

ISSN 1678-2593

PRIM@ FACIE

International Journal

Direito, História e Política

DOSSIE: CONJUNTURA BRASIL

Corpus:

**Sessão Corpus: Reforma política,
democracia e representatividade**

set., dez., 2018

v. 17, n. 36

Universidade Federal da Paraíba - PPGCJ

NEGO

Expediente

A revista quadrimestral eletrônica Prim@Facie: Direito, História e Política, da UFPB, é um periódico da área de Direito com interfaces voltadas para os Direitos Humanos, Direito ao Desenvolvimento e História do Direito. Reconhece-se que a perspectiva jurídica está em constante diálogo com a dimensão temporal e política da vida em sociedade, assim, não é possível compreender o direito em separado dos interesses sociais e econômicos. Desta forma, a publicação visa propiciar debates atualizados sobre problemas do Brasil e do mundo contemporâneo com a participação de pesquisadores de diversas universidades nacionais e estrangeiras.

QUALIS B1 (Direito), QUALIS B2 (Filosofia), QUALIS B3 (Ciências da Religião e Teologia), QUALIS B4 (Ciências Ambientais) e QUALIS B5 (História).

Endereço:

Prim@Facie – Direito, História e política. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba - Campus I, Castelo Branco, CEP: 58.051-900 - João Pessoa, PB - Brasil.

Telefone: (83) 32167627

URL da Homepage: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie>

EXPEDIENTE DESTE NÚMERO

Consultora:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil

Editor de área:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Organizadores:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil

Profa. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo UFPB, Brasil

Editor Gerente:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Diagramação:

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo

Assistentes Editoriais:

Leonardo Silva Maximiniano dos Santos

Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi

ISSN 1678-2593

PRIM@ FACIE

International Journal

Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Conjuntura Brasil

SEÇÃO CORPUS

Reforma política, democracia e representatividade

set. a dez., 2018

v. 17, n. 36

Universidade Federal da Paraíba – PPGCJ

Consultor:

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil

Organizadores:

Profa. Dra. Maria Áurea Baroni Cecato – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista – UFPB, Brasil

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo – UFPB, Brasil

Catálogo na Publicação
Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB
Bibliotecária Vânia Maria Ramos da Silva - CRB 15/0243

P952 Prim@ facie : International journal : Direito, história e política [recurso eletrônico] / Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. – V. 1, n. 1 (2002)- . – João Pessoa : PPGCJ /CCJ/UFPB, 2002-

Quadrimestral.

Seção corpus: Reforma política, democracia e representatividade.

Editorial: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

Modo de acesso: Internet.

<https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2113>

Descrição do fascículo v. 17, n. 36 (set./dez. [2018](#)).

ISSN 1678-2593

1. Direito – Periódicos. 2. Democracia - Reformas. 3. Reforma política - Brasil. I. Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. II. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita.

BSCCJ/UFPB

CDU – 34(05)

Sumário

Editorial, 5

GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA

CORPUS

A Biopolítica E A *Accountability*: Uma Nova Forma De Governamentalidade, 14

LUCAS PIRES MACIEL, VALTER MOURA DO CARMO

Frustração ou Fraude à Licitação: Aspectos Penais e de Improbidade Administrativa, 44

JOSÉ ANTONIO REMEDIO, LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de Doenças Terminais ou Pacientes em Coma a partir do Filme “*Bella Addormentata*”, 71

RAFAEL MARCÍLIO XEREZ, HUMBERTO CARDOSO PINTO

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção da Dignidade e dos Direitos Humanos, 96

THAÍS ALDRED IASBIK, MAGNO FEDERICI GOMES

Direitos Humanos, Interculturalidade E Questão Racial, 125

FERNANDA DA SILVA LIMA, PAULA KELLER FRUTUOSO

Lei, Ética e Alienação do Desejo: Interpretação Psicanalítica e Jurídica dos Laços Sociais no Capitalismo Contemporâneo, 152

DOROTHEE SUSANNE RUDIGER

Table of contents

Editorial, 5

GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA

CORPUS

Biopolitics And Accountability: A New Form Of Governmentality, 14

LUCAS PIRES MACIEL, VALTER MOURA DO CARMO

Bidding Fraud or Frustration: Criminal and Administrative Improbability Aspects, 44

JOSÉ ANTONIO REMEDIO, LUIZ FELIPE GOMES DE MACEDO MAGANIN

The (In)Dignity on Rights to Life and to Death on Cases of Terminal Illness or Coma Patients Based on the Film “bella addormentata”, 71

RAFAEL MARCÍLIO XEREZ, HUMBERTO CARDOSO PINTO

Sustainable Mining as an Essential Factor in Promoting Dignity and Human Rights, 96

THAÍS ALDRED IASBIK, MAGNO FEDERICI GOMES

Human Rights, Interculturality And Racial Question, 125

FERNANDA DA SILVA LIMA, PAULA KELLER FRUTUOSO

Law, Ethic and Alienation of Desire: Psychoanalytic and Legal Interpretation of Social Ties in Contemporary Capitalism, 152

DOROTHEE SUSANNE RUDIGER

EDITORIAL

Reforma Política, Democracia e Representatividade

Chegamos ao Volume 17, número 36 da Revista Prim@Facie, periódico quadrimestral da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. O esforço conjunto da Editoração envolvendo diversos professores, integrantes desta Pós-Graduação e Parceiros Externos, é o que possibilita divulgar artigos científicos qualificados na área de Direito com temas atuais e relevantes para a discussão crítica da Ciência do Direito, dos seus conceitos e de seus métodos. Atualmente, o Conselho Editorial é coordenado pelo Professor Jailton Macena, jovem pró-ativo que se soma a outros excelentes integrantes do quadro docente desta instituição: articulistas, pareceristas ou colaboradores desta Revista Científica, a quem agradeço o convite para o Editorial deste número.

O tema sugere uma discussão do quadro político contemporâneo, das aspirações de Reforma Política diante das crises democrática e de representatividade. O cenário de crise sem lideranças que recomponham a estabilidade das instituições democráticas e a segurança e confiança sociais perturba conceitos e valores democráticos e nos impõem uma ampla reflexão sobre os papéis da Política e do Direito. Delineamos igualmente que as crises

oportunizam reformas, reordenações e busca de novos pactos sociais que tornem possível a continuidade da vida social e política e proporcionem o resgate da confiança institucional. Não se sentir representado é, portanto, apenas uma parcela desta crise, aquela referente à confiança e identificação válida com governos e representações institucionais, assim como com suas funções políticas e sociais. Buscar formas de transparência, participação social direta e eficiência dos governos e organizações políticas e administrativas são objetivos adequados para o cenário atual. Esta Revista Científica se propôs a discussão de tais temas, reunindo e organizando artigos que nos permitem uma reflexão plural e qualificada acerca de vários objetos jurídicos que não deveriam escapar das razões estabelecidas para uma reforma política e um resgate da representatividade social e da confiança nas instituições democráticas.

Uma Reforma Política, para além do “redesenho e reorganização institucional que se propõe”, deve tomar, por ponto de partida, conceitos úteis à comunicação junto à sociedade contemporânea tais como: insegurança, liberdade, tecnologias, choques culturais, interculturalismo, afirmação de identidades e dos Direitos Humanos, subjetividades, vulnerabilidades, proteção ao meio ambiente e proteção da economia, dos “desejos” e de uma “base existencial” que assegure a dignidade da pessoa humana. Certamente, a história e as experiências e modelos sociais fracassados constituem lições que não podemos descuidar nesta caminhada, pontuando um futuro comum melhor de que o passado ou o presente. Experiências autoritárias ou totalitárias de quaisquer espectros políticos devem ser rechaçadas, embora tomando cuidado igualmente quanto à “constituição de um modelo libertário” e selvagem de convívio social horizontal em que vigore apenas “a lei natural do mais forte”. É ainda inescapável o papel do Estado de Direito como mediador dos conflitos sociais e como canal de representação de interesses e comunicação da sociedade. Não pode mais ser encarado como um “papel exclusivo”,

evitando-se as tentações de um Estado Total ao mesmo tempo em que não podemos cair no engodo de modelos minimalistas que deixam cidadãos, em especial, pessoas vulneráveis a própria sorte ou sobre a dominação carismática ou de força de alguns. O desafio é encontrar esta boa medida para o papel do Estado, evitando tanto os distúrbios autoritários ou totalitários por parte do aparelho burocrático público em suas intervenções junto à sociedade como omissões que dificultam seja o reconhecimento e o gozo de Direitos Humanos e políticos ou, ainda, a possibilidade de uma existência plural e diversa dos sujeitos sociais em suas variadas expressões. Compreender o Estado como um ambiente de comunicação possível para os vários sujeitos e estipulador de uma “linguagem de reconhecimento” que amplia as expressões subjetivas e de participação é essencial neste processo. Nesse sentido, o papel do Direito na constituição desta “linguagem” é essencial. Todavia, para isso, a formação da “vontade do Estado” não pode estar patrimonializada ou ocupada por interesses de dominação carismática e parcial, mas deve ser formada a partir da participação democrática e da transparência quanto aos seus procedimentos e ações. Se esta vontade ou os mecanismos legítimos utilizados para expressá-la estiverem patrimonializados ou dominados por um grupo hegemônico, logicamente não há um ambiente comunicativo válido e diferentes expressões de sujeitos serão silenciados, sendo que a própria existência de um Estado de Direito e de diversos grupos sociais estarão em risco.

Lucas Pires Maciel e Valter Moura do Carmo propõem no primeiro artigo desta Revista Científica uma reflexão sobre procedimento de governamentalidade a partir da análise da “biopolítica e do accountability”. Servem-se do conceito de biopoder e biopolítica de Foucault, observando oportunidade para mudanças nas “técnicas de governança” em virtude da “descentralização” das disciplinas de poder descrita pelo pensamento deste autor. Sugerem que em virtude desta “microfísica do poder”, da descentralização de

suas disciplinas e da possibilidade do seu exercício próximo, inexistente, atualmente, uma separação clara entre Estado e Sociedade. Esta proximidade faz surgir uma nova forma de administrar, onde “prestar contas”, “ser transparente” e abrir espaços para a participação social direta, conforme os autores, se tornam instrumentos de legitimação válidos para uma governança democrática atualmente. Revelo, apenas, uma discordância interpretativa dos conceitos foucaultianos para com os autores, em especial, a leitura e interpretação do fenômeno de biopoder a partir de como é observado por Foucault, porém trazido ao texto como elemento de “legitimação e justificação” desta “nova hipótese de administração e governança públicas”.

