lançar o dispositivo, desenha-a, antes de tudo, sobre dois fundamentais níveis: (i) exame da questão a partir dos eventos do mundo que as normas jurídicas objetivamente previram (visão externa); por tal exame, enxerga os eventos manifestados no processo valendo-se de uma análise “de fora”, baseada em experiências calcadas na capacidade do editor da norma jurídica em pensar hipóteses abstratas que se consubstanciarão em casos concretos e permitirão uma solução que o órgão emissor pensou ser aquelas mais adequadas; (ii) análise a partir dos eventos mentais perpassados ao longo da vida do julgador; em tal hipótese, a mente, através da memória, vai em busca de pensamentos, lembranças, desejos e sensações pertencentes à experiência pessoal do julgador, hipótese na qual a atividade não é influenciada por introspecções externas; aqui,

nenhuma norma jurídica afeta o que se passa internamente na mente do julgador; nada supera aquela sensação de se colocar no lugar de quem está sendo julgado.

Se, de um lado, a análise da questão prende-se ao primeiro nível que impõe ao julgador aplicar a solução segundo crenças que podem ser muito distintas das suas – nessa hipótese o julgamento está afeito às normas jurídicas cuja evocação partiu da perspectiva meramente positivista –, o segundo pilar assenta-se no entendimento comum da vida, da percepção que antes de recorrer aos delineamentos exteriorizados pelo positivismo, a relação jurídica processual apresenta sujeitos de direito material que merecem análise subjetiva sob a perspectiva da justiça, do bom senso e do equilíbrio, o que nem sempre é obtido pela aplicação fria e objetiva do direito positivo.

Seguindo o padrão de atuação da memória como instrumento de evocação do ordenamento jurídico e das orientações por ele perpassadas – inclusive as nocivas – a atuação do jurista tende a desconsiderar – inconscientemente – aspectos importantes no ato de julgar, especialmente o senso de justiça que há de imperar como pressuposto básico de qualquer decisão judicial.

Ao vincular o ato de julgar à recorrente evocação do ordenamento jurídico – sem ponderar e refletir todas as razões que ensejaram a positivação da norma –, o julgador desempenha-se como um autômato que deposita tão sublime função ao exercício da função normativa. Confia, às cegas, que ao legislador é possível antever e disciplinar com senso de equilíbrio e justiça todas as circunstâncias da vida cotidiana.

Da mesma forma que o imaginário e a imaginação utilizam conteúdos da memória para criar novas formas e concepções, o ato de julgar não deve circunscrever-se à memória pura e simples. É importante utilizá-la para elaboração de novas fórmulas e conceitos que privilegiem o justo e coloquem em terreno secundário a longeva e tradicional aplicação formal do Direito mediante ajuste da norma ao fato.

Ao privilegiar a evocação apenas do ordenamento jurídico, o jurista deixa ao esquecimento o segundo nível que pode permear a atividade mental a partir de critérios relacionados a concepções ligadas à justiça.

Como, então, seria possível ao julgador buscar os espaços implícitos que, conjugados à evocação objetiva do ordenamento jurídico, credenciam-no a proferir um julgamento não exclusivamente baseado em orientações positivistas?

O principal desafio é compreender que a atividade mental compõe-se de disposição que vincula razão e emoção, ou seja, os conteúdos mentais não são apenas explícitos (decorrentes da linguagem jurídica calcada no discurso normativo que realiza o itinerário de fora para dentro), mas recorrentemente implícitos (utiliza a base de conhecimentos internos).

É fundamental a conscientização de que o julgamento não é um mero jogo de palavras ou de aplicação de técnicas de linguagem, mas na necessidade de partir do viés de que na relação processual estão alojados seres humanos que aguardam e dependem daquela decisão para realização de direitos materiais.

Sobre a utilização da decisão jurídica como cenário ideal à validação do Direito, Rafael Lazzarotto Simioni enfatiza:

Contudo, no nível da paradoxologia das operações do sistema, Luhmann observa que a validade do direito está na própria decisão jurídica. Não existe norma válida senão a partir do seu reconhecimento, ainda que implícito, na forma de uma decisão jurídica. Nessa perspectiva, ficam mais claros os motivos que oportunizam a diferenciação entre direito material e direito processual no nível das teorias do processo (nível da autodescrição). E esses motivos, ao que parece, estão todos relacionados com a positivação da validade do direito, quer dizer, com o paradoxo da “*validade da positivação da validade do direito*”, pois somente a partir desse paradoxo é que surge um direito processual como um âmbito autônomo de referência para as operações jurídicas²².

Na medida em que é fundamental pensar o processo como o palco principal no qual se apresentam as discussões filosóficas e teóricas acerca da atuação do ordenamento jurídico – notadamente a importância que se atribui a ele –, refletir sobre o que ocorre internamente na mente do julgador no momento em que profere a decisão apraz-se igualmente importante.

Independentemente das escolas que interpretam a ciência jurídica e cujas discussões se alocam no terreno da epistemologia, propõe-se a reflexão em torno das origens e dos reflexos da decisão judicial no campo processual, especialmente nos sujeitos da relação processual.

Aí entra a necessidade de investigar as profundezas da mente do julgador para pensar que importantes aspectos não explorados são relevantes no momento em que se profere a decisão judicial, essencialmente a conscientização de que a prolação da decisão, a partir da evocação de critérios meramente objetivos e tecnicamente amparados na linguagem perpassada pelo ordenamento jurídico, tende a talhar um viés cuja concreção despreze as necessidades e peculiaridades dos sujeitos da relação jurídica processual.

Conclusão

A memória constitui fator elementar da atividade mental e sua utilização disponibiliza recursos à evocação como instrumento de investigação e aprendizagem de dados armazenados na mente.

²² SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre a estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba, PR: Juruá, 2011. p. 52. (grifo do autor).

A tradição judicial à qual se filia o sistema brasileiro privilegia a utilização da memória a partir da evocação do ordenamento jurídico como sustentáculo da decisão judicial, confiando que essa atividade de exportar e adaptar para o caso específico os preceitos pré-concebidos equivale a suficiência dos imperativos como suposição de uma decisão adequada.

Esse contexto importa necessariamente em desprezar e relegar ao esquecimento a utilização da evocação de aspectos relevantes: as experiências, o entendimento comum da vida e a percepção de que antes de recorrer aos delineamentos exteriorizados pelo ordenamento jurídico, o julgador deve se conscientizar de que, na relação jurídica processual, existem sujeitos de direito material que aguardam uma decisão justa e harmônica com os primados da justiça.

Pede-se que o julgador tenha, além da percepção que vem de fora para dentro da mente (itinerário que deflui da atuação positivista), outra que sai de dentro para fora e assim consiga exteriorizar para o caso concreto não apenas as prévias concepções do ordenamento, mas, sobretudo, indique uma unidade de coerência e ideias que estejam preocupadas com o aspecto humano da relação, ciente e consciente de que se as normas que disciplinam a questão são importantes, muito mais relevante é saber que à espera da decisão judicial estão pessoas angustiadas e esperançosas que aquela decisão, mais do que tecnicamente simétrica ao ordenamento, consiga acalantar suas almas com a sensação de que se trata de uma decisão justa.

Referências

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Linguagem jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BROOKS, David. *O animal social*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2014.
- DAMÁSIO, Antônio R. *E o cérebro criou o Homem*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- FUENTES, Daniel et al. *Neuropsicologia: teoria e prática*. Porto Alegre: Artmed, 2008.
- IZQUIERDO, Iván. *A mente humana*. Disponível em: <<https://www.ufmg.br/online/arquivos/IZQUIERDO.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2014.
- _____. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre a estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba, PR: Juruá, 2011.

Em busca da efetividade da preservação do meio ambiente

BEATRIZ TRIGO

Mestre pela ITE. Professora do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

GABRIELA GIL MENIS

Graduanda do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: Este artigo é fruto de um projeto de pesquisa realizado por alunos do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino, e almeja apresentar alguns conceitos importantes de responsabilidade ambiental aplicada em todo o globo e principalmente na cidade de Catanduva-SP. O objetivo do estudo do grupo de pesquisa foi levantar e analisar os conceitos e a legislação em nível federal, estadual e municipal e, conseqüentemente, as propostas de mudanças no cenário da cidade de Catanduva e como essas alterações podem auxiliar no equilíbrio no processo de desenvolvimento urbano, para que se obtenha melhoramento na qualidade de vida nas áreas urbanas.

Palavras-chave: Responsabilidade ambiental. Desenvolvimento urbano. Saneamento ambiental. Educação ambiental.

Abstract: This article is the result of a research project conducted by students of the law school Faculdades Integradas Padre Albino, and aims to present some important concepts for environmental responsibility applied across the globe and especially in the city of Catanduva-SP. The objective of the research group was up and analyze the concepts and legislation level federal, state and municipal and consequently the proposed changes in the city scene Catanduva and how these changes can help balance the development process urban, in order to obtain improvement in the quality of life in urban areas.

Keywords: Environmental responsibility. Urban development. Environmental sanitation. Environmental education.

Introdução

Responsabilidade Ambiental é um conjunto de atitudes: individuais, coletivas, públicas e privadas, voltado para o desenvolvimento sustentável do planeta, ou seja, estas atitudes devem levar em conta o crescimento econômico ajustado à proteção do meio ambiente na atualidade e para as gerações futuras, garantindo sua sustentabilidade.

O projeto de pesquisa com o tema “Responsabilidade Ambiental: Globalização e Soberania” constitui-se em um instrumento de sensibilização e capacitação dos alunos do curso de Direito para as questões ambientais locais e globais, objetivando uma internalização de conceitos que se reverterão em uma nova postura coletiva: de compromisso e responsabilidade na esfera socioambiental do município.

O artigo 1º da Política Nacional de Educação Ambiental (Lei 9.795/99) define a Educação Ambiental como “processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltados para a conservação do meio ambiente”¹. Neste

¹ BRASIL. Política Nacional de Educação Ambiental, Lei Federal nº. 9.795/99. Brasília, DF, 1999.

contexto, a educação e responsabilidade ambiental devem ser postuladas como um agente aglutinador e fomentador dos processos de transformação social, pois têm como arcabouço metodológico a ação educativa permanente, através da qual indivíduos e comunidades tomam consciência de sua realidade e desenvolvem condições para enfrentar a problemática socioambiental de forma proativa.

O entendimento da questão ambiental como fruto da inter-relação de diversos fatores - físico, biótico, ecológico, social, econômico, histórico, cultural, religioso, psicológico e político - existentes na relação entre homem, sociedade e ambiente, é imprescindível para garantir uma gestão ambiental adequada.

A concepção da Responsabilidade Ambiental se apoia no entendimento da busca de um maior equilíbrio no processo de desenvolvimento urbano, para que se obtenha melhoramento na qualidade de vida nas áreas urbanas.

Considerado os preceitos constitucionais, especificamente o preâmbulo, os princípios fundamentais e o artigo 225, todos previstos na Constituição Federal (CF), e os conceitos de globalização e soberania, a pesquisa buscou verificar a relação de efetividade das normas constitucionais com os conceitos de soberania e globalização.

A soberania e o Estado moderno

A soberania que durante muito tempo era tida como um poder absoluto, relativizou-se em decorrência do desenvolvimento do Direito, conforme demonstra o Direito Ambiental, o Direito Internacional e os Direitos Humanos.

As modificações legislativas internacionais refletem as necessidades do mundo globalizado, em que os direitos humanos têm se destacado no cenário internacional.

Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, bem como os tribunais internacionais buscam efetivar esses direitos, não apenas as necessidades do contexto mundial em que nos inserimos, mas na grande evolução do pensamento humano, como resultado da luta pelos direitos, envolvendo grandes guerras, assassinatos em massa, terrorismo e diversas atrocidades que trouxeram à tona mudanças no conceito de soberania.

O dicionário *Michaelis* conceitua soberania como:

1 caráter ou qualidade de soberano. 2 Autoridade suprema. 3 Força tirada do conhecimento do direito natural. 4 Autoridade moral considerada suprema; poder supremo, irresistível. 5 Os direitos anexos ao soberano ou soberana. 6 Extensão territorial sob a autoridade de um soberano. 7 Qualidade do que não tem apelação ou recurso. 8 Autoridade, imperiosidade, poder, superioridade. 9 Excelência, primazia. 10 Altivez, soberbia. S. do povo ou s. popular: princípio segundo o qual todo o poder político emana do povo e é em nome dele exercido

(consignado na Constituição brasileira). S. política, Social: possibilidade que tem o Estado de usar do poder, limitado somente pelas condições da política interna e obrigações contratuais para com outras nações².

O conceito de Soberania, historicamente, está vinculado à racionalização jurídica do Poder, no sentido de transformação da capacidade de coerção em Poder Legítimo. Ou seja, na transformação do Poder de Fato em Poder de Direito, configurando um dos pilares teóricos do Estado Constitucional Moderno.

Bobbio³ indica que o conceito de Soberania pode ser concebido de maneira ampla ou de maneira estrita. Em sentido *lato*, indica o Poder de mando de última instância, numa sociedade política e, conseqüentemente, a diferença entre esta e as demais organizações humanas, nas quais não se encontra este Poder Supremo. Este conceito está intimamente ligado ao poder político. Já em sentido estrito, na sua significação moderna, o termo soberania aparece, no final do século XVI, junto com o Estado absoluto, para caracterizar, de forma plena, o poder estatal, sujeito único e exclusivo da política.

Hans Kelsen⁴, referindo-se à vinculação do Estado Constitucional Moderno por meio de tratados, escreveu que “em regra geral, pode-se dizer que o tratado não prejudica a soberania, já que, definitivamente, esta limitação se baseia na própria vontade do Estado limitado; mais ainda: em virtude desta limitação, fica assegurada a soberania estatal”.

Conforme essa construção histórica, o Estado Constitucional Moderno assume voluntariamente suas obrigações internacionais, ficando, dessa forma, submetido ao Direito Internacional por sua própria vontade soberana.

Embora a fase de exploração desregrada dos recursos ambientais tenha persistido ao longo da história da humanidade, o meio ambiente tornou-se a grande preocupação de todas as comunidades do nosso planeta nas últimas décadas, seja pelas mudanças provocadas pela ação do homem na natureza, seja pela resposta que a natureza dá a essas ações.

No Brasil, a proteção ao meio ambiente surge no contexto legal a partir de diversas normas esparsas, sendo que o próprio Código de 1916 é considerado norma precursora dessa proteção, ao tratar, nos direitos de vizinhança, do uso nocivo da propriedade.

Na década de 1980, em virtude da grande influência exercida pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo, em 1972, houve o aumento da consciência ecológica, intensificando, pois, o processo legislativo na busca de proteção e preservação do meio ambiente.

² MICHAELIS. *Dicionário de português online*. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=soberania>>. Acesso em: 08 set. 2014.

³ BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1994.

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria general del Derecho y del Estado*. 3. ed. Ciudad de México: UNAM, 1969. p. 421.

Nesse contexto, quanto à legislação infraconstitucional, é necessária a lembrança de dois marcos legislativos: a Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, segundo a qual há que se assegurar a “manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”, nos termos do art. 2º, inciso I, da referida norma; e a Lei nº 7.347/85, a qual disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, possibilitando o acesso coletivo à Justiça para defesa do meio ambiente.

Frise-se que conquanto tenha surgido após o advento da Constituição de 1988, a Lei nº 9.605/98, na sua qualidade de norma infraconstitucional, merece ser destacada, visto que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

A tutela constitucional do meio ambiente

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na legislação ambiental brasileira, pois além de ter sido a responsável pela elevação do meio ambiente à categoria dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, sistematizou a matéria ambiental, bem como estabeleceu o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo. Sem olvidar que, de forma inovadora, instituiu a proteção do meio ambiente como princípio da ordem econômica, no art. 170.

Segundo as palavras de Silva⁵, a Constituição foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental, trazendo mecanismos para sua proteção e controle, sendo denominada por alguns como “Constituição Verde”.

A referida Carta Magna aborda a matéria em apreço em diversos títulos e capítulos, seja mediante referências explícitas ou implícitas. Contudo, é em capítulo específico, o de número VI, em seu artigo 225, que se encontra todo o arcabouço norteador do direito ambiental brasileiro.

O Direito Ambiental é positivado na Constituição Federal em seu art. 225⁶:

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁶ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento)

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (Regulamento)

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Porém, Direito Ambiental ainda possui alguns conceitos diversificados entre os doutrinadores, como José Afonso da Silva, que estabelece que:

Como todo ramo do Direito, também o Direito Ambiental deve ser considerado sob dois aspectos: a) Direito Ambiental objetivo, que consiste no conjunto de normas jurídicas disciplinadoras da proteção da qualidade do meio ambiente; b) Direito Ambiental como ciência, que busca o conhecimento sistematizado das normas e princípios ordenadores da qualidade do meio ambiente⁷.

Apresentadas as observações iniciais a respeito do Direito Ambiental cabe salientar a importância de alguns princípios no estudo do Direito Ambiental e de suas fontes normativas.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17.

Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente

O princípio da intervenção estatal obrigatória está previsto no item 17 da Declaração de Estocolmo de 1972 e no art. 227, *caput*, da Constituição Federal. Tais dispositivos normativos da Declaração de Estocolmo e da Constituição de 1988 consignaram expressamente as responsabilidades e obrigações do poder público, tanto no âmbito administrativo quanto no legislativo e até no âmbito jurisdicional, cabendo ao Estado adotar as políticas públicas e os programas de ação necessários para cumprir esse dever imposto.

Esse é um dos princípios de maior relevância para a presente pesquisa, pois ressalta que se a defesa do meio ambiente é um dever do Estado, a atividade dos órgãos e agentes estatais na promoção da preservação da qualidade ambiental passa a ser, conseqüentemente, de natureza compulsória, obrigatória. Com isso, torna-se viável exigir do poder público o exercício efetivo das competências ambientais que lhe foi outorgada, evidentemente com as regras e contornos previstos na Constituição e nas leis.

A Carta Magna atribuiu competências ambientais administrativas e legislativas aos três entes da nossa federação: à União, aos Estados e aos Municípios. Portanto, todos os entes federados são responsáveis por elaborar a legislação, executar, fiscalizar e punir questões ambientais.

Ou seja, todas as entidades políticas têm atribuição administrativa comum para proteger o meio ambiente, com fundamento no artigo 23, III, IV, VI, VII e XI da Constituição Federal.

Além da gestão ambiental ser de cooperação do tricotômico federalista, toda a sociedade brasileira também tem responsabilidade em relação à eficiência dessa administração, por diversas maneiras, como por exemplo participação em audiências públicas, assento para membros da sociedade civil organizada no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), Ação Popular ambiental que pode ser proposta por qualquer cidadão.

Princípio da participação popular na proteção do meio ambiente

Em razão do sistema democrático, ou princípio democrático de direito, todas as pessoas têm o direito de participar ativamente das decisões políticas ambientais.

A participação popular na proteção do meio ambiente está prevista expressamente no Princípio número 10 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a

oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos⁸.

Trata-se, portanto, de decorrência necessária do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e do regime jurídico do ambiente como bem de uso comum do povo.

As Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP's) e Organizações Sociais (OS) poderão receber fomento estatal, se atendidos os pressupostos legais para a celebração de termo de parceria.

Princípio da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado

Esse princípio reflete o artigo 225 da Constituição Federal, combinado com o artigo 170, VI, do mesmo diploma legal, bem como o princípio 04 da Declaração do Rio: “Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”⁹.

A visão política dominante atualmente em relação à problemática ambiental, consagrada na Conferência das Nações Unidas de 1992¹⁰, sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (realizada no Rio de Janeiro), foi consolidada na expressão desenvolvimento sustentável.

Considerando que as necessidades humanas são ilimitadas, principalmente num sistema capitalista, em que o *marketing* leva a um consumismo desenfreado¹¹ e os recursos ambientais são finitos, há a necessidade de salientar que o planeta tem uma capacidade máxima e a defesa do meio ambiente precisa ser ponderada com outros valores econômicos e sociais protegidos pela ordem jurídica.

Princípio da função social e ambiental da propriedade

A função social da propriedade foi reconhecida expressamente pela Constituição de 1988, nos artigos 5º, inc. XXIII, 170, inc. III, e 186, inc. II, artigo 1.228, § 1º do código Civil que prescrevem que a propriedade privada tem uma função social, isso significa que a propriedade tem cinco atributos, quais sejam: uso, gozo, disposição, reivindicação e socioambiental.

⁸ ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Rio 1992*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>> Acesso em: 16 set. 2014.

⁹ Id.

¹⁰ Id.

¹¹ SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.

Significa que ao proprietário se impõe o dever de exercer o seu direito de propriedade, não mais unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, sendo precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo seu titular.

Nesses termos, ao estabelecer no art. 186, inc. II, que a propriedade rural cumpre a sua função social quando ela atende, entre outros requisitos, à preservação do meio ambiente, na realidade, a Constituição está impondo ao proprietário rural o dever de exercer o seu direito de propriedade em conformidade com a preservação da qualidade ambiental.

Princípio da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza

A avaliação prévia de impactos ambientais é certamente um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico em matéria de proteção do meio ambiente, prevista, de forma expressa, no art. 225, §1º, inc. IV, da CF, no art. 9º, inc. III, da Lei 6.938/81, e no princípio 17 da Declaração do Rio de 1992:

A avaliação do impacto ambiental, como instrumento nacional, será efetuada para as atividades planejadas que possam vir a ter um impacto adverso significativo sobre o meio ambiente e estejam sujeitas à decisão de uma autoridade nacional competente¹².

Ou seja, o planejamento do impacto ambiental precisa ser analisado pelas autoridades competentes antes da realização de atividades e antes da tomada de decisões que possam ter algum tipo de influência na qualidade ambiental.

Princípio da prevenção de danos e degradações ambientais

Com previsão no artigo 225 da Constituição Federal e em resoluções do CONAMA, esse princípio decorre verificação, com fundamento na ciência, para prever os danos ambientais decorrentes de determinadas atividades lesivas ao meio ambiente, assim será imposto ao empreendedor condicionantes para mitigar os prejuízos.

A ideia de proteção abrange tanto atividades de reparação, como de prevenção. Consoante ensina Marcelo Abelha Rodrigues sobre o princípio da prevenção:

Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desmatada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade de

¹² Op. cit.

reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam¹³.

Para a efetivação do referido princípio precisa de um constante estudo em relação aos danos ambientais que as atividades podem causar ao meio ambiente. Paulo Affonso Leme Machado organiza em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção:

1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental¹⁴.

Assim, com a certeza científica do dano é possível propor medidas para impedir a degradação do meio ambiente.

Princípio da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente

Também conhecido como princípio do poluidor pagador, é necessário que o poluidor responda pelos custos da degradação causada. Essa amplitude da responsabilização do degradador está prevista nos âmbitos: civil, administrativo e penal.

Consta na Declaração do Rio de 1992, princípio 16:

As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais¹⁵.

Esse princípio também foi fonte do artigo 14, § 1º, da Lei nº. 6.938/1981, que prevê que o poluidor fica responsável, mesmo sem existência de culpa, por reparar os danos causados ao meio ambiente, bem como a terceiros afetados pelo evento.

Tal princípio tem diversos desdobramentos legais e práticos, tais como o artigo 33, § 6º, da Lei nº. 12.305/2010, que determina que os fabricantes e importadores darão a destinação ambientalmente adequada aos produtos e

¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental*: parte geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 203.

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994. p. 36.

¹⁵ Op. cit.

embalagens. Os fabricantes de pilhas e baterias são exemplos de fornecedores que devem dar o destino correto após a devolução pelo usuário.

Princípio da cooperação internacional em matéria ambiental

A cooperação internacional é de relevante importância para a proteção do meio ambiente, mesmo considerando os apontamentos sobre soberania feitos no início do texto, a cooperação entre os povos não reconhece fronteiras no tocante ao meio ambiente, pois os fenômenos poluidores ultrapassam qualquer fronteira.

Vale ressaltar os diversos tratados internacionais na esfera ambiental. O artigo 77, da Lei nº. 9.605/1998, trata da cooperação penal internacional para a preservação do meio ambiente. Outros diplomas legais, eventos e documentos podem ser citados a título de ilustração, como a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente (Conferência de Estocolmo) realizada pelo ONU em 1972; Convenção sobre o comércio internacional das espécies da fauna e flora selvagens em perigo de extinção, celebrado em Washington em 1973; Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/1992 ou ECO/1992); que originou a Agenda 21, a declaração de princípios para o desenvolvimento sustentável das florestas (Carta das Florestas), Convenção sobre a diversidade biológica; Protocolo de Kyoto à Convenção quadro das Nações Unidas sobre mudança climática; Acordo de Copenhague; Acordo quadro sobre complementação energética regional entre os estados partes do Mercosul e estados associados.

Esse princípio recebeu *status* de princípio fundamental, pelo artigo 4º, IX, da Constituição Federal.

O princípio nº 2 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, repetindo o princípio nº 21 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972¹⁶, foi expresso em resguardar a manutenção da soberania dos Estados na exploração de seus recursos, segundo suas próprias políticas ambientais e de desenvolvimento, ao mesmo tempo, porém, em que enfatizou a responsabilidade dos países de velar para que as atividades realizadas dentro de sua jurisdição ou sob seu controle não causem danos ao meio ambiente de outros Estados ou a áreas situadas fora dos limites das jurisdições nacionais. É exatamente a ideia de soberania norteadas pela imprescindível cooperação internacional.

¹⁶ DECLARAÇÃO da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Disponível em: <http://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

Plano de saneamento integrado: planejamento e efetividade na preservação do meio ambiente

O conceito de saneamento ambiental amplamente discutido pela Organização das Nações Unidas (ONU), formada por quase todos os países do Mundo, e abordado na Conferência de Estocolmo (1972) e Conferência do Rio de Janeiro (1992):

É o conjunto de ações socioeconômicas que têm por objetivo alcançar níveis de Salubridade Ambiental, por meio de abastecimento de água potável, coleta e disposição sanitária de resíduos sólidos, líquidos e gasosos, promoção da disciplina sanitária de uso do solo, drenagem urbana, controle de doenças transmissíveis e demais serviços e obras especializadas, com a finalidade de proteger e melhorar as condições de vida urbana e rural¹⁷.

Dentro desse conceito mais amplo, um recorte cada vez mais utilizado para uma parte do saneamento ambiental é a classificação de Saneamento Básico, que envolve os sistemas e serviços para o abastecimento de água, o esgotamento sanitário, a limpeza pública ou manejo dos resíduos sólidos e o manejo de águas pluviais.

A Lei do Saneamento Básico ou Lei nº 11.445 de 05 de janeiro de 2007, regulamentada pelo Decreto Federal nº 7.217/10, determina que a prestação dos serviços públicos de saneamento básico deve ocorrer com base em um plano que apresente claramente os objetivos, metas, ações e prazos visando a universalização do acesso ao saneamento básico a toda a população municipal dentro de um horizonte de planejamento de vinte anos – com revisões a cada quatro anos, pelo menos.

A Lei do Saneamento Básico busca garantir que a prestação destes serviços à população não se dê exclusivamente pelo exame da rentabilidade econômica e financeira, mas que leve em consideração o objetivo principal que consiste em garantir a todos os cidadãos o direito ao saneamento básico. Por essa razão, os investimentos não são mais entendidos como uma decisão empresarial, mas como metas de universalização e de integralidade, no sentido de permitir o acesso de todos aos serviços, inclusive daqueles que, por sua baixa renda, não tenham capacidade de pagamento.

A norma, entretanto, não impõe uma estatização ou a privatização do setor, apenas cria um ambiente legal a que devem se subordinar todos os prestadores dos serviços de saneamento básico, sejam eles entes públicos estaduais e municipais, ou entidades privadas e de economia mista.

¹⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Manual de saneamento*. Brasília. Disponível em: <http://gestaoportalsebrae.com.br/customizado/gestao-ambiental-biblioteca/bib_manual_saneamento.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

Ainda segundo a legislação incidente sobre o setor, as prefeituras tinham até o dia 31 de dezembro de 2010 para elaborar e aprovarem junto à Câmara dos Vereadores seus Planos Municipais de Saneamento Básico. O prazo foi determinado pela Lei Federal nº 11.445/2007 e pela Resolução Recomendada nº 33/2007, que preveem que o município que não cumprir a determinação será penalizado cível e criminalmente. Entre as punições apontava-se para a perda de incentivos fiscais, como as verbas do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), entre outras. O Decreto Federal nº 7.217/10 prorrogou o prazo dos municípios ao dispor que:

a partir do exercício financeiro de 2014, a existência de plano de saneamento básico, elaborado pelo titular dos serviços, será condição para o acesso a recursos orçamentários da União ou a recursos de financiamentos geridos ou administrados por órgão ou entidade da administração pública federal, quando destinados a serviços de saneamento básico¹⁸.

Cabe ainda ressaltar que a lei prevê que os contratos que tenham por objetivo a prestação de serviços públicos de saneamento ficam condicionados a adotar as diretrizes e ações previstas no plano municipal de saneamento básico.

Está disposto na lei que revisar periodicamente o plano de saneamento é necessário e se trata de tarefa que depende de uma agenda permanente de discussão sobre a salubridade ambiental local¹⁹.

O acesso à informação, imprescindível para o controle social, também é garantido no Art. 26 da Lei nº 11.445/2007. Destaca-se que o presente plano municipal de saneamento básico, neste caso, denominado pelo gestor de Plano de Saneamento Integrado de Catanduva (PISB), deve atender a alguns princípios fundamentais, tais como:

- precaução: sempre que existam riscos de efeitos adversos graves ou irreversíveis para o ambiente, em geral, e para os recursos hídricos, em particular, não deverá ser utilizado o argumento de existência de lacunas científicas ou de conhecimentos para justificar o adiamento das medidas eficazes para evitar a degradação ambiental;
- prevenção: será sempre preferível adotar medidas preventivas que impeçam a ocorrência de efeitos ambientais adversos ou irreversíveis, do que recorrer, mais tarde, a medidas corretivas desses mesmos efeitos;

¹⁸ BRASIL. *Lei federal 11.445 de 2007*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

¹⁹ CATANDUVA. Prefeitura Municipal de Catanduva. *Plano integrado de saneamento básico (PISB) do município de Catanduva-SP*. Disponível em: <<http://www.catanduva.sp.gov.br/DynamicFiles/File/DOWNLOADS/pisb/DRENAGEM.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2014.

- uso das melhores tecnologias disponíveis: na resolução dos problemas ambientais em geral e dos recursos hídricos, em particular no que respeita ao tratamento das águas residuais;
- usuário-pagador: este princípio engloba o do poluidor-pagador. Trata-se de uma norma do direito ambiental que consiste em obrigar o poluidor a arcar com os custos da reparação do dano por ele causado ao meio ambiente;
- competência decisória: as decisões deverão ser tomadas pelos órgãos da administração municipal que estão em melhores condições para fazê-las, em função da natureza dos problemas e das consequências das decisões; e
- solidariedade e coesão municipal: na gestão do sistema de saneamento deverão ser respeitados os princípios da solidariedade e da coesão.

Estudo de caso: Plano de Saneamento Integrado no município de Catanduva-SP

No decorrer das pesquisas surgiu a necessidade de buscar as peculiaridades do município de Catanduva em relação aos quatro eixos do Plano de Saneamento Integrado (água, esgoto, drenagem e resíduos sólidos), com base nas exigências legais da legislação federal supra citada.

Foi verificado que havia um processo de licitação, Tomada de Preços nº 67/2012, originado do processo administrativo nº 2012/9/32030, para a contratação de uma empresa especializada para, junto com a equipe técnica da prefeitura de Catanduva e a população, elaborar o Plano de Saneamento Integrado de Catanduva (PISB).

Todo o estudo que será apresentado foi transformado na Lei Municipal nº 5.558, de 09 de junho de 2014²⁰.

Para atender a legislação federal, o município de Catanduva apresentou o PISB fundamentado nos seguintes pilares:

- objetivos para a universalização da oferta dos serviços, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;
- programas, metas e ações previstos para curto, médio e longo prazo e buscando atingir os objetivos de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;
- ações para emergência e contingências; e

²⁰ CATANDUVA. *Lei Municipal nº 5.558, de 09 de junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.catanduva.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 set. 2014.

- mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

O PISB de Catanduva deve, ainda, reger-se pelos seguintes objetivos gerais²¹:

- buscar a melhoria significativa dos níveis quantitativos e qualitativos do atendimento em matéria de abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza pública e manejo de resíduos sólidos, drenagem e manejo das águas pluviais;
- estabelecer procedimentos regulares de articulação entre os diversos setores de saneamento para a gestão dos recursos naturais no âmbito do município;
- buscar a resolução imediata de disfunções ambientais graves ou que envolvam riscos potenciais para a saúde pública;
- reconhecer a valorização ambiental dos sistemas hídricos;
- proteger e valorizar os recursos hídricos subterrâneos; e
- aperfeiçoar os sistemas de informação e de capacidade de avaliação e monitoramento dos setores do saneamento básico.