Importante decifrar no próprio Foucault a diferença entre biopoder e biopolítica, o primeiro ocupando-se da disciplina sobre os corpos, moldando-os através das várias instituições sociais (Escola, Hospital, Exército etc.) e o segundo referindo-se à ideia de população, regulação das massas: controle de taxas de natalidade, fluxos migratórios ou de contaminação da população por doenças. É lógico que ambos são conceitos que auxiliam a compreensão atual das “funções de governança”, mas não foram jamais utilizados por Foucault como argumentos de legitimação destas “novas formas de governança”. O discurso foucaultiano é de denúncia e crítica aos discursos das várias disciplinas que compõem a modernidade, demonstrando-as não como uma possibilidade de emancipação dos sujeitos, mas de assujeitamento e dependência. Foucault, nos textos *Vontade do Saber* (primeira parte da *História da Sexualidade*) e *Em Defesa da Sociedade*, observa a expressão “biopoder” como categoria de normalização da vida social, controle de corpos e sua sujeição a uma “vida normal”, mas não como elemento legitimador do controle ou do “exercício descentralizado do poder político e do controle social ou de populações”. Estes vários controladores não estão predispostos a “emancipação política dos corpos que vigiam”, mas procuram submetê-los, de forma ampla e com base num discurso científico,

próprio da “razão moderna”, às medidas e adequações de suas respectivas disciplinas: médica, jurídica, social, econômica etc. Verdadeiros saber-poderes que controlam os corpos dos indivíduos integrantes de uma determinada população. Portanto, não sugerem um “controle de retomada participativa do poder político”, mas uma forma de assujeitamento, conforme as diversas disciplinas apresentadas por discursos de saber-poder manejados por alguns sujeitos sociais detentores de formação para o exercício das “tecnologias de controle”. Não existe controle sobre os “controladores”: o discurso científico os legitima e só isso é o bastante. Logo, não se fundamenta aí uma “prestação de contas” para o povo quanto ao exercício do poder, embora é fato de que eles também não escapem, pela proximidade deste exercício do poder, a uma grande vigilância social, afinal, os normalizadores também são normalizados, os observadores também são observados e os vigilantes também são vigiados. Os discursos disciplinares contém obrigações avaliadas reciprocamente. Feita a ressalva interpretativa, compreendemos que a segunda parte do artigo dá conta de critérios mais abrangentes para a definição do conceito de “Accountability” o que amplia os limites desta definição para além da simples ideia de “prestação de contas”, acrescentando os aspectos da transparência, eficiência e participação popular como elementos a serem analisados neste conceito.

O segundo artigo intitulado “Frustração ou Fraude à Licitação: aspectos penais e de improbidade administrativa”, de autoria de Jose Antonio Remedio e Luiz Felipe Gomes de Macedo Maganin, retrata aspectos técnico-jurídicos e penais interessantes no tocante às fraudes à licitação. As questões relacionadas aos princípios da publicidade, moralidade e impessoalidade administrativas estão na ordem do dia, são de clamor público e potencializam discussões acerca de atitudes de gestão que devem proteger a Administração Pública de lesão ao erário e/ou desvios de finalidade. A Reforma do Estado deve aprimorar as normas de precaução e controle a fim de se evitar ou imediatamente

repelir fraudes em competições para receber dinheiro, permissões ou concessões públicas. Ferramentas de transparência e participação popular também auxiliam neste aspecto. Por outro lado, é igualmente importante distinguir as diferenças e peculiaridades no tocante às responsabilizações administrativa e penal nos casos de improbidade ou desvios funcionais correlatos. Foi isso o pretendido pelo artigo, o que corresponde a uma metodologia analítica válida para a aplicação sistemática e correta do direito em suas respectivas hipóteses penal ou administrativo.

O terceiro artigo tratou “A (In)dignidade nos Direitos à vida e à morte em caso de doenças terminais ou pacientes em coma a partir do Filme “Bella Addormentata”, observando uma análise fundamentada em conceitos e aspectos humanos que afloram em obra cinematográfica quanto ao exercício de autonomia e vontade humana. O princípio da vida e o seu final são matérias tormentosas para o Direito, quase impossíveis de serem observadas fora dos “discursos morais” que cercam tais conceitos. Há fundamentos que pugnam pela ideia de “sacralidade ou intangibilidade” da vida humana e outros que tratam da autonomia e escolha por parte dos sujeitos diretamente envolvidos, tendo por base a ideia de dignidade da pessoa humana e respeito a sua autonomia e consciência. O tema relacionado aos pacientes terminais ocupa um espaço importante de debate nas Democracias contemporâneas: até onde pessoas podem escolher morrer? Estes sujeitos podem exercer esta autonomia de forma consciente? Como ficaria a situação de escolha da morte no caso de pacientes em coma? Qual a conduta ética exigida dos profissionais da área médica e de saúde nestes casos? Conceitos como eutanásia, ortotanásia, mistanásia, suicídio assistido, homicídio a pedido e “diretiva antecipada da vontade” se revezam nestas discussões e propõem diversas análises e categorizações quanto ao fim da vida, em especial, quando o tema envolve “pacientes terminais”. O artigo se propõe a realizar tal discussão, dialogando com problemas e aspectos

representados no Filme “Bella Addormentata”, propiciando uma visão particular do exercício da liberdade e de dignidade da pessoa humana num Estado de Direito, tomando por base a questão dos pacientes terminais.

O quarto artigo “A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção da Dignidade e dos Direitos Humanos” da lavra de Thaís Aldred Iasbik e Magno Federici Gomes trata de um tema desafiador, em especial, depois dos recentes desastres ambientais de Mariana e Brumadinho, porque ficou-nos a pergunta: como promover uma mineração segura e sustentável? O Direito Ambiental observado como Direito Humano tem, por base, sobretudo, o princípio da precaução, a ideia de que o dano ambiental uma vez ocorrido é quase impossível reverter, daí a antecipação das medidas que “previnem o dano”. No caso da Mineração, estamos tratando de uma atividade que, se por um lado, é essencial para a produção de diversos bens utilizados pela sociedade contemporânea, por outro é arriscada e propiciadora de grave degradação ao meio ambiente, chegando a produzir mortes de pessoas, animais e plantas, para além da destruição de importantes biomas. É preciso encontrar formas jurídico-normativas e de organização para o exercício sustentável desta atividade e sistemas de controle que atuem de maneira preventiva, conforme uma ética ambiental, impedindo a ocorrência da degradação. O meio ambiente é um tema central para a vida política contemporânea, fundado numa razão existencial que suplanta a própria ideia instrumental da modernidade. Sem assegurar a possibilidade da vida não há qualquer razão para a política ou a existência do Estado ou do Direito.

O quinto artigo “Direitos Humanos, Interculturalidade e Questão Racial”, de autoria de Fernanda da Silva Lima e Paula Keller Frutuoso tratou de conteúdo relevante para definir conceitos políticos importantes no que diz respeito às subjetividades e identidades diferentes. Impossível, portanto, no contexto atual deixar de falar em interculturalidade e da necessidade de proteção de identidades

vulneráveis, sujeitas a preconceitos históricos ou a discursos de ódio forjados pela base hegemônica da sociedade. A formação da América Latina e do Brasil estruturou-se nesta diferenciação e segmentação qualitativa de sujeitos e categorias raciais. A utopia de uma “democracia racial” existente em diversos discursos, inclusive acadêmicos, jamais se consolidou na prática e tornou-se claro, no caso brasileiro, o papel da escravidão no tocante a esta permanência da exclusão com base na raça. Culturalmente, ainda é difícil perceber uma inclusão comunicacional válida, de matriz política ou jurídica, para os segmentos raciais não brancos, daí a necessidade de tratarmos de interculturalismo e suas possibilidades de afirmação das identidades com oferta de espaços de inclusão e cidadania, para além do aperfeiçoamento e enriquecimento da linguagem política e jurídica e dos conceitos que permitam o reconhecimento do outro. O artigo fixou como objeto a questão dos negros no Brasil, efetivando uma boa discussão do papel do interculturalismo para a inclusão democrática destas categorias periféricas.

O sexto e último artigo “Lei, Ética e alienação do desejo: interpretação psicanalítica e jurídica dos laços sociais no Capitalismo Contemporâneo” de autoria de Dorothee Susanne Rudiger conclui a série de textos desta edição da Revista Prim@Facies, compondo uma análise psicanalítica dos desejos e sua importância para a formação dos laços sociais e do direito contemporâneo. Serve-se do texto de Bauman, Amor Líquido, estipulando dificuldades no tocante à fixação de fundamentos na contemporaneidade e da necessidade de instituições e formas mais ágeis para lidar com tal “liquidez dos humores políticos e práticos”. Talvez a própria razão, fundamento filosófico moderno não mais comprovável como elemento justificador da vontade humana e da invenção do Direito, substituída por “sentimentos” que indicam os caminhos para a formação de novos laços sociais e a produção de uma ação política transformadora. Observou, assim, os potenciais de criação das formas jurídicas e de

organização social e política, advindos da força “destrutivo/criativa dos desejos”.

Sobre vários aspectos, todos os artigos discutem temas importantes relacionados à ideia de Reforma Política, Democracia e Representatividade. Abordam mudanças no espaço social que dão conta de variações na forma da governança social, na ideia de participação política e exercício da autonomia e vontade, chegando ao próprio conceito de Direito. Discutem o sujeito, sua relação com o tempo e o espaço social, sem esquecer de apontarem medidas e instrumentos para a ampliação das formas de afirmação das identidades sociais, dos seus desejos e das tecnologias de controle social e finalístico da Administração Pública. Compõem uma série articulada de ideias, conceitos e práticas políticas e sociais que indicam possibilidades para o direito e para as razões de funcionamento do Estado, com zelo pelos princípios reitores da Administração Pública e cuidado com o meio ambiente, a sociedade e as liberdades individuais. Por isso, convidamos o leitor para tomar nota das reflexões trazidas nestes artigos, jamais de forma reverencial ou passiva, mas com a inquietude e a crítica que são próprias da ciência e dos avanços necessários que precisamos fazer em termos de Academia Jurídica.

Boa Leitura!

João Pessoa, 29 de Dezembro de 2018

Prof. Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista
Adjunto do Departamento de Direito Público
Editor Adjunto da Revista PRIM@FACIE

A Biopolítica E A *Accountability*: Uma Nova Forma De Governamentalidade

Lucas Pires Maciel

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Professor do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: lucas_jppm@hotmail.com

Valter Moura do Carmo

Doutor em Direito pela UFSC. Professor permanente do PPGD da UNIMAR. E-mail: vmcarmo86@gmail.com

Resumo: O presente artigo tem como objetivo estudar a biopolítica e o instituto da *accountability*, como forma de implementação de uma nova forma de governar o Estado. Para a realização do estudo iniciou-se arguindo acerca da nova forma de governamentalidade, que aboliu a antiga forma de soberania do governante pelo império da lei, fortalecendo o poder descentralizado, por meio de círculos de poder, que leva em consideração os dispositivos de segurança, em que uma das formas seria a lei. Além disso, abordou-se a ideia do biopoder e da biopolítica. Posteriormente foram abordadas as formas de controle da Administração Pública, sejam as internas, externas, pela imprensa ou por qualquer um do povo. Para elaboração do artigo utiliza-se o método dedutivo com pesquisas bibliográficas. Ficou evidenciado que o orçamento é uma das formas de controle dos atos do governante e que, atualmente, vem ganhando força a atuação popular na realização do orçamento público. Ademais, apresentou o que seja a figura da *accountability*, que é uma nova forma de realização de prestação de contas e participação democrática, interferindo na forma pela qual o administrador realiza a gestão dos recursos públicos.

Palavras-chave: Administração Pública. Democracia. Governamentalidade. Prestação de Contas.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

A Biopolítica E A *Accountability*: Uma Nova Forma De Governamentalidade

Lucas Pires Maciel

Valter Moura do Carmo

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo estudar a biopolítica e o instituto da *accountability*, como modo de implementação de uma nova forma de governamentalidade.

É cediço que a forma de governar sofreu diversas alterações ao longo dos séculos. No século XVI até o final do século XVIII vigia a ideia de um governante que atuava com a força e império da lei, exercendo um poder soberano sobre seu povoado.

Com a evolução dos tempos, a governamentalidade foi alterando para um governo mais descentralizado, objetivando que o poder não poderia ser exercido com a força de um governante, ou seja, o poder seria múltiplo.

Nesse momento surge a ideia do biopoder e da biopolítica, situações que interferem na vida das pessoas e na forma de agir do governante.

Assim, com base em uma administração mais moderna, o governante tem que executar suas funções obedecendo a uma série de critérios legais, instituídos para controlar sua atuação.

Há um instituto que vem ganhando força nos últimos anos, a *accountability*, uma nova sistemática de prestação de contas por parte do governante. Por isso, neste trabalho busca-se fazer uma análise dessa ideia da biopolítica e da *accountability*, analisando se esse instituto pode ser encampado como uma nova forma de fomentar a governamentalidade.

É certo que as formas tradicionais de governar o Estado têm dado espaço para novas sistemáticas, em que a população tem participação mais atuante, em busca de uma transparência e consciência popular maior.

Para elaboração do artigo foi utilizado o método dedutivo com pesquisa bibliográfica, a partir de análise das obras e estudos sobre o autor Michel Foucault acerca da biopolítica e das mais variadas legislações sobre a governamentalidade nacional, como forma de alocar o instituto da *accountability*.

2 BIOPODER, BIOPOLÍTICA E GOVERNAMENTALIDADE

Segundo Michel Foucault (1979, p. 277) “na Idade Média ou na Antigüidade [sic] greco-romana, sempre existiram tratados que se apresentavam como conselhos ao príncipe quanto ao modo de se comportar, de exercer o poder, de ser aceito e respeitado pelos súditos”.

Esse modelo de governo foi aos poucos, com o passar dos séculos, perdendo eficiência, uma vez que começam a surgir os grandes Estados territoriais, administrativos, coloniais (FOUCAULT, 1979, p. 278). A partir disso, o modo de governar não mais pode ser da forma como era na época do príncipe, como exposto por Nicolau Maquiavel (2011).

No modelo de Maquiavel, o que valia era o termo "deixar morrer, deixar viver", em que, por meio de um poder soberano, o príncipe

centralizava toda a força do Estado de forma singular e com o império da lei.

Esse príncipe, como elucida Michel Foucault (1979, p. 279), está

[...] em relação de singularidade, de exterioridade, de transcendência em relação ao seu principado; recebe o seu principado por herança, por aquisição, por conquista, mas não faz parte dele, lhe é exterior; os laços que o unem ao principado são de violência, de tradição, estabelecidos por tratado com a cumplicidade ou aliança de outros príncipes, laços puramente sintéticos, sem ligação fundamental, essencial, natural e jurídica, entre o príncipe e seu principado.

Nesse novo modelo de governo, ao oposto do que defendia Maquiavel, há vários círculos de poder, afastando a ideia tradicional de um único governante, um poder uno e soberano.

A par disso, o poder passa a ser mais descentralizado, em que várias são as formas de governar: “o pai de família, o superior do convento, o pedagogo e o professor em relação à criança e ao discípulo” (FOUCAULT, 1979, p. 280).

Com essa forma de vislumbrar a governamentalidade, alguns paradigmas devem ser quebrados, em especial a ideia de que o poder deve ser soberano, dentro de um território e para um povo. Agora, governar é mais do que isso, pois assume um papel mais amplo, pois o território e a propriedade são apenas variáveis.

Foucault (1979, p. 283) faz uma comparação em seu texto entre a Rússia, país grande em extensão geográfica, e a Holanda, um pequeno país em tamanho territorial. Aduz que

[...] a Rússia pode até ser o país de maior extensão em relação aos outros Estados europeus, mas é composta de pântanos, florestas, desertos, é povoada apenas por um bando de miseráveis, sem atividade nem indústria; a Holanda, que é pequeníssima e constituída de pântanos, possui ao contrário uma população, uma riqueza, uma atividade comercial e uma frota que fazem dela um país importante da Europa, o que a Rússia está apenas começando a ser.

Conclui, asseverando que “governar é governar às coisas” (FOUCAULT, 1979, p. 283).

Com viés nessa forma de governo atual, a lei não é mais o instrumento principal do governante, uma vez que para poder agir são utilizados mecanismos de exercício do poder, que são dispositivos de segurança, entre os quais está a lei.

O bom rei medieval que dava coisas para os súditos foi substituído por uma nova figura, que é a do bom administrador; agora, ele precisa dominar os conhecimentos necessários para gerir seu território, como, por exemplo, cuidar da economia do Estado e do seu exército. Desde logo, percebe-se que esse modelo antigo de visão do bom rei é mais pernicioso ao seu país do que o soberano que se serve de todos os meios, inclusive ilícitos, para conservar o Estado que ele recebeu, conforme elucida Cesar Candioto (2010) acerca do pensamento de Michel Foucault.

Assim, no conceito de governamentalidade que Foucault se propõe a analisar, a soberania, as disciplinas e a gestão governamental estão intimamente articuladas.

Michel Foucault (2008, p. 143-144) conceitua governamentalidade, da seguinte forma:

Por 'governamentalidade' entende-se o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, ainda que complexa, de poder que tem por alvo principal a população, por forma maior de saber a economia política, por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. Ademais, a linha de força que, em todo o Ocidente, não cessou de conduzir, e desde muito tempo, à preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de 'governo' sobre todos os outros: soberania, disciplina, e que, por uma parte, levou ao desenvolvimento de toda uma série de aparelhos específicos de governo, além do desenvolvimento de toda uma série de saberes.

Nessas diferentes designações, o termo "governamentalidade" tem um sentido eminentemente político, segundo Michel Foucault (2008, p. 112).

Michel Foucault quer mostrar que não foi a sociedade que aos poucos foi estatizada; ao contrário, o Estado é que cada vez mais foi sendo governamentalizado.

Michel Foucault (2004, p. 112 *apud* CANDIOTTO, 2010, p. 39-40) prossegue:

A cada momento, são as táticas de governo que permitem definir o que é da competência do Estado e o que permanece fora dela, o que é público e o que é privado, o que é estático e o que é não-estático. Assim [...], só é possível compreender a sobrevivência e os limites do Estado levando em conta as táticas gerais da governamentalidade.

Para Foucault, o poder não é mais piramidal e passa a ser exercido por meio de círculos de poder. Nessa ótica, o Estado realiza a indução de comportamentos racionais, ou supostamente racionais. Assim, o homem deve ser um ser dócil e útil para a sociedade. Isso é feito por meio desses círculos de poder, ou seja, a religião, a escola, a política, entre outros.

Esse novo poder, como exposto, é o que Foucault denomina de biopoder, uma vez que é o desempenho do poder, mas não de forma autoritária, como na época do príncipe.

A biopolítica é assim chamada pois afasta a ideia do governo de um indivíduo para o governo da população, ou seja, o conjunto dos indivíduos. Assim, a população é tanto alvo como instrumento dentro de uma relação de poder. Isso é o biopoder.

É válido mencionar que Foucault considera biopoder e biopolítica como sinônimos (SERVA; DIAS, 2016, p. 428). Já Antonio Negri faz a separação dos conceitos acima.

O biopoder é um poder que adquire comando efetivo sobre a vida total da população quando se torna função vital, abraçada e reativada pela própria vontade de todos os indivíduos.

Esse poder tem por posto mais elevada e função principal, envolver a vida totalmente e administrá-la. O que está em jogo no biopoder é a produção e a reprodução da própria vida, conforme Pedro Fornaciari Grabois (2013).

A biopolítica “indica la manera en la que el poder se transforma, en un determinado periodo, con el fin de gobernar no solamente a los individuos a través de ciertos procedimientos disciplinarios, sino al

conjunto de seres vivos constituído en poblaciones” (NEGRI, 2006, p. 38).

Biopolítica indica a forma como o poder se transforma, com o fim de não só governar os indivíduos por meio de procedimentos disciplinatórios, mas também da gestão da saúde, higiene, alimentação (medicina social – a vida como forma de campo do poder), natalidade, sexualidade, etc (NEGRI, 2006, p. 38).

A biopolítica é, pois, resistência ao biopoder, ou seja, é a busca pela transgressão daquilo que está colocado pela biopolítica.

A biopolítica é um conceito complexo que evoluiu em Foucault desde os primeiros textos onde aparece o termo, próximo do que os alemães designaram no século XVIII por Polizeiwissenschaft (a manutenção da ordem e da disciplina pelo crescimento do Estado).

Em seguida, a biopolítica assinala o momento de superação da tradicional dicotomia entre Estado-Sociedade por uma economia política da vida em geral.

Na biopolítica, o Estado se preocupa com a Zoé, que é a "vida nua", pelo simples fato de viver, comum a todos os seres vivos e a Bios, ou “vida qualificada”, a vida inteligente, ser político.

Pedro Fornaciari Grabois (2013, p. 130) complementa advogando que:

Nesta leitura da obra de Foucault, a resistência como criação de novas formas de subjetivação localiza-se na vida, isto é, na produção de afetos e de linguagens, na cooperação social, nos corpos e desejos, na invenção de novas formas de relação consigo mesmo e com outros.

Por isso, essas novas interpretações modificam a forma de pensar na governamentalidade.