Planejamento estratégico dos setores de saneamento básico

A estruturação e a operacionalização dos serviços públicos de saneamento básico dos municípios brasileiros que abrangem os sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, a drenagem urbana e o sistema de limpeza pública e de manejo de resíduos sólidos, impõem-se como um importante desafio aos gestores públicos.

Por se tratarem de serviços que possuem natureza essencial e que, como tais, devem ser fornecidos basicamente como direitos dos cidadãos, o poder público buscou neste Plano formular as proposições através de ferramentas normativas, organizacionais e de planejamento.

Para enfrentar os problemas vigentes, o administrador terá de lidar com dificuldades institucionais e financeiras, na medida em que as ações requeridas exigem forte cooperação entre os diversos setores públicos, e destes com a sociedade civil, como também, em muitos casos, com agentes privados.

Para alcançar os objetivos gerais indicados pela Lei de Saneamento Básico e tomando como base as constatações dos diagnósticos de cada um dos setores, foram estabelecidos objetivos específicos de cada uma das áreas (drenagem, água, esgoto e resíduos sólidos) e, a partir destes, foram estabelecidas metas para seu alcance e propostos programas e ações considerando um horizonte de planejamento de vinte anos.

²¹ Id.

É importante que o PISB de Catanduva esteja instituído como lei municipal para que este possa ser utilizado como o principal instrumento de captação de recursos para estudos e projetos integrantes do sistema de saneamento básico municipal, junto aos órgãos financiadores do governo federal.

Por si só, o estabelecimento de programas e ações que melhorem o funcionamento operacional e gerencial de cada um dos setores já pode ser considerado um avanço. Esta clareza inicial, entretanto, poderá se tornar inócua caso não venha acompanhada de mecanismos institucionais que sejam capazes de garantir a adequação normativa e regularização legal dos sistemas.

O primeiro componente desta estrutura institucional já foi definido pelos gestores. Trata-se da implantação do Conselho Municipal do Plano de Saneamento Integrado (CMPSI), órgão consultivo em matéria de natureza política de saneamento, meio ambiente e saúde, composto por representantes do poder público e da sociedade civil. O CMPSI deverá ser instituído por lei municipal.

Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e outras formas alternativas de implantação

A Constituição Federal, promulgada em 1988, como já mencionado anteriormente, consagrou os princípios da livre iniciativa, valorização do trabalho, incentivo ao cooperativismo, respeito ao ambiente, justiça social, proteção ao consumidor, ações coletivas. Consigna-se também que a Política Nacional dos Recursos Hídricos, estabelecida nos termos da Lei nº 9.433²², publicada em 09 de janeiro de 1997, recepcionou o princípio do poluidor-pagador.

A responsabilidade dos produtores de agrotóxicos pelo retorno das respectivas embalagens e a implantação da sistemática de logística reversa, hoje consagrada como instrumento crucial na gestão de resíduos, foram institucionalizadas pela Lei 9.974, datada de 07 de junho de 2000. E não foi só isso, pois no ano de 2006, o Decreto nº 5.940 foi promulgado e este determina a coleta seletiva e destinação aos catadores do material descartado pela administração pública federal.

Outras leis também tiveram relevância ao estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico, como a Lei do Saneamento Básico²³, inclusive maior importância que as anteriores para o alcance da cidadania pelos catadores, ao incluí-los como aptos a se responsabilizar pela coleta em âmbitos restritos, admitindo sua contratação por convênios, mediante

²² Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei.

²³ BRASIL, 2014, Op.

alteração da lei de licitações. Iniciou-se, então, a partir do estabelecimento destas diretrizes, a visualização de uma possibilidade real dos catadores organizados contratarem com a municipalidade.

A partir da promulgação da Lei nº 12.305/10, a qual instaurou o PNRS, as associações organizadas iniciaram a coleta de pequenas áreas e encetaram a condição de prestadores de serviços públicos de limpeza urbana e reciclagem.

O processo de evolução sociológica dos catadores de materiais recicláveis é importante no PNRS e no panorama urbano consumidor. A inclusão dos catadores de materiais recicláveis não se deu de forma isolada, nem tampouco imediata, foi o reconhecimento de uma jornada que se prolonga há mais de dez anos de luta organizada pelo reconhecimento do valor do trabalho de catação na cadeia da reciclagem, conforme demonstra a Carta de Brasília²⁴, expedida no congresso nacional de catadores realizado em 2001.

O grande desafio está em incluir os trabalhadores que sofrem rejeição social associada ao objeto de sua atividade no rol da Classificação Brasileira de Ocupações do Ministério do Trabalho e Emprego em 2002²⁵, assim como o estigma atribuído aos trabalhadores de baixa renda e escolaridade. Esta é uma questão fundamental para o dimensionamento da tensão econômico-social estabelecida nacionalmente pelas diretrizes e prazos da PNRS.

Os catadores são relacionados às características do material que coletam e separam, portanto, da mesma forma que os resíduos, são socialmente descartados. Assim como os resíduos domésticos que, pelo senso comum, deixam de ser responsabilidade dos seus produtores no exato momento em que são postos da porta de suas casas para fora, tanto melhor seria - para o mesmo senso comum - se os catadores não coexistissem com os transeuntes. É necessário reforçar o fato de que os resíduos são o objeto de trabalho dos catadores e não o lixo, no sentido de sujidade, sujeira, imundice, coisa ou coisas inúteis, velhas, sem valor.

Conclusão

Apesquisa foi dividida em duas fases principais: a primeira fase foi destinada a pesquisa bibliográfica de alguns conceitos como soberania, globalização, Direito Ambiental, princípios do Direito Ambiental, e fundamento normativo

²⁴ Os participantes do 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis, realizado em Brasília nos dias 4, 5 e 6 de junho de 2001, que contou com a participação de 1.600 congressistas, entre catadores, técnicos e agentes sociais de 17 estados brasileiros, e os 3.000 participantes da 1ª Marcha Nacional da População de Rua, no dia 7 de junho do mesmo ano, apresentam a toda a sociedade e às autoridades responsáveis pela implantação e efetivação das políticas públicas, as reivindicações e propostas que seguem. Cf. CONGRESSO de catadores de material reciclado. Disponível em: <http://www.mncr.org.br/box_1/principios-e-objetivos/carta-de-brasil>. Acesso em: 29 jun. 2013.

²⁵ 5192: Trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável: Descrição sumária: Os trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável são responsáveis por coletar material reciclável e reaproveitável, vender material coletado, selecionar material coletado, preparar o material para expedição, realizar manutenção do ambiente e equipamentos de trabalho de reciclagem, administrar o trabalho e trabalhar com segurança. Cf. CONGRESSO de catadores de material reciclado. Disponível em: <http://www.academia.edu/7777158/ACIOLI_Edane>. Acesso em: 11 set. 2014.

para o tema proposto, que resultou nas primeiras seções do presente artigo.

A segunda fase da pesquisa visou levantar e analisar o Plano de Saneamento Integrado de Catanduva e as situações enfrentadas pelo município de Catanduva para realizar efetivamente sua cota de responsabilidade ambiental, com o remanejamento de recursos internos e busca de recursos externos para cumprir os preceitos legais de Responsabilidade Ambiental.

A elaboração do Plano de Saneamento Integrado de Catanduva, de uma maneira geral, ocorreu de forma muito satisfatória quando analisada a relação entre os dados levantados, elaboração de diagnóstico e prognóstico. Ressalta-se, porém, que as audiências públicas realizadas não contaram com um público participante, nem em relação aos representantes realmente atuantes nas suas comunidades, setores públicos e espaços de participação, configurando-se em importantes agentes disseminadores de informação.

Destaca-se que um dos principais fatores responsáveis pelo sucesso das ações voltadas para a gestão ambiental é a internalização de sua importância por parte de cada um dos agentes sociais envolvidos, em todos os níveis dos processos inter-relacionados. Uma vez atingido este estágio, os agentes sociais transformam-se em poderosos aliados capazes de refletir e difundir a cultura organizacional do município.

O que resulta incontestável é que a pesquisa que dá origem ao presente estudo merece maior investigação diante da atualidade e especialidade do tema sobre o qual se debruça, considerando que a Lei nº 5.558/2014 apresenta as metas a curto, médio e longo prazo para a melhoria dos quatro eixos do saneamento básico (água, esgoto, drenagem e resíduos sólidos) e precisa de investimento financeiro pelo poder público, fiscalização e educação ambiental. Por se tratarem de serviços que possuem natureza essencial e que, como tais, devem ser fornecidos basicamente como direitos dos cidadãos.

Considerando que a exigência da legislação federal para que os municípios brasileiros elaborem seus Planos de Saneamento Integrado foi prorrogada novamente para final de 2014, serão necessários mais tempo e um estudo mais aprofundado para verificar se a referida norma torna efetiva a preservação do meio ambiente.

Referências

BACKER, Paul de. *Gestão ambiental: a administração verde*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.
BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 6. ed. Brasília: Ed. da UnB, 1994.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: GRUPO SARAIVA. *VADE MECUM Saraiva OAB e concursos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Política Nacional de Educação Ambiental, Lei nº. 9.795/99*. Brasília, DF, 1999.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Manual de saneamento*. Brasília. Disponível em: <http://gestaoportal.sebrae.com.br/customizado/gestao-ambientalbiblioteca/bib_manual_saneamento.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11 set. 2014.

BRASIL. Lei federal 11.445 de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111445.htm>. Acesso em: 08 set. 2014.

BRÜGGER, Paula. *Educação ou adestramento ambiental*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1994.

CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. Educação ambiental crítica: nomes e endereçamentos da educação. In: LAYRARGUES, Philippe Pomier (Coord.). *Identidades da educação ambiental brasileira*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2004.

CATANDUVA. Prefeitura Municipal de Catanduva. Plano integrado de saneamento básico (PISB) do município de Catanduva-SP. Disponível em: <<http://www.catanduva.sp.gov.br/DynamicFiles/File/DOWNLOADS/pisb/DRENAGEM.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2014.

_____. *Lei municipal nº 5.558, de 09 de junho de 2014*. Disponível em: <<http://www.catanduva.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 set. 2014.

CONGRESSO de catadores de material reciclado. Disponível em: <http://www.mncr.org.br/box_1/principios-e-objetivos/carta-de-brasilia>. Acesso em: 20 out. 2013.

DECLARAÇÃO da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972. Disponível em: <http://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2013.

DIAS, Genebaldo Freire. *Educação ambiental: princípios e práticas*. São Paulo: Gaia, 1992.

GUSMÃO, Antônio Carlos Freitas; MARTINI, Luiz Carlos de. *Gestão ambiental na indústria*. Rio de Janeiro: Destaque, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria general del Derecho y del Estado*. 3. ed. Ciudad de México: UNAM, 1969.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de direito Ambiental*. São Paulo: Malheiros Editores, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Rio 1992*. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito ambiental: parte geral*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TRABALHADORES e coleta de material reciclável. Disponível em: <http://www.academia.edu/7777158/ACIOLI_Edane>. Acesso em: 20 out. 2013.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes consumistas: do consumo à compulsão por compras*. São Paulo: Globo, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Obras consultadas

SEBRAE. *Gestão Sebrae*. Disponível em: <http://gestaoportal.sebrae.com.br/customizado/gestaoambiental-biblioteca/bib_manual_saneamento.pdf>. Acesso em: 20 out. 2013.

POLÍTICAS de desenvolvimento sustentável. Disponível em: <http://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2013.

Reflexões jurídicas sobre as manifestações populares de junho de 2013

DONIZETT PEREIRA

Mestre em Direito pela UNESP. Professor do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP. Advogado atuante desde 1991.

ISABELA MARIA VIDESCHI

Aluna do curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA), Catanduva-SP.

Resumo: O artigo trata algumas das repercussões das manifestações populares surgidas no Brasil em junho de 2013 e seus reflexos na atuação política da administração pública. Utiliza como paradigma a intervenção do Estado na economia e como ela pôde inspirar as demais intervenções na área social, para concluir que os mecanismos de discussão existentes e os meios de que se utilizam os movimentos sociais são insuficientes para as principais demandas da população.

Palavras-chave: Manifestações populares. Administração pública. Intervenção do Estado. Atuação política.

Abstract: The article discusses some of the repercussions of the popular demonstrations which occurred in Brazil in June 2013 and its reflections in the political action of the public administration. Uses as a paradigm to state intervention in the economy and how it might inspire other interventions in the social area, to conclude that the existing discussion mechanisms and means of social movements that are insufficient for the main demands of the population.

Keywords: Popular manifestations. Public administration. State intervention. Political action.

Introdução

Buscando entender a ideia de intervenção estatal nos diversos meios de atuação do ser humano foi proposto grupo de pesquisa que trabalhou no biênio 2013-2014 sob o tema: “Intervenção estatal e permissão constitucional: uma revisão obrigatória”. Os trabalhos desenvolveram-se por meio de reuniões periódicas, intercaladas de troca de material, principalmente pela internet, possibilitando a reflexão acerca da importância das ações do Estado no cotidiano.

Durante o trabalho do grupo, houve verdadeira mudança de planos, justificada pelas manifestações populares de junho, que provocaram reações as mais variadas principalmente no âmbito da administração pública. Estabeleceu-se como meta, a partir de então, analisar durante o ano o reflexo das manifestações na agenda da administração federal.

Nesse diapasão, para ilustrar o embrião da presente reflexão, podem ser citadas algumas atitudes protagonizadas pelo executivo federal durante o ano de 2013, as quais provocaram reflexos diretos na autonomia privada. A condução da atuação governamental nesses casos ensejou fatos e, conseqüentemente, críticas, que podem explicar o objeto fundamental e o interesse na presente pesquisa.

Ocorre que o governo brasileiro, tendo como intuito atender a suas preocupações eleitoreiras, e claro, seu desejo de perpetuação no poder, manteve estável o preço dos combustíveis, a despeito de sua alta no cenário mundial, obrigando a Petrobras, empresa que tem como sócia majoritária a União Federal, a trabalhar em regime deficitário, mesmo que isso acarretasse a perda de mais de metade de seu valor na bolsa de valores.

Em outra medida desesperada de populismo, foi determinado um desconto na conta de energia elétrica em todo o país, o que beneficiou a população em detrimento do custo efetivo para as fornecedoras, que, segundo seus próprios balanços, ficaram com o prejuízo.

Nesse contexto, essas foram algumas medidas tomadas pelo governo, as quais demonstram, à luz solar, unicamente o interesse desse em se manter no poder, mesmo que para isso seja necessário causar prejuízo a uma população cada vez mais carente de representação política efetiva.

O resultado de tais intervenções está longe de ser suficientemente mensurado, mas algumas reflexões, sob a perspectiva do Direito, são possíveis.

A primeira delas remete-nos para o questionamento acerca do sistema representativo em vigor no Brasil e suas mazelas e qual seria o verdadeiro objetivo daqueles que encerram suas atividades nas carreiras políticas.

Passado um ano das primeiras manifestações e após sediar a Copa do Mundo de Futebol e Olimpíadas, eventos que atraem todos os olhares para o Brasil, justifica-se um estudo sobre a crise de representatividade que ronda os poderes constituídos.

Episódico, o fato de sediar a Copa do Mundo originou necessidades estruturais de toda sorte, principalmente na área de mobilidade urbana, revelando nossas mais pungentes mazelas, longe ainda de serem suficientemente equacionadas, mas a obstinação dos representantes do povo em justificar a atuação do Parlamento em bases nada transparentes revela um hiato com a vontade popular.

Legitimidade representativa

Uma digressão pela representatividade política mostrará que as razões para a vida em sociedade sempre foi objeto de perquirições filosóficas, sendo Aristóteles o detentor da explicação mais conhecida da Antiguidade. Segundo Dallari¹:

O antecedente mais remoto da afirmação clara e precisa de que o homem é um ser social por natureza encontra-se no século IV a.C., com a conclusão de Aristóteles de que “o homem é naturalmente um animal político”. Para o filósofo grego, só um indivíduo de natureza vil ou superior ao homem procuraria viver isolado dos outros homens sem que a isso fosse constringido.

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 10.