3 OS CONTROLES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como exposto alhures, Foucault aduz que o poder não tem mais aquela forma piramidal, haja vista ser exercido por meio de círculos de poder. Assim, o Estado realiza a indução de comportamentos racionais, ou supostamente racionais e o homem deve ser um ser dócil e útil para a sociedade. Isso é feito por meio desses círculos de poder, ou seja, a religião, a escola, a política, entre outros. Nesse condão, importante realizar a ligação entre o tópico alhures e as formas de controle da Administração Pública.

Na divisão clássica dos poderes tem-se o Poder Legislativo, o Judiciário e o Executivo. Todos esses poderes são exercidos de forma à consecução dos fins do Estado, cada qual com sua atribuição clássica e com funções atípicas.

O Poder Legislativo tem a função precípua de criar leis, em sentido lato. Porém, em situações atípicas terá que administrar o seu orçamento, numa verdadeira função de executivo. Também, em algumas situações, terá a função de Poder Judiciário, como, por exemplo, nos casos de processo de *Impeachment* do Presidente da República.

O Poder Judiciário também tem essa característica: a função típica de julgar as lides, com espeque no princípio da inafastabilidade de jurisdição, prevista no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. Contudo, tem a função atípica de administrar os seus recursos, além de, em determinados casos, "legislar", quando realiza seus regimentos internos.

Por fim, o Poder Executivo, que precipuamente tem o papel de administrador e executor das leis, também pode exercer função de legislador, por meio dos Decretos, as Medidas Provisórias para o Presidente da República e de Poder Judiciário, quando julga falta grave de algum funcionário de confiança, entre outras situações.

Essas atribuições típicas e atípicas dão um tempero especial ao controle do Estado, por meio do qual um poder pode intervir no outro

de modo a não dar "super-poderes" para um ou outro, fazendo com que haja um equilíbrio maior.

Numa definição bem singela, a Administração Pública corresponde à face do Estado (o Estado-Administração) que atua no desempenho da função administrativa, objetivando atender concretamente os interesses coletivos. Desta feita, a atividade administrativa é concreta no sentido de que executa, de ofício, a lei.

Dirley da Cunha Júnior (2015, p. 26), assevera que:

Em suma, diz-se que a atividade administrativa é concreta, direta e imediata porque a Administração Pública age concretamente (com injunções e regulamentações, pondo em execução a vontade abstrata do Estado contida na lei), diretamente (sem intermediações ou substituições) e imediatamente perante os administrados, prestando os serviços públicos e atendendo as necessidades coletivas, visando o bem-estar geral da comunidade, realizando os fins constitucionais do Estado.

No Direito Administrativo é salutar informar que alguns princípios importantes devem ser indicados: supremacia do interesse público sobre o privado, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

O primeiro princípio exalta a superioridade do interesse da coletividade, estabelecendo a prevalência do interesse público sobre o interesse do particular, como condição básica de assegurar e viabilizar os interesses individuais (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 35).

O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do próprio Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica. Assim, tem por finalidade combater o poder arbitrário do Estado, na medida em que os conflitos devem ser resolvidos pela lei e não por meio da força (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 37).

Enquanto no âmbito das relações particulares vige a ideia de que é permitido fazer tudo aquilo que não for proibido, na Administração Pública só poder fazer aquilo que for expressamente permitido. É o princípio da legalidade cerrado.

O princípio da impessoalidade exige que a atividade administrativa seja exercida de modo a atender a todos os

administrados, ou seja, a coletividade, sem discriminar um ou outro, apresentando-se, portanto, de forma impessoal. Em razão deste princípio, a Administração deve manter-se numa posição de neutralidade em relação aos administrados, não podendo discriminá-los, salvo quando assim justificar o interesse coletivo, sob pena de cometimento de abuso de poder e desvio de finalidade (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 38).

O princípio da moralidade administrativa um conjunto de valores éticos que fixam um padrão de conduta que deve ser necessariamente observado pelos agentes públicos como condição para uma honesta, proba e íntegra gestão da coisa pública, de modo a impor que estes agentes atuem no desempenho de suas funções com retidão de caráter, decência, lealdade, decoro e boa-fé (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 39).

O princípio da publicidade destaca uma atividade administrativa transparente e visível aos olhos de todos. Com fito nesse princípio, todos têm o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, conforme o artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 40).

O Princípio da Eficiência atribuiu para a Administração Pública o dever explícito de boa administração para a realização de suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, buscando impor no ambiente administrativo um modelo gerencial com maior ênfase na qualidade e nos resultados (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 44).

Outros princípios são importantes, porém, para o estudo do presente tema, esses são os mais relevantes.

Ainda relacionado aos princípios acima expostos, a Administração Pública, para agir, deve se ater a alguns deveres.

O primeiro é o dever de agir, indicando que todas as vezes que a ordem jurídica impuser alguma medida ou que se mostre necessária em decorrente e circunstâncias administrativas, a Administração Pública tem o dever de ação (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 70).

Há, além disso, o dever de juridicidade que advoga pela necessidade de Administração Pública estar vinculada não apenas à

lei, mas à ordem jurídica como um todo, tal como o dever de proporcionalidade, dever de motivação, respeito aos direitos do cidadão, entre outros (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 71).

Tem o dever de probidade em que vige a ideia de atuação com "ética, honestidade, lealdade, decoro e boa-fé" (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 71).

A Lei nº 8.429/1992 catalogou os atos de improbidade, dividindo-os em três tipos: i) os atos que importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º); ii) os atos que causam prejuízo ao erário (artigo 10); e iii) os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

O dever de eficiência prevê uma atuação célere e eficiente na gestão pública, conforme previsão constitucional.

Por fim, e não menos importante, há o dever de prestação de contas que ensina a necessidade de que qualquer pessoa que esteja ligada à gestão de dinheiro público tem o dever de demonstrar cabalmente como foi feita a utilização do dinheiro.

Assim, a Administração Pública, conforme previsão constitucional, tem o dever de obediência a alguns princípios norteadores. Dentre eles o princípio da publicidade e da transparência.

Isso ganha valor, ante o fato de a Administração Pública, como o próprio nome orienta, lidar com dinheiro público, advindo de várias fontes, em especial recursos advindos dos particulares, por intermédio dos tributos.

Assim, quando o governante realiza algum ato, esse deve estar revestido de formalidades legais e deve ser público, para que toda a estrutura constitucional vigente possa fiscalizar/controlar a pertinência e correção dos atos.

São vários mecanismos à disposição para controle desse ato. Desde controle interno, como tribunal de contas, poder legislativo, entre outros externos, como Ministério Público, das Controladorias, Ouvidorias, até qualquer um do povo, por meio da Ação Popular. Sem deixar de consignar a força da imprensa, como papel de fiscal dos atos da Administração Pública.

Desta feita, a estrutura organizacional da Administração Pública é feita para que o governante tenha ética, transparência e responsabilidade na lida dos recursos públicos.

Inicialmente, há as regras constitucionais, em especial prevista no artigo 37, que prevê os princípios constitucionais do Direito Administrativo. Posteriormente, ainda na Constituição Federal, existe todo um regramento de Direito Tributário e Financeiro.

Há os tributos criados com finalidades específicas, em que indica ao governante a impossibilidade de desvio de função, por serem de caráter vinculado, com repartição de receitas entre os entes tributantes, tudo para gerar um equilíbrio no Pacto Federativo.

Ademais, têm-se as leis orçamentárias: Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual, com base no artigo 165, da Constituição Federal. Cada qual dessas leis tem um intervalo de planejamento das atividades do estado (sentido *lato*) e uma função para gerir os recursos daquele ente.

A Lei nº 4.320/1964 estabelece normas gerais de elaboração de orçamento. Essa Lei é formalmente lei ordinária, mas foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como Lei Complementar. De acordo com Celso Ribeiro Bastos (1992, p. 74):

[...] o orçamento é, portanto, uma peça jurídica, visto que aprovado pelo legislativo para vigorar como lei cujo objeto disponha sobre a atividade financeira do Estado, quer do ponto de vista das receitas, quer das despesas. O seu objeto, portanto, é financeiro.

Assim, atualmente, o orçamento deixou de ser um singelo documento de caráter contábil e administrativo, para espelhar toda a vida econômica de uma Nação, constituindo-se em um fundamental instrumento dinâmico do Estado a orientar sua atuação sobre a economia (HARADA, 2016, p. 112).

Aliomar Baleeiro (1997, p. 411) assevera que:

[...] o orçamento é considerado o ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins

adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

O Plano Plurianual é decorrente de um planejamento de longo prazo. São as grandes diretrizes de um modo geral. Transcendem normalmente a ideia de apenas um governo, passando para efeitos mais amplos. Possui quatro anos de período, sempre no segundo ano de mandato e termina no primeiro ano do mandato subsequente, ou seja, pode iniciar com um governante e terminar com outro, o que determina uma ideia mais ampla do que simplesmente uma ideia isolada de um plano de governo.

Daí a regra do § 1º do art. 165 da Constituição Federal segundo o qual:

[...] a lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes, e para as relativas aos programas de duração continuada.

A Lei de Diretrizes Orçamentárias atribui critérios advindos da lei do plano plurianual e vai refletir na lei orçamentária anual. Trata de aspectos de metas e prioridades da Administração Pública, tais como, remuneração de servidores, alteração de planos de carreiras, entre outros.

Esta Lei de Diretrizes Orçamentárias, nos termos do § 2º do art. 165, que:

[...] compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Por sua vez, a lei de diretrizes orçamentárias funciona como um plano prévio, baseado em considerações econômicas e sociais, para a elaboração posterior da proposta orçamentária (TORRES, 1995, p. 56).

A Lei Orçamentária irá traçar a forma como será utilizado o dinheiro naquele exercício fiscal. Isso denota a ideia de organização para o orçamento público. Ideia como pagamento de precatórios, salários, obras públicas, ou seja, todos os recursos necessários para aquele ano respectivo.

Essa Lei coincide com o ano-calendário, ou seja, do dia 1º de janeiro ao dia 31 de dezembro.

As Leis orçamentárias são apreciadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, além de passar pelo crivo de uma comissão mista.

O artigo 48 da Lei de Responsabilidade Fiscal aduz que, como transparência da gestão fiscal, deverá ser de ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos: os planos, orçamentos e Leis de Diretrizes Orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal e as versões simplificadas desses documentos.

Segundo o parágrafo único deste mesmo artigo, assegura que a transparência será assegurada também mediante:

- I – incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos;
- II – liberação ao pleno conhecimento e acompanhamento da sociedade, em tempo real, de informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, em meios eletrônicos de acesso público;
- III – adoção de sistema integrado de administração financeira e controle, que atenda a padrão mínimo de qualidade estabelecido pelo Poder Executivo da União e ao disposto no art. 48-A.