Essa corrente jusnaturalista, portanto, segundo Dallari², entende que: “a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”.

Os contornos atuais da legitimidade representativa foram moldados no período que antecedeu as grandes revoluções liberais, tendo sido delimitados por Hobbes, Locke e Rousseau, principais representantes de outra corrente de pensamento, denominada de contratualismo³, cujas argumentações culminaram com o reconhecimento da existência de um pacto social, em virtude do qual as pessoas se submetem espontaneamente à vontade geral.

Hobbes⁴ fixa como uma de suas leis fundamentais da natureza que:

Cada um deve consentir, se os demais também concordam, e enquanto considere necessário para a paz e a defesa de si mesmo, em renunciar ao seu direito a todas as coisas, e a satisfazer-se, em relação aos demais homens, com a mesma liberdade que lhe for concedida com respeito a si próprio.

Ao longo de sua obra, Locke⁵ atribui ao consentimento expresso dos governados a legitimação para o exercício do poder político, justificando:

Sendo os homens, conforme acima dissemos, por natureza, todos livres, iguais e independentes, ninguém pode ser expulso de sua propriedade e submetido ao poder político de outrem sem dar consentimento. A maneira única em virtude da qual uma pessoa qualquer renuncia à liberdade natural e se reveste dos laços da sociedade civil consiste em concordar com outras pessoas em juntar-se e unir-se em comunidade para viverem com segurança, conforto e paz umas com as outras, gozando garantidamente das propriedades que tiverem e desfrutando de maior proteção contra quem quer que não faça parte dela. [...] Quando qualquer número de homens consentiu desse modo em constituir uma comunidade ou governo, ficam, de fato, a ela incorporados e formam um corpo político no qual a maioria tem o direito de agir e resolver por todos.

O contrato social de Rousseau fundamenta-se na seguinte premissa:

As cláusulas do contrato imaginário, quando bem compreendidas, reduzem-se a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda, porque, em primeiro lugar, cada um dando-se completamente, a condição é igual para todos e, sendo a condição igual para todos, ninguém se interessa por tornar onerosa para os demais⁶.

² Ibid., p. 12.

³ DALLARI, op. cit.

⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Nova Cultural, 1997 apud DALLARI, op. cit., p. 13.

⁵ MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2000. p. 97.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Pléiade. 1954. t III apud WEFFORT, op. cit. p. 196.

Arrematando, em relação à legitimidade da representação política, sustenta Freitas Júnior⁷:

A essa altura, o problema da legitimidade, antes resumido à conformidade entre as leis dos homens e a vontade de Deus, adquire uma dimensão inusitada: a da correspondência entre a autoridade do soberano e a obediência dos súditos, mediante regras de consentimento previamente ajustadas. Uma vez que a obediência esteja radicada no consentimento, a estabilidade e a previsibilidade dos comportamentos sociais, sob a forma de segurança e certeza jurídicas, transformam-se em desafios ou propósitos a serem continuamente revisados, e perdem assim a dimensão retrospectiva que a ordem tradicional lhes conferia.

Quanto ao termo Estado, segundo Bastos⁸, somente a partir dos séculos XVI e XVII passou a ser utilizado na obra de Maquiavel, e sua origem etimológica pode ser explicada pelas seguintes circunstâncias variáveis:

Todavia, três aspectos devem ser considerados: a) o aspecto sociológico, que diz respeito à verificação dos elementos constitutivos das primitivas sociedades políticas criadas pelo homem; b) o aspecto histórico, que encara o Estado como um fato social decorrente da própria evolução da sociedade; c) o aspecto doutrinário, que o analisa do ponto de vista filosófico.

Formas de intervenção e desenvolvimento econômico

Compreender o estado atual da representação política e a intervenção do Estado na atividade privada constitui-se em verdadeiro exercício da cidadania, dada a importância que uma decisão administrativa pode alcançar na esfera individual e social. Nas palavras de Carnoy⁹:

O Estado parece deter a chave para o desenvolvimento econômico, para a segurança social, para a liberdade individual e, através da “sofisticação” crescente das armas, para a própria vida e a morte. Compreender o que seja política no sistema econômico mundial de hoje é, pois, compreender o Estado nacional e compreender o Estado nacional desse sistema é compreender a dinâmica fundamental de uma sociedade.

Uma breve digressão sobre a interferência estatal, principalmente na economia, eleita como a força motriz de toda a atividade produtiva da sociedade, se faz necessária, sobretudo para contextualizar a dinâmica atual de tal ingerência.

A Idade Média, com sua clássica dicotomia entre classe dominante e classe trabalhadora, não vivenciou a função social do Estado. O poder do

⁷ FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Conteúdo dos pactos sociais*. São Paulo: LTr, 1993. p. 13.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 37.

⁹ CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Campinas: Papyrus, 2000. p. 9.

Estado estava concentrado na figura do Monarca, que dele se servia de forma exclusiva, legitimado que estava por séculos de disseminação da ideia da origem divina do *munus* que exercia.

Para sustentar e manter esse poder absoluto, o Estado desenvolve várias atividades de caráter exclusivamente econômico, dentre elas a acumulação de metais preciosos, mais tarde utilizados como lastro da emissão monetária. Utilizando como meio coercitivo o imposto, controlava a exportação e importação como forma de sustentar uma balança comercial minimamente positiva.

Essa, historicamente, tem sido a explicação para a origem da intervenção do Estado na economia. O Estado centralizador, para melhorar as atividades internas de seus cidadãos, aposta na evolução da economia como precursora do “bem estar nacional”, representada pela acumulação de riquezas de poucos, em detrimento das causas sociais.

A insatisfação com esse panorama faz surgir a doutrina liberalista, pela qual a intervenção estatal deveria ser aceita somente no caso de omissão da iniciativa privada. Com a eclosão das grandes revoluções ditas liberais, que atendiam principalmente aos interesses da burguesia, relegada a segunda ordem pela nobreza, nessa altura desprestigiada e sem poder de barganha, a intervenção do Estado sofre modificações.

A burguesia protagoniza grandes alterações no pensamento mercantilista até então dominante, propiciando o recuo da intervenção do Estado não só na economia, mas também naquelas atividades típicas da iniciativa privada. A Revolução Francesa (1789) trouxe em seu rastro as preocupações com a igualdade de oportunidades, originando a Declaração dos Direitos do Homem, justificando e acentuando a necessidade de reformas principalmente nas áreas política, econômica e social.

Sob tal perspectiva, consolidam-se as ideias do princípio da legalidade, estampado na subordinação do Estado aos ditames da ordem normativa. O Estado, a partir de então, após muita resistência, fica subordinado aos limites impostos pela lei, a ser discutida e aprovada mediante uma carta de princípios, surgindo, assim, o estigma da primazia da constituição.

As constituições editadas a partir dos séculos XVIII e XIX ampliam sua abrangência, antes jungida à limitação dos poderes do soberano, para consagrar também direitos dos mais variados matizes, caracterizados pela submissão do Estado ao papel de prestador de serviços na área da segurança, justiça e demais, considerados essenciais à ordem pública, e conduzindo a uma redefinição acerca da liberdade como pressuposto de pleno exercício da cidadania.

A ideia dominante do século XIX era a de que o Estado deveria caminhar de forma paralela à iniciativa privada, sem intervenção. Tal modelo tem como um de seus efeitos o agravamento da desigualdade social, em razão da

mudança no controle do mercado, antes exercido pelo Estado e agora pelos detentores do capital, que, com sua ânsia por lucro, desconsideravam os mais mezinhos direitos dos trabalhadores e demais agentes sociais.

A relação entre capital e trabalho foi se tornando tensa com o surgimento do capitalismo, pelo qual a ênfase da atividade repousava no lucro das grandes corporações. A evolução tecnológica propiciada pela revolução industrial e a gradativa substituição do homem pela máquina provoca o surgimento de novas fronteiras de luta da classe dominada, justificando uma nova doutrina de intervenção do Estado, com vistas a buscar um equilíbrio entre os atores sociais.

Essa atuação caracteriza-se principalmente pela intervenção legislativa, com a edição de leis cada vez mais tendentes a transformar o elo fraco da relação em cidadão. O Estado, tangido pelos movimentos sociais, começa a interferir na sociedade em outros campos, modelando as formas de subordinação e coibindo as práticas marcadamente abusivas disseminadas até então.

Surge o Estado Social, com preocupações em todas as áreas da atividade humana, pretendendo a regulamentação da tutela ao cidadão por meio da promoção do bem estar social e da prestação de serviços públicos.

A primeira ideia de Estado Social, portanto, é a de minimizar o impacto da subordinação do cidadão comum promovida pela exploração do capital. Sua atuação circunscreve-se a evitar as práticas abusivas, fornecendo um mínimo de segurança nas relações jurídicas que efetivamente promoviam o avanço da economia.

Paulatinamente, essas intervenções de cunho socioeconômico resultaram em melhorias na condição de vida da população, que passou a ter garantidos direitos trabalhistas, previdenciários, além de infraestrutura adequada para a vida em sociedade.

Garantidos já por legislação constitucional, passou o Estado a ser responsabilizado pela manutenção dos direitos básicos, tais como saúde, educação, transporte público etc. Para alcançar tais objetivos o Estado necessitava de mais recursos, o que onerava ainda mais a população, que lutava cada vez mais para a consolidação de mais e mais direitos essenciais.

O crescimento da máquina estatal, derivado da criação imoderada de órgãos públicos e empresas estatais com objetivos cada vez mais específicos, gerou o esgotamento do modelo vigente, em que o Estado promovia, por si só, todas as atividades inerentes ao bom desempenho socioeconômico, atraindo cada vez mais despesas públicas, agravadas pelo inchaço do aparelho estatal e manipulação de verbas pelos ocupantes dos cargos públicos.

O chamado neoliberalismo implicou no surgimento do estado regulador. Tratava-se de uma nova roupagem sobre os ideais liberais e sobre os deveres do Estado, que, a partir de tal acepção, teria como principal papel na economia o de fiscalizar a atividade privada, reservando para si as funções essenciais.

Sob esse prisma, o Estado deveria intervir apenas episodicamente na economia, reduzindo sua atuação direta naquelas atividades privadas. O efeito imediato foi a ampliação das relações comerciais internacionais, denominadas globalização, com a unificação dos mercados, produzindo também reflexos culturais e sociais nos atores envolvidos.

Mais uma vez o capital passou a interferir nas relações sociais, com o alargamento da distância entre a parte menos favorecida e uns poucos detentores de recursos, obrigando a uma nova reestruturação na forma de intervenções cada vez menos pontuais.

O reflexo dos ideais liberais se fez sentir no movimento de independência, segundo Adorno¹⁰, para quem:

Sob as fórmulas abstratas e universalizantes da soberania popular, da liberdade de manifestações, da igualdade jurídica e da exigência de um governo representativo, se ocultaram modos diversos de conceber a prática do ideário liberal. [...] Assim, para as elites proprietárias rurais a agenda liberal significou progresso, liberdade, modernização e civilização, não obstante implicasse paradoxalmente a proposição de um projeto político de âmbito nacional que mantinha a propriedade escrava, não tinha pretensões democratizantes, não revelava intenção de transformar o país numa república e sequer se baseava na premissa de igualdade jurídica, política e social. Para os grupos urbanos pauperizados, ao contrário, a liberdade e igualdade significaram “o fim da miséria, das diferenças de cor, de privilégio, de fortuna e de ocupação de cargos preferenciais”.

A grande crise financeira na Europa e de legitimidade representativa em vários países, como nos mostraram as grandes revoluções recentes (dentre elas a denominada “primavera árabe”) está a demonstrar que uma nova perspectiva se vislumbra no futuro da relação entre administração pública e administrados, sugerindo reflexões em busca de uma nova forma de interlocução ou, no limite, de pressão popular.

Em resumo, a atividade mais emblemática do Estado é a intervenção na economia que, no Brasil, nos últimos anos, tem sido desenvolvida sem nenhum controle:

A atual preponderância do estado na economia brasileira não é o resultado de um esquema cuidadosamente concebido. Decorre, em grande parte, de numerosas circunstâncias que, em sua maioria, forçaram o governo a intervir de maneira crescente no sistema econômico do País. Essas circunstâncias vão desde reações a crises econômicas internacionais e o desejo de controlar as atividades do capital estrangeiro, principalmente no setor de serviços de utilidade pública e na exploração de recursos naturais, até a ambição de industrializar rapidamente um País atrasado¹¹.

¹⁰ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. p. 34.

¹¹ BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac.; VILLELA, Anibal V. *As modificações no papel do estado na economia brasileira*. Disponível em: <<http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/213/147>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

A quase sempre episódica e atabalhoada intervenção estatal na economia serviu de modelo para as demais intervenções brasileiras, moldada pela produção legislativa viciada pelos apelos de manutenção do poder, como nos fez entender o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Penal 470, apelidada de “Mensalão”.

Uma nova forma de contrapor-se a esse cenário kafkiano de administração pública parece ser a expectativa da maioria da população brasileira, já que os modelos vigentes esgotaram sua eficiência.

A redefinição da pressão popular no Brasil

No Brasil, as recentes manifestações populares mostraram a ineficiência dos modelos de pressão social até então tidos como sustentáculos das grandes revoluções. Os movimentos de rua se serviram da exposição pública por meio de passeatas e eventos congêneres como principal forma de pressão, utilizando como referencial teórico a grande produção científica que despertou o mundo para a grandeza de uma convivência harmoniosa em que as liberdades civis ocupam o centro das atenções.

Mas, no Brasil, a permanência no poder por longo tempo das lideranças que protagonizaram as mais bem sucedidas manifestações e sua sede de perpetuação nesse espaço produziu também o antídoto. O inchaço da máquina administrativa com o expressivo aumento de cargos de confiança, preenchidos principalmente com a “elite” desses movimentos, a manutenção indiscriminada de programas assistencialistas e a distribuição de vários outros benefícios aos integrantes dos principais focos de resistência desarticularam o arsenal ideológico utilizado no embate político produzido nas ruas.

A batalha das ruas mudou para o ambiente virtual, com seus avatares atuando incógnitos e livres dos inconvenientes do enfrentamento real. Com público específico, os embates políticos da nova era são protagonizados pela infovia e servem apenas como material de pesquisa para que as consultorias montem as estratégias de quem queira se lançar candidato a algum cargo público eletivo.

Nas raras ocasiões em que produzem algo de produtivo, como mostrado no início das manifestações de junho, são sufocadas pelo contra-ataque rasteiro dos *black blocs* e congêneres. É verdade que a tecnologia propiciou um nível de transparência nas ações do executivo, catapultado pela obrigação de manutenção em rede das informações essenciais de cada órgão, permitindo um controle social mais abrangente, principalmente pelos meios de comunicação em massa.

Mas o despertar para uma nova postura crítica em relação à atuação dos legítimos representantes da vontade popular é algo ainda embrionário.

Demanda uma ação mais eficaz e longe ainda de ser equacionado o impulso inicial para quebrar a longa inércia estimulada pela classe política, que se mantêm fiel aos expedientes utilizados pela repressão protagonizada pela ditadura, agora não mais com armas e castigos físicos, mas com a utilização do instrumento que mais evoluiu em escala planetária, qual seja, o acesso à informação. Manipulada, essa verdadeira arma provoca os mais efetivos resultados.

Para exemplificar, basta um olhar sobre a grotesca estratégia de condução das campanhas eleitorais, com suas inusitadas alianças partidárias, geradas em razão da necessidade de uma maior exposição midiática. Para os marqueteiros pagos a peso de ouro não interessa se há um programa de governo que efetivamente atenda aos reclamos surgidos das manifestações populares, mas qual o tempo de exposição da ilusão irão difundir. Diante de tal quadro, há o arrefecimento na utilização dos instrumentos de pressão popular.

Ainda dentro do período do objeto de trabalho do grupo de pesquisa, dois fatos mereceram atenção, quais sejam, os protestos de junho de 2013 e a edição, em 23/05/2014, do Decreto 8.243 que, segundo seu artigo primeiro, institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS).

A falta de um ambiente profícuo para a discussão dos grandes problemas nacionais, segundo uma percepção que se quer dominante, provoca uma linha de atuação mais contundente dos movimentos sociais, que sempre tiveram no protesto de rua uma arma poderosa, como nos fez sentir a denominada primavera árabe.