Há, também, a Lei nº 10.527, de 10 de julho de 2001, conhecida como Estatuto das Cidades que, em seu artigo 43, estabeleceu a gestão orçamentária participativa. Esse instrumento legal assegura a realização de debates, consultas e audiências públicas como condição para aprovação pela Câmara Municipal dos projetos de lei versando

sobre o orçamento plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamento anual (HARADA, 2016, p. 117).

Esses mecanismos de participação popular têm papel de pleno exercício da cidadania.

Outro mecanismo existente para realização do controle dos governantes dá-se pela recente Lei da Transparência (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011). Essa lei visa “garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal”, conforme previsto no artigo 1º.

Esse mecanismo tem como escopo potencializar a publicidade do ato administrativo.

Na mesma linha de pensamento, há outros instrumentos legais interessantes para controlar e penalizar o mau governante, inclusive com a perda do cargo, restrição dos seus direitos políticos, indenização e até prisão. São exemplos: Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), Lei nº 8.666/1993, entre outras tantas.

Veja que existem vários mecanismos legais de controle da Administração Pública¹, além de um sem número de ferramentas a disposição de toda uma coletividade de pessoas para controlar e vedar o mau uso do dinheiro público.

Contudo, mesmo com todo esse arcabouço, diversos casos de desvios, corrupção, supervalorização em licitações, “caixa dois”, compra de votos, entre outras medidas graves e ilícitas, que diuturnamente são veiculadas na imprensa, nas redes sociais e atentam frontalmente contra o Estado Democrático de Direito, contra a Constituição Federal e geram nefastas consequências jurídicas, econômicas e sociais.

¹ Segundo Christiane Assis e Adriana Silva (2017, p. 11) “Na Constituição da República de 1988 existem mecanismos de controle da atuação do Estado que são próprios dele, ou seja, são mecanismos de controle interno. Entretanto, cada vez mais faz-se necessário reforçar o controle externo, que recebe o nome de ‘controle popular’ ou ‘controle social’ e que é realizado independentemente do Estado”.

Obviamente que com o amadurecimento da democracia brasileira, com o fortalecimento das instituições, o maior acesso à informação por parte dos cidadãos, a melhoria dos serviços de comunicação, maior amplitude dos meios de imprensa, entre outros fatores, tem melhorado esse quadro.

Nesse contexto, atos que no passado ficariam escondidos, atualmente vêm à tona e são investigados e os maus gestores foram e/ou estão sendo responsabilizados, em todas as searas. Um exemplo bastante atual dessa mudança de paradigma é a famosa “Operação Lava Jato”, iniciada em idos de 2014, no Estado do Paraná, região sul do país, que tem como escopo avaliar esquema de corrupção dentro da Petrobrás, envolvendo vários políticos, partidos e as maiores empreiteiras do país. Além dessa operação, outras investigações criminais de grande expressão estão sendo realizadas, fruto do fortalecimento das instituições investigativas do país.

Porém, ainda assim, por uma série de fatores, grandes e graves problemas permanecem acontecendo. O Brasil é um país muito grande e com diversas desigualdades regionais. Por isso, há muitas dificuldades ainda, mesmo com toda essa gama de importantes leis, desvios e abusos que seguem sendo cometidos e os recursos arrecadados continuam não chegando a quem realmente necessita, o que impacta na qualidade dos serviços públicos e na diminuição dos problemas sociais.

Nestes termos, como exposto no tópico acima, necessário se faz um fortalecimento das instituições, das leis e uma participação popular mais ativa, devendo os governantes serem compelidos a ter mais transparência na gestão do dinheiro público.

4 A ACCOUNTABILITY E A GOVERNAMENTALIDADE

A relação entre governantes e governados teve uma grande modificação na forma de ser de uns séculos para cá. Anteriormente, o soberano era detentor do poder absoluto sobre seus súditos. Hodiernamente, passaram a responder por seus atos perante o povo que os elegeu e perante todo um arcabouço jurídico, político e social existente. Assim, o dirigente tem o poder-dever de desempenhar o poder pelo povo e para o povo.

Por essa razão, as responsabilidades para o bom desempenho das funções do Estado passam a ser decorrentes de uma participação conjunta entre o povo e os governantes. Assim, cabe a todos zelar pelo andamento das instituições, realizando acompanhamento próximo de tudo que for feito pelo governante.

O governante, por sua vez, tem o papel de fazer o uso do dinheiro público com o máximo zelo possível, além de realizar a prestação de contas de suas atitudes, como bom homem público, que usa do dinheiro com probidade.

Como visto acima, há vários mecanismos legais para que essa integração entre povo e governante seja perfectibilizada. Porém, problemas de ordem prática acontecem e, com isso, necessário se faz a utilização de métodos cada vez mais eficazes de controle do exercício do poder dos governantes.

A *accountability* decorre de um termo em inglês que não possui uma tradução literal. O mais próximo seria traduzir para o termo “prestação de contas”.

Nesse sentido, Samuel Paul (1991) *apud* Erivelton Araújo Graciliano, José Cláudio Moreira Filho, Alessandro de Paiva Nunes, Fernando César de Melo Pontes e Fabrício Felício Zampa (2010, p. 46) afirmam que

[...] *accountability* significa manter indivíduos e organizações passíveis de serem responsabilizados pelo seu desempenho. *Accountability* pública se refere ao conjunto de abordagens, mecanismos e práticas usados pelos atores interessados em garantir um nível e um tipo desejados de desempenho dos serviços públicos.

Porém, esse termo não é tão simples assim, ou seja, não é meramente uma prestação de contas. Já que “esta depende de várias dimensões políticas, entre as quais a qualidade das instituições públicas quanto à intermediação de interesses, a existência de mecanismos de responsabilização dos políticos e burocratas perante a sociedade [...]” (GRACILIANO; MOREIRA FILHO; NUNES; PONTES; ZAMPA, 2017, p. 47).

A figura da *accountability* implica não apenas responsabilização do governante, mas também a capacidade de o agente fiscalizador demandar justificção do governante pelos seus atos ou omissões. Segundo Odisséia Fontana e Orides Mezzaroba (2014, p. 64-65):

A aplicabilidade da *accountability* é uma maneira de exercer a democracia, bem como, é uma forma da sociedade civil controlar, monitorar as ações dos governantes e também as ações do Poder Judiciário, como visto neste trabalho. Os cidadãos passam a ter uma participação política ampliada, desempenhando um papel fundamental através de reivindicações, no processo da tomada de decisões, acompanhamento e execução destas e exigindo responsabilização pela não realização das demandas, ou por atos praticados de forma equivocada.

Para Masayuki Nakagawa e José Maria Dias Filho (2001, p. 48) é a “obrigação de se prestar contas dos resultados obtidos em função das responsabilidades que decorrem de uma delegação de poder”.

Pelo termo *accountability* existem várias acepções, como a existência de uma efetiva democracia, que propicie o incremento de uma cidadania participante (PLATT NETO, 2005, p. 153).

Para Anna Maria Campos (1990, p. 135):

[...] o exercício de *accountability* é determinado pela qualidade das relações entre governo e cidadão, entre burocracia e clientelas. O comportamento (responsável ou não-responsável) dos servidores públicos é consequência [sic] das atitudes e comportamento das próprias clientelas.

E a *accountability* tende a acompanhar o avanço de valores democráticos, tais como igualdade, dignidade humana, participação, representatividade. A inevitável necessidade de criação e estruturação de bases burocráticas para o atendimento das responsabilidades do Estado carrega a necessidade de proteção dos direitos do cidadão

contra os usos (e abusos) do poder pelo governo, ou quem exerce a função pública (MATTEI, 2012, p. 2492).

Numa linha mestra, a *accountability* se realiza também dentro do processo eleitoral, com o cidadão exercendo o seu poder para votar nos seus governantes. Contudo, pode se realizar durante a atuação dos agentes e das organizações públicas. E ocorre não só baseado nas diferentes instâncias de controle no interior da estrutura do estado, como visto acima, mas também mediante o controle exercido pela imprensa, pelas organizações e associações da sociedade civil, além dos próprios cidadãos, cujas ações, de alguma forma, resultem algum tipo de constrangimento ou sanção (ROCHA, 2011).

Para Arlindo Carvalho Rocha (2011, p. 86), a *accountability* pode ser entendida, ainda, como “um processo de avaliação e responsabilização permanente dos agentes públicos, que abrange tanto os eleitos quanto os nomeados e os de carreira, em razão do múnus público que lhes é delegado pela sociedade”.

Portanto, a *accountability* se realizará “[...] quando qualquer ação, independente da sua origem, venha a representar alguma forma de sanção, seja ela legal ou moral, e que se reflita em constrangimento ou embaraço efetivo à atividade do agente público” (ROCHA, 2008, p. 4).

A maior crítica que se faz ao modelo atual e tradicional de fiscalização dos gastos públicos é que os seus controles estão focados nos recursos e não nos resultados. Uma nova gestão, eficiente e concreta, deve focar-se em controlar os processos de realização dos gastos públicos. Além do mais, deve haver uma mudança no tratamento entre governante-administrado e vice-versa. É necessário reconceituar o cidadão como cliente e a ênfase da atuação estatal deve se focar em atender as preferências dos clientes, oferecendo as demandas necessárias (ROCHA, 2011).

É a mudança da visão pública para uma visão mais privada da *Accountability*. Assim, com essa nova visão, todos os instrumentos legais têm a sua importância, mas uma interação com o Mercado, buscando melhores resultados para o desempenho da função pública.

É um fortalecimento da discricionariedade, mas um aumento das responsabilidades, uma vez que não vai o Administrador ficar preso somente às leis orçamentárias, mas terá que gerir os recursos públicos em busca de um resultado mais satisfatório.

Exatamente sob essa ótica que o governante passa a responder pelo sucesso ou insucesso de sua empreitada, conforme chama atenção Rocha (2011).

A despeito de críticas acerca dessa nova forma de interpretar a gestão pública é necessária uma reflexão, uma vez que não adianta analisar apenas números e aplicação dos recursos públicos, pois o que se deve ter claro é a satisfação das necessidades da população. Dentro da discricionariedade da Administração Pública, várias situações estranhas acontecem no dia a dia. Às vezes o governante deixa de fazer uma obra importante para fazer outra menos importante, sob o fundamento da aplicação da discricionariedade. Legalmente ele cumpriu com o seu papel, mas será que atendeu ao princípio da eficiência?

Há que se ter uma nova visão da Administração Pública, como elucida Denhardt (2007), *apud* Arlindo Carvalho Rocha (2011, p. 92):

[...] a administração pública é caracterizada por uma nova postura frente aos seus desafios: a) servir aos cidadãos, não aos consumidores; b) buscar o interesse público; c) dar mais valor à cidadania do que ao empreendedorismo; d) pensar estrategicamente e agir democraticamente; e) reconhecer que a accountability não é simples; f) servir ao invés de dirigir [ou controlar]; e g) valorizar as pessoas e não somente a produtividade.