Levada a efeito a partir de junho de 2013, quando se espalhou por todo o país, a legitimidade dos protestos de rua foi à bancarrota pela ação de grupos de pessoas que, munidas de ideais inspirados em modelos arcaicos ou simplesmente obedecendo aos interessados na manutenção do *status quo*, promoveram desordens de todo tipo, culminando com a alegoria inusitada de uma flecha atirada por um índio atingindo um policial que tentava controlar a irrupção de exageros.

Pesquisas de opinião¹² promovidas por vários órgãos indicam que a maioria da população desaprova tais atitudes, e o ânimo revolucionário avivado em junho de 2013 vai se esvaindo, principalmente pela incompetência estatal em promover um diálogo eficaz acerca das reais necessidades sociais.

Aliar a necessidade de reforma política com estratégias revolucionárias que efetivamente cooptem a adesão popular demanda um referencial teórico ainda longe de uma construção minimamente satisfatória.

¹² MENDONÇA, Ricardo. Para 73% protestos geram mais prejuízos que benefícios. *Folha de S. Paulo*. 22/05/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1458078-para-73-protestos-geram-mais-prejuizos-do-que-beneficios.shtml>>. Acesso em: 22 maio 2014.

Mostra dessa deficiência instrumental é a edição do Decreto 8243/2014 que, conforme disposto em seu artigo 1º, tem por objetivo [...] “fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”¹³.

A simples existência de uma norma para regulamentar o que deveria nascer pela conjunção de forças sociais antagônicas à atual configuração da administração pública é corolário de que esse mecanismo não funciona.

Duas outras ordens de ideias sobressaem da análise da referida medida: a forma pela qual foi editada, qual seja, decreto, e a evidente contaminação partidária que sofrerá a entidade regulamentada.

O Decreto Legislativo, instrumento do qual a medida se revestiu, representa, além de uma clara intervenção do Poder Executivo nas atribuições do Poder Legislativo, a admissão de que não há um consenso político em torno da relevância do tema. De outro modo, a matéria teria seguido seu trâmite regular pelo Congresso Nacional, com as discussões e maturação necessárias ao bom resultado legislativo.

Sobre a atuação dos conselhos, das comissões e demais instâncias de participação popular, objeto do decreto, não estão e nem estarão imunes à influência partidária ou livres da disseminação de interesses corporativos refratários à efetiva manifestação da vontade popular.

Na verdade, trata-se de uma tentativa de monitorar a insatisfação popular em seu nascedouro, como expressamente disposto no seu art. 19: “Fica instituída a Mesa de Monitoramento das Demandas Sociais, instância colegiada interministerial responsável pela coordenação e encaminhamento de pautas dos movimentos sociais e pelo monitoramento de suas respostas”¹⁴.

A aproximação da eleição presidencial e a inexistência de uma resposta efetiva às manifestações de junho foi o mote para mais essa aventura dos representantes eleitos para o Poder Executivo, que nos últimos doze anos manteve como política de “atendimento aos anseios populares” a ocupação de cargos e destinação de verbas públicas às principais lideranças sociais.

Conclusão

Os trabalhos desenvolvidos pelo grupo de pesquisa foram considerados satisfatórios e seus resultados podem ser constatados não somente pela presente produção acadêmica, mas pela construção de um referencial teórico embrionário, que permitirá aos acadêmicos participantes futuras intervenções que se espera sejam profícuas.

¹³ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014*. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 02 jun. 2014.

¹⁴ Id.

Foram revisitados vários instrumentos de intervenção do Estado e discutidos conceitos e formas de manifestação do poder popular, seja pelos ocupantes dos cargos públicos, seja pela via dos movimentos sociais.

O principal consenso foi a urgente necessidade da criação de uma nova linha de atuação popular na fiscalização dos atos da administração pública, principalmente por parte dos movimentos sociais, dissociados que estão da realidade dos anseios populares.

A construção de um novo método efetivo de pressão popular certamente passa pela compreensão dos limites da inserção midiática, do estudo sobre a influência dos mecanismos de divulgação em massa produzidos pelo ambiente virtual, mas principalmente de uma fórmula capaz de seduzir a juventude nativa digital para o enfrentamento pela via do argumento racional, qualificado e incisivo.

A bola da vez, portanto, como na Copa do Mundo, retorna para seu originário maestro, contemplado no artigo inaugural da *constituição cidadã* como fonte de onde emana o verdadeiro e legítimo poder de reação e mudança, vez que detém o tão perseguido objeto de desejo político, fundamental a toda representação que se queira eficaz, que agora também se manifesta de forma virtual: o voto consciente.

Para isso, há a expectativa gerada de que o conteúdo do presente trabalho sirva como uma fagulha para os referenciais teóricos a serem desenvolvidos para a qualificação desse instrumento de protesto coletivo, único realmente capaz de pressionar por atitudes à altura da dignidade da grande obra da humanidade até nossos dias: a cidadania.

Referências

ADORNO, Sérgio *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

BAER, Werner; KERSTENETZKY, Isaac.; VILLELA, Aníbal V. As modificações no papel do estado na economia brasileira. Disponível em: <<http://www.ppe.ipea.gov.br/index.php/ppe/article/viewFile/213/147>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014*. Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 02 jun. 2014.

CARNOY, Martin. *Estado e teoria política*. Campinas: Papirus, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREITAS JÚNIOR, Antônio Rodrigues de. *Conteúdo dos pactos sociais*. São Paulo: LTr, 1993.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2000. p. 79-89.

MENDONÇA, Ricardo. Para 73% protestos geram mais prejuízos que benefícios. *Folha de S. Paulo*. 22/05/2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/05/1458078-para-73-protestos-geram-mais-prejuizos-do-que-beneficios.shtml>>. Acesso em: 22 maio 2014.

WEFFORT, Francisco. (Org.). *Os clássicos da política*. São Paulo: Ática, 2000.

Bioética e biodireito na pós-modernidade

MARCOS OLIVEIRA DE MELO

Procurador federal, mestre em Teoria Geral do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM, pós-graduado em Direito Privado, Direito Processual Civil e Filosofia. Integrante do grupo de pesquisa Bioética e Direitos Humanos CNPq-UNIVEM. Professor universitário.

ANIELLY CRISTINA DE MELO

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

MARCOS OLIVEIRA DE MELO FILHO

Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: A escalada vertiginosa da sociedade pós moderna tornou ainda mais premente a necessidade de repensar as coordenadas e referências axiológicas pelas quais temos orientado nossas vidas. Os dilemas e impasses gerados pela crise permanente de valores mobilizaram a reflexão de juristas e filósofos. A ética caracterizada no “ser” que o torna “humano” exige que o homem assegure à vida, pessoal e socialmente, um caminho humanista com bases sólidas para perfeito convívio com todos os seres. Esse debate refletiu na seara jurídica, notadamente pela necessidade de voltar a postular, contra as exigências do positivismo, a pertinência do pensar sobre valores no campo de estudos científicos a respeito dos ordenamentos jurídicos, o que significou uma nova reaproximação entre os domínios do Direito e da Moral. Decorre dessa reaproximação uma roupagem atual do pensar ético — de feito humanista — lastreada na Bioética e Biodireito, considerando a necessidade e premência de estabelecer limites ético-jurídicos pelos quais possamos pautar a convivência coletiva.

Palavras-chave: Bioética. Biodireito. Pós-modernidade.

Abstract: The dizzying escalation of postmodern society became even more urgent the need to rethink the coordinates and axiological references by which we walked our lives. The dilemmas and impasses generated by the permanent crisis of values mobilized reflection of jurists and philosophers. Ethical featured in “being” that makes it “human” requires the man to ensure life, personally and socially, a humanist way with solid foundations for perfect contact with all beings. This debate is reflected in the legal harvest, notably the need to return to postulate, against the demands of positivism, the relevance of thinking about values in the field of scientific studies about the legal system, which meant a new rapprochement between the fields of law and Morals. It follows that a current rapprochement guise of ethical thinking humanist temper backed in Bioethics and Biolaw, considering the necessity and urgency of establishing ethical and legal boundaries by which we can guide the collective coexistence.

Keywords: Bioethics. Biolaw. Postmodernity.

Introdução

Hoje, no século XXI, vivemos um momento posterior à modernidade. A pós-modernidade exige uma necessária reflexão de adaptação do Direito frente aos tempos atuais. Na mesma velocidade em que houve um declínio dos valores, afrouxamento da moral, houve um excesso de teorias políticas, éticas, de opiniões e estudos categóricos de certificadas autoridades tentando explicar os atuais contornos da vivência humana neste início turbulento de um novo século e de um novo milênio.

O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade, a imagem acima do conteúdo. Muitos autores nomeiam nosso tempo como pós-modernismo, em oposição ao termo modernidade, que era marcada pela excessiva confiança na razão e na visão mecanicista do mundo.

Esse novo tempo não foi identificado como um movimento isolado, mas início de uma nova época, uma nova estrutura social, efeito da globalização, quando os diversos segmentos da sociedade passaram a estabelecer uma inter-relação, marcada pela tecnologia da informação e pela descolonização.

O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial, vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana¹.

Podemos dizer que o mundo moderno, diante dos perigos que ameaçam a sobrevivência da sociedade, tem dois caminhos: (i) continuando nossa marcha retroagiremos no estado de natureza, na luta de todos contra todos; (ii) ou usamos da razão para procurar alternativas para a sobrevivência da raça humana.

Necessitamos conhecer melhor essas transformações, estabelecendo uma reflexão do homem sobre si mesmo, ou seja, reflexão a favor do próprio homem, investigando sua origem e natureza no desiderato de estabelecer suas projeções sociais contemporâneas e futuras, levantando questões e introduzir novas possibilidades investigativas, mesmo que sobre as bases sólidas de construções dogmáticas consolidadas sem, contudo, comprometer-se a trazer soluções específicas².

Essa investigação está pautada no problema da natureza e da ocupação do espaço político em nossas sociedades, as questões ligadas à vida e à exposição à morte, a significação ética da existência, os dilemas e impasses gerados pela crise permanente de valores em nossos dias.

Esse pensar exige desafiar culturas e conhecimentos fundados, sempre no desiderato de refletir a respeito de novos comportamentos que o humano necessita exercer para dar sustentação e dignidade a uma vida coletiva.

A inquietude humana pelo conhecimento leva a uma continuidade no estudo infundável acerca da origem e natureza do homem. E não é por menos, pois se quisermos entender o presente para projetar nosso futuro, necessitamos

¹ ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 353.

² Como bem adverte Eduardo Carlos Bianca Bittar e Guilherme Assis de Almeida: "O problema está em *re-pensar* constantemente a capacidade humana de decidir. Se decidir é apresentar respostas, ainda que falhas e insuficientes, ainda que equívocas, então o porquê, o como, o para que se decide é que parece representar o maior desafio, e isto com vistas ao revisionismo perene de todas as possíveis escolhas destinadas a todas as situações que demandem decisões. Cf. BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas 2011. p. 6. (grifo do autor).

conhecer a origem e natureza das coisas postas, tendo como ponto de partida o conhecimento de nós mesmos, como protagonistas dessa história.

Bioética: uma questão preliminar

Etimologicamente, a palavra ética advém do termo grego *ethos*, usado para descrever o conjunto de hábitos ou crenças que definem uma comunidade ou nação, com características morais, sociais e afetivas. Ela remete, então, ao universo do agir humano – tal como ao latim *mos* (costume), notadamente da *práxis* orientada por valores. O *ethos*, assim analisado, é entendido como uma constância no agir que se contrapõe ao desejo (*órexix*).

A filosofia platônica – de orientação ética, ensina o homem a desprezar os prazeres, as riquezas e as honras, e praticar a virtude. Se no pensamento socrático a ética possui conotação utilitária, ou seja, identificando o Bem como o útil e o agradável para o homem, em Platão a ética é um valor em si mesmo.

Para Aristóteles, a finalidade do ser humano seria a busca do bem comum através da razão. Considerava o Direito como uma virtude dirigida ao outro³. A justiça é considerada como uma virtude perfeita. “Justiça é a disposição em virtude da qual os homens praticam o que é justo, agem justamente e querem o justo”. E prossegue: “Chamamos justo ao que é de índole para produzir e preservar a felicidade e seus elementos para a comunidade política”⁴.

Extraí-se dessa cosmovisão que todos os homens devem fazer escolhas éticas inclinadas para o justo, resistindo às propensões naturais que possam divorciar da virtude, assim entendida, disposição de realizar o bem. A ética está, portanto, radicada na linguagem e no discurso, lugar da morada exclusiva dos homens, características essencialmente humanas.

Hodiernamente o cenário cultural é infinitamente mais complexo do que os primórdios do pensamento filosófico. A vertiginosa escalada do processo tecnológico acirrou ainda mais o debate sobre a necessidade da retomada de valores imanes.

Em outras palavras, torna-se imprescindível em nossos dias, o pensamento “ética da vida”, ou seja, uma bioética, como fruto da consciência do valor da vida humana, bem como do valor de todas as formas de vida existentes, tornando esse pensamento (bioético) uma ponte para o futuro, assim entendido como ciência da sobrevivência frente aos avanços tecnológicos.

³ A justiça natural é parte da justiça política que visa a permitir a realização plena do ser humano. Sendo naturalmente um ser político, a plena realização do animal racional está condicionada à sua natureza. Reger-se sob o signo de sua natureza, para o homem, significa estar sob o governo da razão, o que se traduz, no âmbito social, estar sob o governo das leis, que são “razão sem paixão”. É a justiça natural o princípio e causa de todo movimento realizado pela justiça legal; o justo legal deve ser construído com base no justo natural. A justiça natural realiza-se com a própria *práxis* da razão em sociedade.

⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Rio de Janeiro: Edroiro, 2000. (Coleção Universidade).

Esse novo agir com viés de um ideário humanista, consubstanciado na Bioética, posto considerar o “outro” nas diversas esferas políticas, vem sendo experimentado pela sociedade pós moderna, tanto pela sociedade civil como pelo Estado, timidamente - diga-se -, todavia não com menos clamor para uma mudança de paradigma.

Esse novo agir com viés humanista está intimamente ligado à ideia de ser humano. Mas o que é ser humano? A resposta tem relevância, pois a ideia de humanidade não tem sua origem na religião, antes tem significado próprio extraído da expressão “ser humano”. Maria Andrade não adentra na questão do que é o homem, mas desenvolve a ideia a partir de quem é o homem na consciência de quem é, e sendo não pode ser outra coisa senão o que conhece de si. Para a autora, a humanidade se revela no plano social, haja vista que dirigida aos outros, como se põe a própria justiça na acepção de Aristóteles. Tem-se, então, que a humanidade é uma disposição do espírito do homem que se resplandece na presença de outro homem. Humano é o ser humano diante do outro que, sendo também humano, se revela àquele e ao que se põe adiante desse modo, e assim sucessivamente até o limite da humanidade que se esgota em si mesma, fraternalmente⁵.

Em outras palavras, o homem só é humano na presença de outro homem. Assim, para conceituar o ser humano há de se desdobrar o todo, homem e humano, uma vez que não há como identificá-los imediatamente. Para a autora, o homem é um conceito que aparece como totalidade imediata e em si, mas como ser humano é necessário que a essência se revele por meio de outro homem e o ser humano explique o homem para si. Uma sociedade de homem não é necessariamente uma sociedade humana.

E prossigue a autora no pensamento:

Põe-se que o homem nem sempre é humano se sua essência não se revela. Se não há outro para que a humanidade se conforme entres seres fraternos, não temos uma humanidade, mas uma comunidade de homens iguais e a si mesmo, individualmente indeterminados porque a nenhum há o outro para que a essência lhes diga quem são e o que contêm em si. Ser simplesmente homem sem que haja a fraternização com o outro não há como dizê-lo ser humano, mas puramente homem. Ser homem não é ser nada, mas saber-se em si⁶.

Feliz a lição de Salgado:

A humanidade enquanto ideia é a culminância da realização plena de ser humano. Assim posto, o ser fraterno que é e uma fraternidade que deve ser

⁵ ANDRADE, Maria Inês Chave de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Editora Almedina, 2010. p. 41.

⁶ *Ibid.*, p. 53.

relewa a subjetividade, ou melhor, o sujeito de uma ação de ser. O homem sabe em si como é, mas sabe, também que sua “vontade visa precisamente fazer do mundo o que deve ser” a partir da razão⁷.