Além de ter essa nova visão acerca da Administração, mister ter uma nova forma de vislumbrar o servidor público, conforme elucida Arlindo Carvalho Rocha (2011, p. 92):

Essa nova visão da administração pública coloca o servidor público diante de novas exigências e expectativas de atuação. Essas novas exigências e expectativas, que se poderia denominar de “dever”, consubstanciam-se em: servir aos cidadãos e valorizar as pessoas, agir eticamente, buscar o interesse público e defender os princípios democráticos.

Veja, portanto, que a *accountability* é uma forma de participação popular indicado para uma democracia mais avançada, ou seja, decorre de um amadurecimento das pessoas que vivem naquele ambiente, por meio da busca de uma participação popular mais efetiva junto à Administração Pública. Desta feita, para se aplicar na essência essa ideia, pressupõe uma população com um grau maior de educação formal.

Fazendo um *link* entre o estudo feito acima por Michel Foucault e Antonio Negri, é possível relacionar a biopolítica como possibilidade de emancipação na *accountability*.

Isso, pois, como dito alhures, a biopolítica ocorre quando a vida interfere no poder. É exatamente o que se busca com a *accountability*, uma vez que as posturas populares irão frontalmente interferir no biopoder.

A postura dos cidadãos, ao tomarem medidas, interferem na conduta dos governantes e, conseqüentemente, alteram a forma de exercício do poder. E isso, como já exposto, independe de lei, haja vista que pelo círculo de poderes, o exercício do poder é feito por dispositivos de segurança, que não necessariamente somente pela lei.

Os mecanismos de aplicação da *accountability* vão além das sanções já existentes, devendo o governante se sentir em uma situação de sempre estar monitorado pela população que aplicará as sanções sociais ao governante que não for transparente na sua atuação.

É necessária a criação de uma nova forma de pensar a governamentalidade, buscando o atingimento de novas metas de eficiência e publicidade, não ficando o governante apenas limitado àquilo que já está posto, uma vez que os Administrados não estão mais satisfeitos em serem meros pagadores de tributos e não tendo nenhum retorno do Estado.

Os mecanismos tradicionais de controle não mais são eficazes para controlar a política. A resistência social, exercida pela biopolítica, tem se mostrado mecanismo mais eficaz, muitas vezes, do que os instrumentos legais. Assim, a *accountability* se mostra um instituto que deve ser amadurecido como forma de mecanismo de controle dos

gastos públicos, fazendo com que a participação popular em questões sensíveis do Estado aconteça cada vez mais, em quantidade e qualidade.

Não se faz necessário grandes mudanças legislativas, haja vista já existirem mecanismos legais para essa participação. Contudo, o que se deve ter é uma melhoria na divulgação e nos níveis de educação da população, criando um ambiente de inserção social de todos, para que a população se sinta parte integrante da engrenagem das questões mais salutares do Estado, maximizando a aplicação dos recursos financeiros e, com isso, gerando um efeito positivo e multiplicador, em que o Brasil terá melhores políticos, cidadãos e, assim, mais eficiência com o gasto público.

5 CONCLUSÃO

Houve grande mudança na forma de governar do século XVI para os tempos atuais. O poder era centralizado e focado no império da lei. Do século XVIII para cá essa metodologia foi se alterando, passando o poder a se descentralizar, buscando outros meios de ser exercido, que não na força e na perpetuação do poder.

Com viés nessa forma de governo atual, a lei não é mais o instrumento principal do governante, uma vez que para poder agir são utilizados mecanismos de exercício do poder, que são dispositivos de segurança, entre os quais está a lei.

Essa nova forma de poder é chamada por Michel Foucault de biopoder. A biopolítica é assim chamada, pois, afasta a ideia do governo de um indivíduo, para o governo da população, ou seja, o conjunto dos indivíduos. Assim, a biopolítica é a forma como o poder se transforma, a partir da resistência popular.

A Administração Pública é exercida com obediência a uma série de regramentos legais, dispostos pela Constituição Federal e outras

leis especiais. Deve obediência aos princípios constitucionais administrativos, em especial, da supremacia do interesse público, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Além disso, a Administração Pública deve respeito aos deveres de agir, juridicidade, probidade, eficiência e prestação de contas, como forma de melhor aprimorar a utilização dos recursos públicos e nas tomadas de decisões.

Os controles administrativos são de várias ordens, podendo ser interno, externo, pela imprensa, por qualquer do povo. O controle vai desde a eleição do pretense governante, até após o término do seu mandato.

Um dos principais mecanismos de controle é o orçamento público, por meio das várias leis orçamentárias, em especial, Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual.

Um avanço interessante do tema orçamento público é a possibilidade de participação popular para aprovação do orçamento dos órgãos públicos da Administração Direta.

Além disso, temos a Lei da Transparência, Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), Lei nº 8.666/1993, entre outras, todas com o objetivo de controlar a atividade administrativa.

Contudo, ainda que existam todas essas ferramentas à disposição, muitos desvios, irregularidades, crimes acontecem, envolvendo o exercício do poder.

Assim, o papel dos cidadãos passa a ser de suma importância para o controle das condutas do governante. Para uma melhor eficiência do uso do dinheiro público, como corolário do perfil democrático, foi criada uma nova forma de controle externo que é a *accountability*.

Se traduzido *ipsis litteris*, o termo significa prestação de contas. Porém, não é algo tão simples, pois é um novo modo de mecanismos e

práticas usado para garantir um nível e um tipo desejado de desempenho dos serviços públicos.

É uma nova forma de participação popular diante do exercício do poder por parte dos governantes, gerando novas maneiras de responsabilização/sanção do gestor público.

Essa nova forma de pensar a prestação de contas gera um incremento no exercício da democracia. Essa nova metodologia agrega a necessidade de proteção dos direitos do cidadão contra os usos e/ou abusos do poder pelo governo, ou quem exerce o múnus público.

No modelo atual e tradicional de controle dos gastos públicos o foco está nos recursos e não nos resultados. Uma nova gestão, que seja mais eficiente e concreta, deve estar focada em controlar os processos de realização dos gastos públicos.

Até mesmo a forma de se pensar no servidor público encampa a ideia da *accountability*.

Obviamente que essa nova forma de gerir os recursos vai além de incremento da participação popular e da democracia, pois é uma mudança de paradigma, em especial, na educação como um todo, haja vista que para a participação popular ser efetiva, necessário se faz a melhoria na educação, mostrando a todos que o Estado nada mais é do que a junção de força de todos.

Assim, a *accountability* tem relação direta com a biopolítica, ou melhor, há a possibilidade de emancipação da biopolítica na *accountability*, tendo em vista que é a resistência popular que irá refletir frontalmente no biopoder.

Com isso, a *accountability* é uma nova forma de governamentalidade.

Data de Submissão: 03/08/2018

Data de Aprovação: 06/09/2018

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Leonardo Silva Maximiniano dos Santos

REFERÊNCIAS

ASSIS, Christiane Costa; SILVA, Adriana Campos. Controle Social e Responsabilidade Estatal. **Prim@ Facie**, João Pessoa: PPGCJ, v. 16, n. 33, p. 1-22, set./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/35721/18710>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Financeiro e de Direito Tributário**. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 4.320**, de 17 de mar. de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.429**, de 2 de jun. de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração

pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8429.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 8.666**, de 21 de jun. de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 10.527**, de 10 de jul. de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.527**, de 18 de nov. de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.846**, de 1 de ago. de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.242**, de 30 de dez. de 2015. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2016 e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13242.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101**, de 4 de maio de 2000.

Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>.

Acesso em: 10 jan. 2018.

CAMPOS, Anna Maria. Accountability: quando poderemos traduzi-la para o português? **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 24, n. 2, p. 130-150, 1990.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/9049/8182>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

CANDIOTTO, Cesar. A governamentalidade política no pensamento de Foucault. **Filosofia Unisinos**, v. 11, n. 1, p.33-43, jan./abr. 2010.

Disponível em:

<www.revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/4632/1856>. Acesso em: 10 jul. 2018.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FONTANA, Odisséia Aparecida Paludo; MEZZARROBA, Orides. A aplicação da accountability nos atos e atribuições do Conselho Nacional de Justiça. In: Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça; Gisela Maria Bester; Luiz Henrique Cademartori. (Org.). **Direito e administração pública II**. Florianópolis: CONPEDI, 2014, v. II, p. 47-68. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2f4e2fe0d640b5ec>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

FOUCAULT, Michel. A governamentalidade. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro, Graal, 1979. p. 277-293. (trad. da transcrição não autorizada de uma lição proferida no Collège de France em 1 de fevereiro de 1978).

FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GRABOIS, Pedro Fornaciari. Transformar o poder: um estudo sobre a questão da biopolítica em Foucault e Negri. **Ensaios Filosóficos**, Rio de Janeiro, v. VIII, p. 122-138, dez. 2013. Disponível em:

<http://www.ensaiosfilosoficos.com.br/Artigos/Artigo8/00_Revista_Ensaios_Filosoficos_Volume_VIII.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2018.

GRACILIANO, Erivelton Araújo. MOREIRA FILHO, José Cláudio. NUNES, Alessandro de Paiva. PONTES, Fernando César de Melo. ZAMPA, Fabrício Felício. Accountability na Administração Pública Federal: Contribuição das Auditorias Operacionais do TCU. **Revista**

Pensar Contábil, Rio de Janeiro, v. 12, n. 47, p. 43-51, 2010.
Disponível em: <<http://www.atena.org.br/revista/ojs-2.2.3-08/index.php/pensarcontabil/article/viewFile/750/743>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 25. ed. Saraiva: São Paulo, 2016.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução Antonio Caruccio-Caporale. São Paulo; Porto Alegre: L&PM Editores, 2011.

MATTEI, Rejane Esther Vieira. Transparência governamental e accountability na administração pública: análise sobre as contas públicas do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC). **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 7, n. 3, p. 2489-2517, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/download/5594/2998>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

NAKAGAWA, Masayuki. DIAS FILHO, José Maria. Análise do processo da comunicação contábil: uma contribuição para a solução de problemas semânticos, utilizando conceitos da teoria da comunicação. **Revista Contabilidade & Finanças FIPECAFI - FEA - USP**, São Paulo, FIPECAFI, v.15, n. 26, p. 42-57, maio/ago. 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rcf/v12n26/v12n26a03.pdf>>. Acesso em 09 jun. 2018.

NEGRI, Antonio. El trabajo de la multitud y el tejido biopolítico. In: NEGRI, Antonio. **La fábrica de porcelana: una nueva gramática de la política**. Taller n° 2. Barcelona: Paidós, 2006. p. 37-57.

PLATT NETO, Orion Augusto. **Construção de um modelo para avaliação da transparência da gestão da dívida pública municipal com vistas a favorecer o controle social**. 2005. 348 f. Tese (Doutorado em Engenharia de Produção) – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, Florianópolis 2005. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/102063/PEPS4807-T.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 12 jul. 2018.

ROCHA, Arlindo Carvalho. Accountability na Administração Pública: Modelos Teóricos e Abordagens. **Contabilidade, Gestão e Governança**, Brasília, v. 14, n. 2, p. 82-97, maio/ago. 2011.

A Biopolítica E A Accountability: Uma Nova Forma De...

Disponível em: <https://cgg-amg.unb.br/index.php/contabil/article/viewFile/314/pdf_162>.
Acesso em: 09 jun. 2018.

ROCHA, Arlindo Carvalho. O Processo Orçamentário Brasileiro como Instrumento de Accountability. In: EnAPG, 2008, Salvador. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD. Disponível em <<http://www.betatreinamento.com.br/visita/O%20POB.pdf>>.
Acesso em 12 jun. 2018.

SERVA, Fernanda Mesquita; DIAS, Jefferson Aparecido. Responsabilidade social nas instituições de ensino superior: entre o biopoder e a biopolítica. **Revista Argumentum**, Marília, v. 17, p. 413-433, jan./dez. 2016. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/319/64>>. Acesso em: 28 jul. 2018.

TORRES, Ricardo Lobo. **O Orçamento na Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Biopolitics And Accountability: A New Form Of Governmentality

Lucas Pires Maciel

Valter Moura do Carmo

Abstract: This article aims at studying biopolitics and the institute of accountability, as a way of implementing a new form of governmentality. We begin by arguing about a new form of governmentality, that replaced the old sovereignty of the ruler by the rule of law, strengthening the decentralized power through circles of power and taking into account the security devices of which law is a type. In addition, the notions of biopower and biopolitics are discussed. Subsequently, we draw on the different forms of control of the Public Administration, internal, external, by the press and the citizen. For the elaboration of this article we used the deductive method and bibliographical sources. We show that the budget is a form of control of the acts of the ruler, and that in recent years the citizen action in the accomplishment of the public budget is gaining strength. In addition, this paper draws on the notion of accountability, defined as a form of control and democratic participation able to influence the way public administration manages public resources.

Keywords: Public Administration. Democracy. Governmentality. Accountability.

Frustração ou Fraude à Licitação: Aspectos Penais e de Improbidade Administrativa

José Antonio Remedio

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da UNIMEP e Professor de Graduação em Direito da UNASP. E-mail: jaremedio@yahoo.com.br

Luiz Felipe Gomes de Macedo Maganin

Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. E-mail: maganin@staadvogados.com.br

Resumo: A pesquisa tem por objetivo geral dispor sobre fraude à licitação e improbidade administrativa. Como objetivo específico, busca a pesquisa analisar as consequências político-administrativas e penais decorrentes dos atos que importem na frustração ou fraude da licitude de processo licitatório, com ênfase ao elemento subjetivo do ato de improbidade previsto no inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.249/92 e do crime de licitação contemplado no artigo 90 da Lei 8.666/93. O método adotado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. A regra básica para a contratação de terceiras pessoas pela Administração Pública para a execução de obras, serviços, compras e alienações é a obrigatoriedade de realização de prévio procedimento licitatório, no qual sejam respeitadas a isonomia entre os participantes e a lisura do certame. Embora a frustração ou a fraude ao caráter competitivo da licitação ostente consequências tanto na seara político-administrativa quanto na criminal, tem-se que não há correlação direta entre os atos de improbidade lesivos ao erário e o crime de frustração ou fraude à licitação. Tem-se, também, que a incidência cumulativa nas esferas político-administrativa e penal está restrita ao caso em que o ato ilícito esteja revestido pelo elemento subjetivo dolo e desde que exista prejuízo concreto ao erário nas duas hipóteses.

Palavras-chave: Fraude à Licitação. Frustração à Licitação. Improbidade Administrativa. Licitação Fraudulenta. Elemento Subjetivo.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Frustração ou Fraude à Licitação: Aspectos Penais e de Improbidade Administrativa

José Antonio Remedio

Luiz Felipe Gomes de Macedo Maganin

1 INTRODUÇÃO

O Estado moderno identifica-se como uma das mais complexas formas de sociedade criadas pelo homem, havendo, inclusive, grande divergência doutrinária a respeito de suas notas características e de seus elementos essenciais (REMEDIO, 2018, p. 51).

A figura do Estado-Administração, com suas entidades, órgãos e agentes públicos, surge para executar e fiscalizar, direta ou indiretamente, “as atividades destinadas a satisfazer as necessidades coletivas essenciais, como a segurança pública e as comunicações, bem como as necessidades coletivas instrumentais, a exemplo do fornecimento de água, energia elétrica e outras” (PRADO; CASTRO, 2015).

Objetivando a consecução de suas atividades e funções, em particular em relação à prestação de serviços públicos, ciente de sua insuficiência para atender direta e plenamente todas as demandas que lhe são afetas, a Administração também se utiliza da contratação de terceiras pessoas para sua execução ou realização (REMEDIO, 2018, p. 385).

A regra básica para a contratação de terceiras pessoas pela Administração Pública, para a realização de obras, serviços, compras e alienações, é a realização de prévio procedimento licitatório, conforme preconizado no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. No âmbito infraconstitucional, a licitação e os contratos administrativos são regidos em suas linhas básicas pela Lei Federal 8.666/93, conhecida como Lei Geral de Licitações, editada pela União, com base no art. 22, inciso XXVII da Lei Maior.

Na perspectiva da supremacia do interesse público sobre o privado e da prestação de serviços públicos essenciais à comunidade, “as atividades de gestão pública estão vulneráveis a intervenções que às vezes não atendem às necessidades coletivas, mas também acabam por transformar o aparato estatal em instrumento para satisfação de interesses privados”, de forma que o interesse público que permeia as atividades da Administração Pública termina sendo relegado a um plano meramente simbólico (PRADO; CASTRO, 2015).

No âmbito público, o conceito de corrupção designa a apropriação de recursos públicos ou desvirtuamento de regras regentes do Estado. Trata-se de um desvio funcional. Afirmar que um indivíduo praticou corrupção significa dizer que sua conduta se desviou dos valores esperados e previstos no ordenamento jurídico para o exercício da função pública (SIMÃO, 2017, p. 39).

Os casos de corrupção ou improbidade administrativa são bastante amplos e diversificados no Brasil, envolvendo inúmeras pessoas e valores expressivos, muitos dos casos, inclusive, relacionados às licitações e contratações públicas.

Exemplificando, conforme divulgado por Débora Brito (2016), em balanço divulgado em dezembro de 2016, relativo à operação conhecida como Lava Jato, constatou-se que: foram iniciadas 17 investigações criminais e apresentadas 20 denúncias por crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa; aproximadamente R\$500 milhões foram devolvidos à Petrobrás desde o início da operação; o valor das propinas pagas ultrapassa R\$6,4 bilhões; o total dos prejuízos poderá ultrapassara

casa de R\$40 bilhões; houve 120 condenações criminais; na totalidade, mais de 1.200 anos de pena foram aplicados aos infratores na esfera criminal.

Assim, em se tratando de disfunções ocasionadas por desvios, privilégios e vantagens de qualquer natureza obtidas por agentes públicos ou terceiras pessoas em detrimento da Administração Pública, passa a incidir como consequência legal o aparato estatal sancionador.

A pesquisa tem por objetivo geral dispor sobre fraude à licitação e improbidade administrativa. Como objetivo específico, a pesquisa busca analisar as consequências político-administrativas e penais decorrentes de atos ilícitos que importem na frustração ou fraude do caráter competitivo dos procedimentos licitatórios, com enfoque no elemento subjetivo caracterizador do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário previsto no inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.249/92 e do crime de frustração ou fraude de licitação contemplado no artigo 90 da Lei 8.666/93.

Quanto à estrutura, inicialmente serão abordados aspectos gerais da improbidade administrativa na esfera político-administrativa, como seu conceito e fundamento. A seguir serão analisados os atos de improbidade administrativa lesivos ao erário, com ênfase aos atos que acarretam frustração ao processo licitatório previstos no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92. Em seguida serão enfocadas, sob a ótica penal, questões afetas ao crime de frustração ou fraude à licitação previsto no art. 90 da Lei 8.666/93. Por fim, será analisada a inter-relação existente entre a improbidade administrativa e o crime de licitação previstos respectivamente no inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa e art. 90 da Lei de Licitações, com especial ênfase ao elemento subjetivo das respectivas condutas.

O método adotado é o dedutivo, partindo-se de argumentos gerais, tidos como verdadeiros, para argumentos particulares, chegando-se assim às conclusões lógicas e formais. A base da pesquisa é a legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que, embora a frustração ou a fraude ao caráter competitivo da licitação ostente consequências tanto na seara político-administrativa quanto na esfera penal, não há uma correlação direta entre os atos ímprobos lesivos ao erário previstos no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 e os crimes licitatórios contemplados no art. 90 da Lei 8.666/93, havendo incidência cumulativa das esferas político-administrativa e penal apenas na hipótese em que o ato ilícito esteja revestido pelo elemento subjetivo dolo, e desde que, no caso, exista prejuízo efetivo e concreto ao erário.

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E FRUSTRAÇÃO DO PROCESSO LICITATÓRIO

A improbidade administrativa, enquanto infração político-administrativa, não possui conceito e contornos totalmente definidos, assim como seus fundamentos são extraídos de diversos âmbitos do Direito. A frustração do processo licitatório, desde que praticada dolosamente e acarrete prejuízo ao erário, insere-se como espécie de improbidade administrativa prevista expressamente no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92.

2.1. CONCEITO E FUNDAMENTO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A improbidade administrativa, embora não possua conceito legal prévia e totalmente definido, em linhas gerais está relacionada à imoralidade administrativa, à desonestidade, à má-gestão da coisa pública.

O Estado Brasileiro tanto busca resguardar o patrimônio público relativamente aos agentes estatais que desrespeitam suas

funções em benefício próprio ou alheio dissociado do interesse público, como não admite que sejam extirpados “direitos previstos constitucionalmente em prol dos administrados sem que sejam observadas todas as exigências preconizadas em lei para tanto”, sob pena de se ultrapassar a linha da ética e moral protegidas pela probidade administrativa e pela razoabilidade (VEDOVATO; TELLES, 2017, p. 289-290).