A relação entre o perigo do retrocesso e a necessidade da sobrevivência do gênero humano não passou incólume no magistério de Giacoia Junior⁸ ao trazer o escólio de Hans Jonas, posto que invocou a responsabilidade ética com vistas a preservar um ser portador de valor intrínseco, em que está exposta a destruição pelo poder tecnológico e desenvolvido pelo homem. Assim ministra:

O potencial apocalíptico da técnica - sua capacidade de pôr em perigo a sobrevivência do gênero humano ou corromper sua integridade genética, ou alterá-la discricionariamente, ou até mesmo destruir as condições de uma vida elevada sobre a Terra - coloca a questão metafísica, com a qual a ética nunca fora antes confrontada, qual seja: se é por que deve haver uma humanidade; por que, portanto, o homem deve ser mantido tal como a evolução o produziu; por que deve ser respeitada sua herança genética; sim, por que, em geral, deve haver vida.

Em última análise, experimentamos uma reconfiguração social que exige indagações éticas, sobretudo acerca de nossa própria existência como seres naturais, humanos que somos, e, por consequente, exigindo do Direito - ordenação normativa de condutas - um viés humanista.

Biodireito: conceito e princípios

Em uma sociedade leiga e pluralista, em termos de cosmovisões, não é fácil estabelecer um consenso acerca de valores e de referências fundamentais para o estabelecimento de códigos normativos, razão pela qual a reflexão sobre o Direito e a Ética desempenha em nossos dias um papel fundamental.

Para Pozzoli e Melo, “direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mal almeja estimular comportamentos, através de medidas diretas e ou indiretas”⁹.

A valorização dos princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais, e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética¹⁰.

⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 214.

⁸ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. *Heidegger urgente: uma introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas, 2013. p. 132

⁹ POZZOLI, Lafayette; MELO, Marcos Oliveira de. Ensaio a partir do Brasil: direito subjetivo na perspectiva do direito peninsular. In: NAGAO, Natacha Ferreira; SIMÕES, Alexandre Gazetta (Org.). *Ensaio sobre a história e a teoria do direito social*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. v. 1. p. 143-163. p. 157.

¹⁰ BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

É possível dizer que o biodireito advém da bioética, sendo ele uma herança de todos os estudos desenvolvidos dentro desta. Deste modo, o biodireito é um ramo do Direito que visa o estudo legal destas novas tecnologias, bem como o estudo sobre como promover a proteção dos direitos inerentes ao homem para a conservação da dignidade da pessoa humana, princípio fundamentador do Direito. Em meio a este cenário, em linhas gerais, ao biodireito cabe a busca por legislações que gerem garantia ao desenvolvimento ético da biotecnologia e a proteção à dignidade do homem.

Por ser um ramo jurídico recente, há ainda muitas indagações quanto à sua classificação jurídica: o biodireito é um ramo jurídico pertencente ao direito público ou ao direito privado? Assim, a explanação mais aceita é a de que o biodireito é classificado tanto como ramo jurídico pertencente ao direito público, por tutelar proteção em favor a questões de ordem pública, como exemplo proteção à saúde, proteção à inviolabilidade da vida, à igualdade ao gozo das ciências biotecnológicas, e outros direitos constitucionais e infraconstitucionais; como também pertencente ao direito privado, por tutelar sobre questões como a relação entre particular e clínica em inseminações artificiais e a conduta dos particulares em meio a uma maternidade substituída.

Dentro desta perspectiva, verifica-se o fato de que o biodireito não pode ser visto apenas como um ramo jurídico do direito público ou apenas como um ramo jurídico do direito privado, ocorrendo uma mescla entre direito público e direito privado e, conseqüentemente, a instauração de um vínculo entre eles, sendo denominado direito misto.

O biodireito está alicerçado em principiologias gerais, principiologias constitucionais e principiologias próprias. Quanto aos primeiros, refere-se a princípios que fundamentam não só o biodireito, mas também todos os ramos jurídicos. Assim temos o princípio da boa-fé e o princípio da prudência.

O princípio da boa-fé deve ser interpretado com consonância a um sentido ético, tendo o dever de estar presente como um princípio fundamental para a promoção de um respeito aos valores contidos nas circunstâncias em que envolve o biodireito. Este princípio é de extrema importância para as ciências biotecnológicas prosperarem dentro de uma visão bioética.

O princípio da prudência, dentro do biodireito, direciona-se aos experimentos, devendo o pesquisador resguardar para a sua pesquisa e, conseqüentemente, ao seu experimento, uma prudência para a não violação de outros princípios e direitos.

Os segundos, princípios constitucionais, são os que estruturam o biodireito, remetendo-se a princípios essenciais ao homem. Engloba-se dentro desta classificação o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da

igualdade, princípio da inviolabilidade da vida, princípio da informação e princípio da proteção à saúde.

Presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se como um mandamento nuclear de grande proporção interpretativa, adotado pelo ramo jurídico do biodireito como paradigma máximo que estabelece às pessoas o direito de serem resguardadas, respeitadas e abrigadas quanto a sua integridade física, mental, intelectual e moral frente aos estudos e aplicações biotecnológicas.

O princípio da igualdade, presente na Constituição Federal em seu artigo 5º, *caput*, é interpretado pelo biodireito por meio de uma compreensão aristotélica, visando tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Deste modo, o biodireito visa à igualdade de todos na busca do direito ao uso da biotecnologia, cabendo a ele o dever de analisar a emergência, utilidade ou necessidade de cada indivíduo.

O princípio da inviolabilidade da vida, também presente no artigo 5º, *caput*, manifesta-se no biodireito por meio da valoração da vida e sua inviolabilidade sobre questões de experimentos e pesquisas em seres humanos, traçando um vínculo importante com a bioética por ser também um princípio fundamental nela presente.

O princípio constitucional da informação afirma, em seu artigo 5º, inciso LXXIII, que sobre os órgãos públicos cairá o dever de prestar informações pertinentes aos interesses dos indivíduos, em sua singularidade, ou da coletividade. Por meio disto, é direito do indivíduo que lhe seja oferecida toda a informação ao que diz respeito ao procedimento ao qual será submetido.

O princípio da proteção à saúde, instaurado pelo artigo 196 da Constituição Federal, remete ao indivíduo o direito à saúde, e ao Estado o dever de promovê-la. Tendo isto em vista, não poderá o mesmo Estado promover ou concordar com a promoção de uma “não-saúde”, sendo o biodireito incumbido de assegurar que haja tal princípio.

Por derradeiro, o biodireito possui uma principiologia própria quanto à sua legalidade dos meios e dos fins, pregando que o biodireito estabelecerá normas para que a biotecnologia possa prosperar em seus caminhos científicos, tanto quanto aos seus meios, quanto à produção de seus efeitos e fins.

Vivemos, pois, uma nova época, que exige um novo Direito, uma nova Ética, um novo formato para o pensar normativo. Um mundo pós-moderno, no qual problemas da modernidade se agravam e adquirem novas dimensões, levando à incerteza, impelindo até mesmo para um ceticismo crônico. Há, portanto, necessidade de estabelecer uma aproximação entre o ideal e o real nas relações humanas, ou seja, argumentar em prol da possibilidade de amar

as pessoas ao redor, de ser generoso, de dar sentido à existência, sem que isso implique nenhum déficit de fundamentação teórica.

Bioética e biodireito na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: lei da biossegurança

Trazemos à baila um julgamento quanto ao tema em estudo, posto que o Supremo Tribunal Federal não tem se furtado ao debate, colocando questões da bioética e biodireito na pauta atual, notadamente quanto ao artigo 5º da Lei 11.105/2005 em sua primeira parte, que autoriza o uso de um tipo específico de células humanas, quais sejam, as células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa científica e tratamento médico.

É que no Brasil a Lei de Biossegurança, ao contrário da anterior, permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, desde que sejam inviáveis e estejam congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento.

Contra essa lei, o Ministério Público Federal ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Referida ação visava à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos, que permitia pesquisas científicas com o uso de células-tronco embrionárias.

O fundamento da referida ADI era a defesa do direito à vida, como sendo inato do embrião, ainda que conservado *in vitro*, bem como a dignidade da pessoa humana agregado ao princípio da isonomia, já que todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou domiciliados no Brasil são iguais perante a lei.

Esse questionamento realçou uma discussão centrada na questão da Bioética e Biodireito, levantando questionamentos como, por exemplo, quando se inicia a vida humana. Será que a partir da fecundação podemos dizer que existe vida? Há distinções entre um embrião extra-uterino e o embrião intra-uterino?

No caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI 3510, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, permitindo a pesquisa com células-tronco embrionárias inviáveis, ou congeladas há mais de três anos.

Permita-se reproduzir a ementa, respeitando sua extensão:

Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005

(lei de biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Constitucionalidade do uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas para fins terapêuticos. Descaracterização do aborto. Normas constitucionais conformadoras do direito fundamental a uma vida digna, que passa pelo direito à saúde e ao planejamento familiar. Descabimento de utilização da técnica de interpretação conforme para aditar à lei de biossegurança controles desnecessários que implicam restrições às pesquisas e terapias por ela visadas. Improcedência total da ação. I - O conhecimento científico, a conceituação jurídica de células-tronco embrionárias e seus reflexos no controle de constitucionalidade da lei de biossegurança. II - Legitimidade das pesquisas com células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofias espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões “in vitro”, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A proteção constitucional do direito à vida e os direitos infraconstitucionais do embrião pré-implanto. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. IV - As pesquisas com células-tronco não caracterizam aborto. matéria estranha à presente ação direta de inconstitucionalidade. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. V - Os direitos fundamentais à autonomia da vontade, ao planejamento familiar e à maternidade. vi - direito à saúde como corolário do direito fundamental à vida digna. O §4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência.

No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. VII - O direito constitucional à liberdade de expressão científica e a lei de biossegurança como densificação dessa liberdade. VIII - Suficiência das cautelas e restrições impostas pela lei de biossegurança na condução das pesquisas com células-tronco embrionárias. IX - Improcedência da ação. Afasta-se o uso da técnica de “interpretação conforme” para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente.

Importante consignar que o ordenamento jurídico vigente confere o atributo da personalidade civil a partir do nascimento com vida, adotando, assim, a teoria natalista em detrimento da teoria conceptualista. Conforme art. 2º do Código Civil, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Diante deste dispositivo, para que o indivíduo seja sujeito de direitos e deveres é necessário a vida pós-parto. Entretanto, a personalidade como atributo de quem é pessoa deve-se ter não uma perspectiva mais que puramente biológica, mas sim, uma dimensão biográfica.

Em seu voto (ADI 3510), O Ministro Ayres Britto assevera que a dimensão biográfica da personalidade em nada se contrapõe a Constituição, uma vez que esta não discorre sobre quando começa a vida humana ao mesmo tempo em que também não dispõe sobre nenhuma das formas da vida humana antes do nascimento.

Quando se fala da “dignidade da pessoa humana”, continua Brito, “é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual. Quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’, ‘livre exercício dos direitos individuais’ até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, gente, alguém”.

A partir deste posicionamento, forçoso concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estado de vida humana um autonomizado bem jurídico, pelo contrário, elege a nível de bem jurídico a vida de uma concreta pessoa dotada de compostura física ou natural.

Diante deste silêncio constitucional, e seguindo o pensamento do Ministro Ayres Britto, o fundamento do problema em questão não se encontra no fato de a Constituição ser omissa em determinar o início da vida humana, mas em saber em que aspectos e/ou etapas dessa vida estão validamente protegidas pelo Direito infraconstitucional, e em que medida.

O Ministro Ayres Britto conceitua o que são células-tronco embrionárias afirmando que são aquele conjunto de células encontradas em cada embrião humano de até 14 dias, sendo que alguns cientistas reduzem esse prazo para até cinco dias, fase em que se convencionou denominar esse aglomerado de células de blastocisto. Mas, registra o relator, que o objeto das pesquisas permitidas pela legislação desafiada não alcança toda e qualquer célula-tronco, mas tão somente aquela produzida com manipulação humana, porquanto produzidos em laboratório (*in vitro*). Em seguida, continuando seu voto, o relator diz não ser missão do Supremo Tribunal Federal aferir quais das duas pesquisas é mais promissora, se a com células-tronco embrionárias ou a com células-tronco adultas, mesmo porque tais pesquisas não são excludentes uma da outra, mas, ao contrário, complementares.

Prossegue o relator afirmando que a Lei da Biossegurança, longe de desprezar o embrião *in vitro*, encurta caminhos para que se possa superar os infortúnios alheios. Deste modo, permitindo a pesquisa científica com o objetivo de enfrentar e superar patologias e traumatismos que limitam severamente a vida dos seus detentores, promove no seu mais amplo significado a dignificação da pessoa humana. Princípio este que se potencializa uma vez se tenha em mente que as células-tronco utilizadas nas pesquisas ou são inviáveis, por natureza, ou se tornaram inviáveis em razão do tempo de congelamento (mais de três anos).

Partindo do fundamento de que o Direito tutela de formas distintas cada etapa do processo de desenvolvimento biológico, é que a legislação infraconstitucional tutela a potencialidade que o nascituro tem para se tornar uma vida humana, assegurando que tentativas levianas de coibir o seu desenvolvimento biológico natural não sejam permitidas. Entretanto, não há que se confundir o embrião, que é a fase inicial do processo de metamorfose humana, com o seu resultado final, que é a própria vida humana.

E continua em sua fundamentação estampada no acórdão: “[...] mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose”.

Destarte, no escólio do Ministro Ayres Brito, o embrião, que é o início da vida humana, tem uma realidade distinta daquela constitutiva pessoa física, não por efeito de uma convicção metafísica, mas simplesmente, porque é assim que o ordenamento jurídico preceitua. Portanto, é necessário que o Direito faça uma diferença entre a fase primária do desenvolvimento, denominada embrionária, e o próprio resultado desse processo, o qual é a concreta pessoa humana.

Neste julgamento a Suprema Corte se afastou totalmente da vertente preservacionista que postula um regresso à virtude aristotélica da prudência,

posto que adotou posição desinibida em busca da evolução da tecno-ciência.

De outra banda, há vozes que indicam haver, mesmo nesse desenvolvimento tecnológico, “malhas de uma escala espiral compulsiva que, ao invés de resolver nossos impasses, nos impele, cada vez mais, para a beira do abismo, colocando em risco as condições de possibilidade de uma autêntica vida humana no planeta terra”¹¹.

O Supremo Tribunal Federal fez sua escolha: o tempo nos dirá!

Considerações finais

Vivemos hoje um acontecimento histórico da maior importância, o surgimento de uma nova visão moral do mundo comparável em amplitude às antigas. Nesse cenário, pertinente o estudo da bioética posto provocar uma nova reflexão, uma nova perspectiva hermenêutica, um novo agir e pensar humanístico que culmina na colaboração para eliminar ou ao menos diminuir todo sofrimento humano evitável, que torna a vida precária e sofrida.

O desenvolvimento tecnológico experimentado nas últimas décadas e que se projeta no futuro como um gigante desconhecido, subverte nossa auto-compreensão – humanos que somos - portanto, limitados e finitos, conduzindo-nos a caminhos nebulosos e obscuros. A única certeza é a impossibilidade do retrocesso e a ameaça escatológica de terrores irracionais. Basta parar um pouco à beira da estrada da evolução para pensar: o que estamos fazendo de nós mesmos?

Nesse particular reside o estudo da bioética, no desiderato de demarcar as possibilidades e limites dos progressos científicos nesses domínios, à luz da filosofia moral, dos valores a serem preservados por cada sociedade e pela humanidade em geral. A seu turno, o biodireito é um subsistema jurídico que tem por escopo o estudo e disciplina dos fenômenos resultantes da biotecnologia e da biomedicina, como a reprodução assistida, a clonagem terapêutica e reprodutiva, a mudança de sexo, as pesquisas com células-tronco embrionárias.

Esse novo pensar não se limita a simples reflexões abstratas sobre a bioética, desprovidas de conteúdo material, antes abre um novo horizonte para indagações urgentes e necessárias para a sobrevivência da espécie humana.

Parte-se do pensamento de uma vida constituída de redes interativas de relações recíprocas e necessárias caracterizadas pelo “olhar para si através do outro”, o que determina uma responsabilidade ética com vistas a preservar um ser portador de valor intrínseco, em que está exposta a destruição pelo poder tecnológico desenvolvido pelo homem.

¹¹ NUNES, Cassia Regina Rodrigues. *O ensino da bioética: uma perspectiva aristotélica*. Curitiba, PR: Appris, 2014. p. 16.

Em última análise, experimentamos uma reconfiguração social que exige indagações éticas, sobretudo acerca de nossa própria existência como seres naturais, humanos que somos, e, por consequente, exigindo de todos nós condutas com viés ético-humanista.

Referências

ADEODATO, João Maurício. *Ética & retórica*. Para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ANDRADE, Maria Inês Chave de. *A fraternidade como direito fundamental entre o ser e o dever ser na dialética dos opostos de Hegel*. Coimbra: Editora Almedina, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Rio de Janeiro: Edroiro, 2000. (Coleção Universidade).

BARCELOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. *O começo da história*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2012.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. 9. ed. São Paulo: Atlas 2011.

GIACCOIA JUNIOR, Oswaldo. *Heidegger urgente: uma introdução a um novo pensar*. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

NUNES, Cassia Regina Rodrigues. *O ensino da bioética: uma perspectiva aristotélica*. Curitiba, PR: Appris, 2014.

POZZOLI, Lafayette; MELO, Marcos Oliveira de. Ensaio a partir do Brasil: direito subjetivo na perspectiva do direito peninsular. In: NAGAO, Natacha Ferreira; SIMÕES, Alexandre Gazetta (Org.). *Ensaio sobre a história e a teoria do direito social*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012. v. 1. p. 143-163.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.

Da comprovação da atividade especial para fins de aposentadoria especial

WILLIAN DELFINO

Bacharel em Ciências Jurídicas pela Universidade de Ribeirão Preto (2002), especialização em Direito Previdenciário pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestre em Direito Social Previdenciário pela PUC-SP, sob coordenação do Professor Dr. Wagner Balera. Atua como Advogado Previdenciário e Professor de Direito Previdenciário de Seguridade Social nas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA) de Catanduva-SP.

EVANDRO DE OLIVEIRA TINTI

Advogado. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA). Pós-graduando em Direito do Trabalho pela Escola Paulista de Direito (EPD).

LEILA RENATA RAMIRES MASTEGUIN

Graduanda em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

MÁRCIO FERREIRA DE SOUZA

Graduando em Direito pelas Faculdades Integradas Padre Albino (FIPA).

Resumo: O presente artigo analisa o benefício previdenciário de aposentadoria especial, mormente a comprovação da exposição do trabalhador aos agentes insalubres, sendo este um dos pressupostos para concessão do referido benefício, analisando os meios exigidos para a comprovação tanto no âmbito administrativo quanto na via judicial, traçando uma crítica sobre a análise burocrática feita pelo INSS em relação aos requisitos para a obtenção da aposentadoria especial.

Palavras-chave: Previdência social. Aposentadoria especial. Insalubridade. Periculosidade. Penosidade.

Abstract: This article examines the special retirement pension benefit, especially the proof of worker exposure to noxious agents, this being one of the conditions for grant of benefit, by analyzing the means required to prove both the administrative sphere and in the courts, tracing a critique of bureaucratic analysis by INSS against the requirements for obtaining the special retirement.

Keywords: Social security. Special retirement. Insalubrity. Dangerousness. Painful.

Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro confere prerrogativas aos trabalhadores que exercem atividade mais gravosa do que as comuns para garantir igualdade material em relação aos demais trabalhadores, em vista das peculiaridades do caso.

Uma dessas prerrogativas é o benefício previdenciário de aposentadoria especial, cujos requisitos e meios de comprovação da atividade especial são tratados no presente artigo, adentrando-se às discussões doutrinárias e jurisprudências referentes ao tema, além de apresentar um comparativo entre o tratamento administrativo e judicial.

Se por um lado o Poder Judiciário observa toda a gama de direitos dos trabalhadores para a formação de seu convencimento, o INSS, órgão

administrativo incumbido da seguridade social, ainda tem visão restritiva acerca do tema.

Diante de tal situação, o presente artigo aprofunda-se na análise dos meios exigidos em ambas as instituições para a comprovação da atividade especial, bem como nos reflexos da burocracia para a concessão da aposentadoria especial à sociedade brasileira.

Da aposentadoria especial no Regime Geral de Previdência Social (RGPS)

O benefício previdenciário de aposentadoria especial é uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, conferida aos segurados que tenham exercido atividades consideradas prejudiciais à integridade física ou à saúde, através da exposição aos agentes perigosos ou nocivos¹.

Consideram-se agentes nocivos todos aqueles que possam trazer ou ocasionar danos à saúde do trabalhador nos ambientes de trabalho, em função da natureza, concentração, intensidade e fator de exposição. São divididos em físicos (ruídos, vibrações, calor, pressões anormais, radiações ionizantes, entre outros), químicos (os manifestados por névoas, neblinas, poeiras, fumos, gases, etc) e biológicos (os micro-organismos como bactérias, fungos, parasitas, vírus, dentre outros)².

A aposentadoria especial foi criada na década de 1960 pela Lei 3.087 de 26 de agosto de 1960³, e teve como principal objetivo proporcionar uma aposentadoria antecipada para os segurados que desempenhavam atividade profissional considerada como insalubre, penosa ou perigosa, nos termos da classificação contida em Decreto do Poder Legislativo.

Inicialmente a aposentadoria especial era concedida apenas aos trabalhadores que contassem com, no mínimo, 50 anos de idade e 15 anos de contribuição à previdência social, e tivessem exercido atividade profissional considerada como insalubre, perigosa ou penosa durante 15, 20 ou 25 anos, conforme disposição legal contida no artigo 31 da Lei acima mencionada, *in verbis*:

Art. 31. A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuição tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços, que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por Decreto do Poder Executivo.

¹ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 637.

² ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009. p. 472. (Com obediência às leis especiais e gerais).

³ BRASIL. *Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960*. LOPS - Leis Orgânica da Previdência Social. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

O Decreto 53.831/64⁴ regulamentou a Lei acima mencionada, instituindo os quadros com a indicação dos serviços e atividades profissionais classificadas como insalubres, perigosas ou penosas em razão da exposição do trabalhador a agentes químicos, físicos e biológicos, bem como o tempo mínimo de trabalho exigido para a obtenção da aposentadoria especial.

Em 1967 o Decreto 60.501 entrou em vigor estabelecendo nova redação ao Regulamento Geral da Previdência Social (RGPS). A idade mínima exigida de 50 anos foi mantida e a carência passou a ser de 180 meses de contribuições. Além disso, determinou que a comprovação da atividade fosse feita nos termos do ato do Poder Executivo, no entanto, o quadro anexo do Decreto 53.931/64 permaneceu em vigor, tendo em vista que o RGPS não instituiu novo quadro.

A idade mínima exigida para a concessão do benefício em análise foi suprimida com a edição da Lei nº 5.440-A/1968, conforme art. 1º, *in verbis*: “Art. 1º - No artigo 31 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 (Lei Orgânica da Previdência social) suprima-se a expressão ‘50 (cinquenta (sic)) anos de idade e’.”.

O Decreto 63.230/68 revogou o Decreto 53.831/64, dispondo que as atividades profissionais e os serviços considerados insalubres, penosos ou perigosos seriam classificados de acordo com seus anexos. Além disso, inovou em relação ao decreto anterior ao determinar o cômputo, como atividade insalubre, penosa ou perigosa, dos períodos de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez decorrente do exercício de tais atividades.

Os anexos do Decreto 63.230/68 excluíram algumas das categorias profissionais consideradas como especiais no Decreto de 53.831/64. Mediante essa exclusão, a Lei 5.527/68 restabeleceu o direito à aposentadoria especial nas condições de tempo de trabalho e idade vigentes até a publicação do referido decreto. Assim, o quadro do Decreto 63.230/68 permaneceu em vigor para algumas categorias profissionais e, para aquelas não incluídas por este, o quadro anexo do Decreto 53.831/64 voltou a vigorar.

A carência exigida para obtenção do benefício previdenciário em comento, 15 anos de contribuição, foi reduzida para cinco anos conforme determinação contida na Lei 5.890/1973, alteração abaixo transcrita:

Art. 9º - A aposentadoria especial será concedida ao segurado que, contando no mínimo 5 (cinco) anos de contribuição, tenha trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos pelo menos, conforme a atividade profissional, em serviços que, para esse efeito, forem considerados penosos, insalubres ou perigosos, por decreto do Poder Executivo.

⁴ BRASIL. Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto (sic) de 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

O Decreto 72.771/73 instituiu o Regulamento do Regime de Previdência Social (RRPS) e revogou os Decretos 60.501/67 e 63.230/68, trazendo em anexo os quadros I e II que trataram, respectivamente, da classificação das atividades segundo os grupos profissionais e segundo os agentes nocivos.

O Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (RBPS) foi aprovado pelo Decreto 83.080/79⁵ e o RRPS foi revogado tacitamente. Seus anexos, I e II, trataram, respectivamente, da classificação das atividades profissionais segundo os agentes nocivos e segundo os grupos profissionais. Além disso, determinou que a inclusão e exclusão das atividades profissionais deveriam ser feitas por meio de Decreto do Poder Executivo.

Com a promulgação da Lei 8.213 de 1991⁶, que versa sobre os planos de benefícios da Previdência Social, ocorreu nova alteração no tempo de carência, determinando que a aposentadoria especial fosse concedida ao segurado que tivesse trabalhado em atividades insalubres, penosas ou perigosas durante 15, 20 ou 25 anos, de acordo com a atividade profissional, e possuir, no mínimo, 180 contribuições junto a Previdência Social, de acordo com o disposto nos artigos 25, inciso II, e 57 de referida norma.

Para os segurados inscritos na Previdência Social até 24 de julho de 1991, o período de carência obedecerá à tabela prevista no artigo 142 da Lei 8.213/91, levando-se em conta o ano em que o segurado alcançou todas as condições necessárias para a obtenção do benefício.

Após a edição da lei acima citada, o RBPS, instituído pela norma em comento, foi aprovado pelo Decreto 611/92, o qual dispunha que, para efeito de concessão da aposentadoria especial, as atividades consideradas como prejudiciais à saúde e integridade física do trabalhador seriam aquelas classificadas nos anexos I e II dos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, até que nova lei fosse publicada.

Com a edição da Lei 9.032/95 ocorreu uma significativa mudança em relação à concessão da aposentadoria especial. O enquadramento baseado apenas na categoria profissional foi extinto, passando a se exigir a comprovação do tempo de trabalho permanente e a efetiva exposição do trabalhador aos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde e integridade física. Além disso, o novo dispositivo legal proibiu o beneficiário de aposentadoria especial de continuar ou retornar ao exercício de atividade prejudicial.

No ano de 1997, a Lei 9.528 estabeleceu que a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos seria feita mediante formulário emitido pela

⁵ BRASIL. Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979. Aprova o regulamento dos benefícios da previdência social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83080.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

⁶ _____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

empresa, com base em laudo técnico emitido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

O Decreto 3.048/99 aprovou o Regulamento da Previdência Social, solidificando toda a matéria previdenciária em um único diploma legal. O benefício de aposentadoria especial está consolidado nos arts. 64 e seguintes e a classificação dos agentes nocivos consta no anexo IV.

Por fim, o Decreto 4.729/03 instituiu que a comprovação da exposição dos segurados aos agentes nocivos deve ser feita mediante apresentação do formulário denominado Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), o qual consiste em um documento histórico-laboral que, entre outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.

Da insalubridade, periculosidade e penosidade

Não há definição de insalubridade, periculosidade e penosidade na legislação previdenciária, portanto, faz-se necessário tomar emprestados os conceitos da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), ampliados por outros diplomas esparsos.

A definição da insalubridade provém do artigo 189 da CLT:

Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

As atividades perigosas são estabelecidas no artigo 193 da CLT:

São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: I – inflamáveis, explosivos ou energia elétrica; II – roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial.

Atividade penosa, por sua vez, não tem definição legal, uma vez que, até o presente momento, não houve regulamentação por parte da legislação trabalhista nem previdenciária, embora a Constituição Federal determine que a legislação ordinária regulamente o adicional respectivo.

Conforme ensina o doutrinador Christiani Marques, o trabalho penoso está relacionado:

[...] à exaustão, ao incômodo, à dor, ao desgaste, à concentração excessiva e à imutabilidade das tarefas desempenhadas que aniquilam o interesse, que leva o trabalhador ao exaurimento de suas energias, extinguindo-lhe o prazer entre a

vida laboral e as atividades a serem executadas gerando sofrimento, que pode ser revelado pelos dois grandes sintomas: insatisfação e a ansiedade⁷.

Portanto, tal atividade pode ser considerada como aquela que produz desgaste no organismo do trabalhador, de ordem física ou psíquica, ou seja, é um trabalho árduo e degradante, que agride a saúde e a integridade física do trabalhador.

Enquadramento legal de acordo com a atividade desenvolvida e pela exposição aos agentes nocivos

Impende destacar que para a comprovação da atividade especial deve-se observar a legislação vigente na época em que ocorreu a prestação da atividade, sob pena de ofensa ao princípio *tempus regit actum*.

Até 28/04/1995, o enquadramento da atividade especial era realizado com base na função. Bastava que o trabalhador tivesse laborado em alguma das atividades previstas nos Decretos 83.080/79 e 53.831/64, comprovando o período através da anotação em sua Carteira de Trabalho, para o tempo ser considerado como especial, com os devidos acréscimos instituídos pela legislação previdenciária vigente à época.

Além do enquadramento pela categoria profissional, a atividade poderia ser considerada como especial nos casos em que o trabalhador tenha laborado exposto a agentes físicos, químicos ou biológicos, de forma habitual e permanente.

Importante mencionar que o agente físico ruído sempre teve um tratamento diferenciado pela legislação previdenciária, pois, incumbe ao segurado comprovar a efetiva exposição a este agente, bem como quanto ao nível de ruído presente no local de trabalho.

Assim, até mencionada data, o enquadramento e conversão do período especial eram possíveis apenas com a prova de que a atividade estava classificada no rol dos Decretos supramencionados, ou seja, não havia necessidade de apresentar outros documentos ou laudos para comprovar a real exposição aos agentes nocivos, uma vez que até 1995 a nocividade era presumida.

Tal situação sofreu mudanças a partir de 29/04/1995, com a edição da Lei 9.032, momento em que passou a se exigir a comprovação do tempo de trabalho e a efetiva exposição aos agentes nocivos e perigosos, não se permitindo mais o enquadramento com base apenas na categoria profissional, exigindo-se a apresentação dos formulários emitidos pelo empregador (SB-40, DISES-BE 5235, DSS-8030, DIRBEN 8030 e PPP), com exceção do agente físico ruído, para o qual se exigia também a apresentação de laudo técnico.

⁷ MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. São Paulo: LTr, 2007. p. 64.

Urge destacar que, embora a Lei 9.032/95 tenha estabelecido a obrigatoriedade de apresentação dos formulários acima mencionados, a jurisprudência se pacificou no sentido de que pode ser considerada como especial a atividade desenvolvida até 10/12/1997, advento da Lei 9.528/97, independentemente da apresentação de laudo técnico, com base nas atividades previstas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, exceto para o agente físico ruído, posto que somente com o advento de referida norma houve a definição dos agentes prejudiciais à saúde, justificando a contagem diferenciada a que faz alusão a Lei 9.032/95. Dessa forma, somente a partir da vigência da Lei 9.528/97 é que se tornou imprescindível a efetiva comprovação da exposição aos agentes nocivos.

Uso de equipamentos de proteção individual (EPI)

O Equipamento de Proteção Individual (EPI) destina-se a proteção do trabalhador contra os riscos capazes de ameaçar sua saúde e segurança no decorrer da atividade laborativa. A utilização deste equipamento é obrigatória somente quando não houver possibilidade da eliminação dos riscos existentes no ambiente de trabalho por meio de outras medidas, ou seja, quando os Equipamentos de Proteção Coletiva (EPC) não forem suficientes para atenuar os riscos de acidentes de trabalhos e/ou doenças profissionais.

Sobre o uso do EPI faz-se mister mencionar o enunciado n.º. 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social: “O simples fornecimento de equipamentos de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho”⁸.

No mesmo sentido, a Súmula n. 289 do Tribunal Superior do Trabalho:

O simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado⁹.

De acordo com as normas previdenciárias, somente pode ser considerado como tempo especial aquele em que o segurado laborou exposto, efetivamente, aos agentes nocivos à sua saúde.

Assim, na visão restritiva do INSS, se o segurado utilizar equipamentos de proteção que neutralizem ou reduzam a incidência dos agentes nocivos, respeitando os níveis de tolerância aceitáveis e estando os equipamentos em consonância com as normas técnicas de segurança e medicina do trabalho, ou,

⁸ BRASIL. Ministério da Previdência Social. *Conselho de Recursos da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social-crps/>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

pelo simples fato de o empregador fornecer os equipamentos, esse período não será computável como especial para fins de obtenção da aposentadoria especial.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência vêm caminhando no sentido de declarar a ineficácia dos referidos equipamentos, uma vez que o simples fato do uso ou fornecimento não descaracteriza os riscos inerentes à atividade.

Exemplo disso, no que diz respeito ao agente nocivo ruído, os tribunais vêm reconhecendo que o uso de EPIs não é suficiente para afastar o reconhecimento da especialidade das atividades.

A propósito, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) editou a Súmula nº. 9: “Aposentadoria Especial – Equipamento de Proteção Individual: O uso de equipamento de proteção individual (EPI), ainda que elimine a insalubridade, no caso de exposição a ruído, não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado”¹⁰.

Urge salientar que, embora a súmula da TNU faça menção apenas ao fator de risco ruído, diversos magistrados vêm aplicando analogicamente o entendimento consolidado da TNU nos demais casos em que há exposição do trabalhador aos diversos agentes insalubres e perigosos.

Essas decisões são fundamentadas no fato de que o fornecimento dos EPIs é uma obrigação da empresa e tem por finalidade reduzir os fatores de riscos inerentes à atividade. No entanto, tal redução não justifica a descaracterização da atividade como especial, uma vez que a eficácia do uso do EPI é limitada, pois não depende apenas do uso, mas sim da qualidade do equipamento, acompanhamento do sistema de proteção e, principalmente, de sua correta utilização, o que talvez não ocorra durante todo o período na atividade.

Requerimento administrativo perante a Autarquia Previdenciária e os meios de prova da atividade especial

Para ter direito à aposentadoria especial, o segurado deverá comprovar perante a Autarquia Previdenciária, além do tempo de trabalho e a carência exigida¹¹, a efetiva exposição aos agentes nocivos químicos, físicos ou biológicos, ou associação de agentes prejudiciais à saúde e integridade física, de modo habitual e permanente¹², pelo período exigido para a concessão do referido benefício (15, 20 ou 25 anos).

⁹ TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289>. Acesso em: 09 jul. 2014.

¹⁰ PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Turma Nacional de Uniformização. *Súmulas/TNU*. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

¹¹ Mínimo de 180 meses de contribuição para os inscritos na Previdência Social a partir de 25 de julho de 1991 e, para os que se filiaram antes desta data, deve-se seguir a tabela progressiva prevista no art. 142 da Lei 8.213/91.

¹² O conceito de “atividade habitual e permanente” encontra-se previsto no art. 65 do Decreto 3.048/99: Art. 65. Considera-se tempo de trabalho permanente aquele que é exercido de forma não ocasional nem intermitente, no qual a exposição do empregado, do trabalhador avulso ou do cooperado ao agente nocivo seja indissociável da produção do bem ou da prestação de serviço.

Vale ressaltar que, de acordo com o parágrafo único do art. 65 do Decreto 3.048/99, com redação dada pelo Decreto 4.882/03, consideram-se como tempo de trabalho sob condições especiais os períodos de férias fruídas por trabalhador sujeito a condições nocivas, os de afastamento decorrentes de gozo de benefícios concedidos por incapacidade (auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez acidentários) e o período de salário-maternidade, desde que na data do afastamento o segurado estivesse exercendo atividade exposto aos agentes nocivos, além dos períodos legais para repouso e descanso semanal remunerado e feriados.

A comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos deve ser feita mediante formulário emitido pela empresa ou seu preposto, com base em Laudo Técnico de Condições Ambientais (LTCAT), o qual deverá ser expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho.

Conforme o disposto no art. 256 e quadro anexo XXVII da Instrução Normativa INSS/PRESS n. 45/2010¹³, para os períodos laborados até 28/04/1995, o INSS exige o formulário de reconhecimento de períodos laborados em condições especiais e a CP ou a Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) e LTCAT, obrigatoriamente para o agente ruído. Para os períodos laborados de 29/04/1995 a 13/10/1996, o segurado deve apresentar o formulário de reconhecimento do trabalho em condições especiais e LTCAT ou demais demonstrações ambientais, obrigatoriamente para o agente físico ruído. Para os períodos entre 14/10/1996 a 31/12/2003, exige-se o formulário de reconhecimento da atividade especial e LTCAT para qualquer que seja o agente nocivo. Já para os períodos após 01/01/2004, a apresentação do LTCAT foi dispensada e o INSS passou a exigir o Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que deve vir acompanhado de declaração da empresa informando que o responsável pela assinatura do PPP está autorizado a assinar referido documento.

Importante mencionar que, quando o segurado apresentar PPP abrangendo períodos laborados até 31/12/2003, os antigos formulários e LTCAT serão dispensáveis, nos termos do §2º do art. 272 da IN 45/2010: “Art. 272. [...] §2º Quando o PPP contemplar períodos laborados até 31 de dezembro de 2003, serão dispensados os demais documentos referidos no art. 256.”

Além disso, o INSS possibilita a substituição do LTCAT por outros laudos técnicos, contudo, desde que estejam em consonância com a legislação previdenciária.

¹³ BRASIL. *Instrução Normativa n. 45, de 06 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da previdência social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

Observa-se que, conforme anteriormente exposto, a legislação previdenciária permitiu o enquadramento da atividade especial levando-se em consideração apenas a categoria profissional ou exposição a agentes prejudiciais à saúde do trabalhador, independentemente da apresentação de laudo ou qualquer outro formulário, com exceção do agente físico ruído, até o ano de 1995, sendo que a jurisprudência majoritária estendeu tal situação até 10/12/1997.

Ocorre que, de acordo com o art. 256 e quadro anexo XXVII da IN 45/10, a Autarquia Previdenciária exige apresentação de formulário de reconhecimento da atividade especial, ou seja, para que o período laborado em condições especiais seja devidamente reconhecido e averbado no âmbito administrativo não basta que o trabalhador tenha o vínculo empregatício anotado em sua CTPS e a atividade desenvolvida esteja prevista naquelas atividades classificadas nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79.

Deste modo, no momento do requerimento administrativo, o segurado deve apresentar além da CTPS, formulário emitido pelo empregador para comprovar a natureza especial da atividade desenvolvida, e, somente assim, haverá o reconhecimento do período especial e, conseqüentemente, sua conversão. Procedimento este que afronta, de maneira insolente, os princípios da seguridade social, a legislação previdenciária e preceitos constitucionais.

Impende salientar que no sistema adotado pelo nosso País, temos a Constituição Federal como o pilar central de toda a estrutura legislativa, o que significa dizer que todo e qualquer ato normativo deve estar em consonância com nossa Carta Magna. De tal modo, temos uma hierarquia legislativa, onde no topo está a nossa Lei Maior, e abaixo desta, as Leis Complementares, Leis Ordinárias, Decretos, entre outros.

A instrução normativa considera-se um ato puramente administrativo. Dessa forma, não tem o condão de inovar o ordenamento jurídico, uma vez que seu texto não pode colidir com o disposto em leis e decretos, devendo estar em harmonia com estes e com todo o ordenamento jurídico.

Do pleito perante o Poder Judiciário e os meios de comprovação

O reconhecimento da atividade especial pelo Poder Judiciário exige a comprovação, pelo segurado, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem sua saúde ou integridade física, durante o período mínimo fixado, conforme o disposto no art. 57, §3º da Lei n. 8.213/91.

A exigência de comprovação da efetiva exposição aos agentes agressivos de forma habitual e permanente foi instituída pela Lei n. 9.032/95. Até o advento de referida Lei, em 29/04/95, conforme sobejamente citado, era

possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador e pela exposição aos agentes prejudiciais à saúde, sendo tal situação estendida pela jurisprudência dominante até 10/12/1997, advento da Lei 9.528/97.

Diferentemente do procedimento realizado no âmbito administrativo, o período de trabalho devidamente anotado na CTPS do segurado e estando a atividade inserida no rol das atividades ou grupos profissionais elencados nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, será considerado como especial independente da apresentação de formulário ou laudo, sendo determinada sua conversão em tempo comum.

Observa-se, portanto, que o INSS age de maneira distinta do Poder Judiciário, de modo que as demandas administrativas de aposentadoria especial, em sua maioria, acabam sendo indeferidas, passando a ser o caso analisado pela via judicial, o que acaba prolongando a obtenção do benefício previdenciário.

No entanto, o INSS não pode agir de forma distinta do Poder Judiciário, embasando suas decisões em uma Instrução Normativa, quando esta estiver em desacordo com as demais normas aplicáveis ao tema em comento.

Conclusão

Ante o exposto, nota-se que administrativamente é muito comum ocorrer uma “luta injusta”, sendo que, de um lado há segurados que pretendem ter reconhecido o seu direito, e do outro uma Autarquia que, na maioria dos casos, indefere os benefícios orientando-se em inúmeras Instruções Normativas, dentre outros mandamentos que aparentemente lhe dão alicerce. O fato de o INSS se basear apenas na IN 45/2010, acaba criando indevidamente novos requisitos para a concessão deste benefício, além dos que já foram criados pela própria legislação, o que não é admitido em nosso ordenamento jurídico Pátrio.

Enquanto isso, diferentemente do que ocorre na via administrativa, o Poder Judiciário se pauta na Constituição Federal, Leis Ordinárias, Decretos e, principalmente, nos princípios da Seguridade Social para analisar o direito do segurado em receber o benefício.

Percebe-se que o INSS ao se pautar apenas nos mandamentos da IN 45/2010 acaba não observando o ordenamento jurídico como um todo, o que é feito pelo Poder Judiciário, atitude esta que é prejudicial para o segurado e para o próprio instituto.

Com efeito, se houvesse flexibilização por parte do INSS ao conceder o referido benefício pela via administrativa, proporcionaria aos segurados a satisfação de um direito perseguido por vários anos.

Também seriam reduzidas as despesas do ente autárquico quando condenado pelo Poder Judiciário nos casos em que os requisitos técnicos e jurídicos são cumpridos, como por exemplo, com pagamento de valores em atrasos, honorários advocatícios e outros valores que contribuam para o empobrecimento do sistema, sendo necessária uma reforma em suas políticas internas.

Aliás, a própria IN 45/10, em seu art. 621, determina ser obrigação do INSS a concessão do melhor benefício ao segurado, tendo em vista seu caráter social previsto na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, a partir do aprofundamento dos estudos, constata-se que é muito comum os segurados desconhecerem seus direitos, principalmente no momento de pleiteá-los administrativamente, tendo em vista o tratamento restritivo que o INSS dá ao tema, cabendo aos estudiosos divulgá-los de maneira a fazer valer o direito dos segurados.

Além do mais, por ser órgão do Poder Executivo deveria haver preocupação em cumprir os preceitos constitucionais de defesa da cidadania e dos direitos dos cidadãos.

Apenas desta forma se atingiria um nível de qualidade no atendimento ao segurado do RGPS, que muitas vezes tem que esperar anos por um direito que já está reconhecido e que, na maioria dos casos, não pode esperar tanto tempo para ser recebido.

Referências

ALENCAR, Hermes Arrais. *Benefícios previdenciários*. 4. ed. rev. e atual. (Com obediência às leis especiais e gerais). São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2009.

BRASIL. *Decreto n. 53.831, de 25 de março de 1964*. Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto (sic) de 1960. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D53831.htm>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. *Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979*. Aprova o regulamento dos benefícios da previdência social. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D83080.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. *Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960*. LOPS - Leis Orgânica da Previdência Social. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1960/3807.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

_____. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. *Instrução Normativa n. 45, de 06 de agosto de 2010*. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da previdência social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/inss-pres/2010/45.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2014.

_____. Ministério da Previdência Social. *Conselho de Recursos da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/a-previdencia/orgaos-colegiados/conselho-de-recursos-da-previdencia-social-crps/>>. Acesso em: 09 jul. 2014.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 13. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MARQUES, Christiani. *A proteção ao trabalho penoso*. São Paulo: LTr, 2007.

PORTAL DA JUSTIÇA FEDERAL. Turma Nacional de Uniformização. *Súmulas/TNU*. Disponível em: <<https://www2.jf.jus.br/phpdoc/virtus/listaSumulas.php>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. *Súmulas da Jurisprudência Uniforme do Tribunal Superior do Trabalho*. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-289>. Acesso em: 09 jul. 2014.



Chamada por trabalhos

A revista DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares é uma publicação do Curso de Direito das Faculdades Integradas Padre Albino. Seu objetivo é divulgar trabalhos acadêmicos que contribuam para a reflexão e o debate jurídico e social, por meio de temas interdisciplinares relacionados ao Direito, à Administração, Sociologia, História, Literatura, Economia e áreas afins.

Professores, pesquisadores e estudantes de pós-graduação são estimulados a participar, enviando seus artigos aos cuidados dos editores, para o endereço Rua do Seminário, 281, Bairro São Francisco, CEP 15.806-310, Catanduva – SP, Fone: (17) 3522-2405 ou para o endereço eletrônico: coord.direito@fipa.com.br, secretaria.faeca@fipa.com.br ou donizettpereira@uol.com.br.

Seleção dos Artigos

Os artigos recebidos serão submetidos à avaliação prévia do(s) editor(es) e/ou do Conselho Editorial para verificação de sua adequação à linha editorial do periódico.

Após esta avaliação, os artigos, sem identificação do autor, serão remetidos para a avaliação de 2 (dois) pareceristas anônimos (um deles exógeno à Instituição responsável pelo periódico) para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, seguindo o sistema do *duplo blind peer review*. Os pareceres anônimos serão encaminhados posteriormente aos autores, para que tomem ciência da rejeição do seu artigo, possam adaptar seu texto ou justificar a manutenção do formato original, cabendo a decisão final sobre a publicação ou não dos artigos em que o autor manteve o formato, discordando de algum dos pareceres, ao Conselho Editorial.

Trabalhos não aceitos serão devolvidos ao autor.

Normas para publicação

1. Serão considerados para publicação artigos inéditos e exclusivos para DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares.

2. Autores nacionais devem enviar textos em português. Autores estrangeiros deverão enviar os textos em inglês ou espanhol. Nesses casos, a

tradução será providenciada pela revista DIREITO E SOCIEDADE, que terá a opção editorial de publicá-lo apenas em português.

3. Os artigos devem conter de 8 a 25 laudas, incluindo resumo em português e em inglês (*abstract*), tabelas, ilustrações e referências. O original deve ser enviado em arquivo eletrônico e papel (corpo 12, Times New Roman, espaço 1,5 entre linhas, formato A-4, com margens superior e esquerda 3 cm e inferior e direita 2 cm).

4. Autores múltiplos devem ser listados em ordem de proporcionalidade do envolvimento no artigo.

5. O resumo e o *abstract* deverão ter até 15 linhas, em um único parágrafo, especificando o objetivo do trabalho, breve descrição, ideias principais e conclusões.

6. Deverão ser indicadas de 3 a 5 palavras-chave, em português e inglês (*keywords*).

7. As referências ao longo do texto deverão ser inseridas em notas de rodapé na parte inferior da página.

8. Fotografias e ilustrações devem ser numeradas na ordem de inserção no texto e apresentadas em folhas separadas. O mesmo procedimento deverá ser observado quanto a tabelas. Os números deverão aparecer também no verso dos originais para melhor identificação. Legendas para as ilustrações e tabelas devem ser digitadas em página separada.

9. Referências devem respeitar as orientações da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), expressas na norma NBR6023:2002.

10. Os autores de textos, fotografias e ilustrações a serem publicados cedem gratuitamente os direitos de publicação. Todo artigo encaminhado à revista deve ser acompanhado de carta assinada pelo(s) autor(es), contendo autorização para reformulação de linguagem, se necessário, e declaração de responsabilidade e transferência de direitos autorais conforme a seguir: *DECLARAÇÃO DE RESPONSABILIDADE E TRANSFERÊNCIA DE DIREITOS AUTORAIS: Eu (nós), abaixo assinado(s) transfiro(erimos) todos os direitos autorais do artigo intitulado (título) à DIREITO E SOCIEDADE – Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares. Declaro(amos) ainda que o trabalho é original e que não está sendo considerado para publicação em outra revista, quer seja no formato impresso ou eletrônico. Data e Assinatura(s).*



Ramon Nabalbos
Gráfica e Editora

Tel.: (17) 3522-4453

E-mail: atendimento@nabalbos.com.br

Rua 7 de Setembro, 342 - Higienópolis - CATANDUVA - SP