A moralidade administrativa, enquanto princípio de obediência obrigatória pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, constitui pressuposto de validade de todo e qualquer ato administrativo, nos termos do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Maurice Hauriou (1926, p. 197), um dos pioneiros a definir a moralidade administrativa, não a vincula à moral comum, mas sim, à moral jurídica, entendida como “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interna da Administração”.

O princípio da moralidade é de difícil tradução verbal, “talvez porque seja impossível enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública” (MEDAUAR, 2015, p. 152).

Trata-se de princípio que exige a honestidade, lealdade, boa-fé no exercício da função administrativa, ou seja, a atuação não corrupta dos gestores públicos, ao tratar com a coisa de titularidade do Estado. Esta norma estabelece a obrigatoriedade de observância a padrões éticos de conduta, para que se assegure o exercício da função pública de forma a atender às necessidades coletivas (CARVALHO, 2017, p. 73).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988, além de elencar a moralidade como um dos princípios da Administração Pública, também apresenta instrumentos para sancionar ou penalizar sua inobservância.

A probidade, que há de caracterizar “a conduta e os atos das autoridades e agentes públicos, aparecendo como dever, decorre do

princípio da moralidade administrativa”, equivalendo na linguagem comum à honestidade, honradez, integridade de caráter, retidão (MEDAUAR, 2015, p. 153).

O termo ímprobo deriva do latim *probus* e designa a pessoa devassa, desonesta ou corrupta. Em relação especificamente à esfera pública, é muito provável a presença de atributos negativos na condução dos negócios administrativos, caracterizando a improbidade como administrativa (SIMÃO, 2017, p. 49).

A prática de atos imorais, enquanto improbidade administrativa, acarreta ao responsável a aplicação de diversas sanções, como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública. Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 37 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Com a finalidade de regular o § 4º do art. 37 da Carta Política de 1988, foi editada a Lei 8.429/92, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, inaugurando de forma não exaustiva um rol de atos de improbidade administrativa, bem como cominando e mensurando as respectivas sanções.

A Lei de Improbidade Administrativa, além de trazer em seu bojo as sanções aplicáveis aos agentes públicos ímprobos, categoriza os atos de improbidade administrativa, em rol meramente exemplificativo, em quatro grupos distintos: atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); e atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

Na ontologia jurídica a improbidade administrativa é um fato jurídico, e como tal reclama uma conduta humana positiva ou negativa, de efeitos jurídicos involuntários. Inserta na categoria das ilicitudes, sua prática, quando detectada, acarreta para seu autor sanções civis, administrativas e quase sempre criminais, posto tratar-

se de ilícito pluri-objetivo, quer dizer, agride de uma só vez diversos bens jurídicos tutelados pelo Direito Privado, pelo Direito Público e, dentro deste, pelo Direito Penal (PAZZAGLINI FILHO, ROSA; FAZZIO JÚNIOR, 1999, p. 40).

Desta forma, como requisito para a configuração de um ato de improbidade administrativa tem-se a necessidade da presença de um ato ilícito ou vedado pelo ordenamento jurídico. Em Direito Público, o princípio da legalidade ganha contornos próprios, apenas autorizando os agentes públicos a agirem segundo a lei (SIMÃO, 2017, p. 90). Entretanto, não basta que o ato se afigure meramente ilegal, devendo estar revestido de imoralidade ou desonestidade para caracterizar um ato de improbidade administrativa, ou seja, que se destinem a um desvio de finalidade ou abuso de poder.

Nos casos de corrupção, como são os atos de improbidade administrativa, a conduta do agente é dirigida a causar um resultado ilícito (enriquecimento ilícito; prejuízo ao erário; concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário; ou violação de princípios administrativos). O agente público não realiza um ato que lhe renda uma vantagem indevida, em benefício próprio ou de terceiros, acreditando ser ele lícito. Em outras palavras, se o agente público pratica um ato com a finalidade de beneficiar terceiro, assumindo com previsão o resultado, eis que afastada está a culpa (SIMÃO, 2017, p. 87). Por esta razão, apenas excepcionalmente se admite a punição do ato de improbidade administrativa com fundamento na culpa, e isso ocorre apenas nas hipóteses de prejuízo ao erário previstas no art. 10 da Lei 8.429/92, com a ressalva de que deve estar caracterizada a chamada culpa grave.

2.2. ATOS LESIVOS AO ERÁRIO: ATOS QUE ACARRETAM FRUSTRAÇÃO DA LICITUDE DO PROCESSO LICITATÓRIO

O foco da pesquisa está restrito à frustração da licitude de processo licitatório prevista no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 e no crime de frustração ou fraude à licitação contemplado no art. 90 da Lei 8.666/93, sendo imprescindível, assim, analisar a questão relativa ao prejuízo ao erário que implique em responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa.

A Seção II da Lei 8.429/92, na qual se insere o artigo 10, inciso VIII, em rol não exaustivo, mas meramente exemplificativo, trata dos atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário.

Nesse contexto, o Erário é a parcela do patrimônio público de conteúdo econômico-financeiro. Enquanto o conceito de patrimônio público é mais abrangente, pois compreende o complexo de bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, o Erário, como parte integrante do patrimônio público, limita-se aos bens e direitos de valor econômico, ou seja, aos recursos financeiros do Estado, ao Tesouro Público (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 62).

As hipóteses previstas no art. 10 da Lei 8.429/92 exigem para a tipificação da improbidade administrativa os seguintes requisitos: conduta dolosa ou culposa do agente; conduta ilícita; existência de lesão ao erário ou perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres; não exigência de obtenção de vantagem patrimonial pelo agente; existência de nexo causal entre o exercício funcional e o prejuízo concreto gerado ao erário público (MORAES, 2002, p. 328-329).

No que se refere à conduta do agente, que pode ser comissiva ou omissiva, é imprescindível que esteja revestida de ilegalidade em sentido lato para ser possível a caracterização do ato de improbidade administrativa. Em outras palavras, a ação ou omissão funcional deve transgredir o conteúdo de uma norma por excesso de poder ou desvio de finalidade para que seja possível a responsabilização do agente por improbidade administrativa.

Com efeito, se o prejuízo ao erário for causado por conduta *secundum legem*, descabe falar em improbidade administrativa, nem

tampouco em mera responsabilidade civil, que também tem por antecedente necessário uma ação ou omissão ilegítima (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 63).

Corroborando referido entendimento, decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.065.588-SP (BRASIL, 2011) que:

(...) é razoável presumir vício de conduta do agente público que pratica um ato contrário ao que foi recomendado pelos órgãos técnicos, por pareceres jurídicos ou pelo Tribunal de Contas. Mas não é razoável que se reconheça ou presuma esse vício justamente na conduta oposta: de ter agido segundo aquelas manifestações, ou de não ter promovido a revisão de atos praticados como nelas recomendado, ainda mais se não há dúvida quanto à lisura dos pareceres ou à idoneidade de quem os prolatou.

Também é preciso haver nexos causal entre esta conduta ímproba e o prejuízo advindo ao erário, pois, caso contrário, não haverá plausibilidade jurídica na imputação de responsabilidade, nem mesmo na esfera da responsabilidade objetiva.

Ainda, a doutrina e a jurisprudência são dominantes no sentido de se afigurar necessário que o tesouro público tenha sofrido dano material concreto para a caracterização do ato de improbidade administrativa previsto no art. 10 da Lei 8.249/92, não havendo que se falar em prejuízo presumido ou mero dano moral para tanto.

Nesse sentido, de acordo com Pedro da Silva Dinamarco (2001, p. 291):

[...] em toda a disciplina da nulidade dos atos jurídicos em geral (privados ou públicos), o prejuízo concreto é que justifica a anulação (*pas de nulité sans grief*). Daí o motivo para só caber a invalidação do ato ou o pedido de ressarcimento quando algum efetivo prejuízo existir. Se o ato se realizou e não causou prejuízo algum, ou se prejuízo algum foi provado (o que traz o mesmo resultado prático, pois *quod non est in actis non est in mundo*), a proclamação de eventual nulidade ou a procedência do pleito ressarcitório não tem lugar.

O Superior Tribunal de Justiça também acolheu o entendimento no sentido de que é necessária a existência de efetivo prejuízo para a caracterização de ato de improbidade administrativa, conforme se infere do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.129.636-RO (BRASIL, 2013):

[...]

2. Este colendo Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, que nos atos de improbidade administrativa descritos no art. 10 da Lei 8.429/92, é indispensável a demonstração de efetivo dano ao erário. Precedentes: REsp 1.233.502/MG, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, DJe 23.08.2012; REsp 1.206.741, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 23.05.2012.

Contudo, embora não relacionado diretamente à hipótese de frustração da licitude de processo licitatório, objeto específico da presente pesquisa, necessário registrar a existência de posicionamento no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o simples fato de se dispensar licitação de forma ilícita por si só já representa prejuízo ao erário, independentemente da existência ou não de dano material.

Para a Corte, trata-se de hipótese de dano *in re ipsa*, ou seja, havendo dispensa ou inexigência ilegal de licitação, o prejuízo ao erário é presumido, independentemente de comprovação. Assim ao julgar questão relacionada à parte final do inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 (dispensa indevida do processo licitatório) no Recurso Especial n. 1.376.524-RJ, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que (BRASIL, 2014):

É cabível a aplicação da pena de ressarcimento ao erário nos casos de ato de improbidade administrativa consistente na dispensa ilegal de procedimento licitatório (art. 10, VIII, da Lei 8.429/1992) mediante fracionamento indevido do objeto licitado. De fato, conforme entendimento jurisprudencial do STJ, a existência de prejuízo ao erário é condição para determinar o ressarcimento ao erário, nos moldes do art. 21, I, da Lei 8.429/1992

(REsp 1.214.605-SP, Segunda Turma, DJe 13/6/2013; e REsp 1.038.777-SP, Primeira Turma, DJe 16/3/2011). No caso, não há como concluir pela inexistência do dano, pois o prejuízo ao erário é inerente (*in re ipsa*) à conduta ímproba, na medida em que o Poder Público deixa de contratar a melhor proposta, por condutas de administradores. Precedentes citados: REsp 1.280.321-MG, Segunda Turma, DJe 9/3/2012; e REsp 817.921-SP, Segunda Turma, DJe 6/12/2012.

Importante destacar que, mesmo que tenha ocorrido a hipótese prevista no inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa, caso o agente tenha obtido vantagem patrimonial com o desvio de finalidade ou abuso de poder, a conduta passará a ser enquadrada no tipo inculcado no art. 9º da Lei 8.429/92, que prevê sanções ou penalidades mais severas.

Ainda, por guardar pertinência com o tema central da pesquisa, cumpre analisar o elemento subjetivo intrínseco à conduta do agente para caracterização do ato de improbidade administrativa que importe em prejuízo ao erário.

Com efeito, ao contrário das hipóteses que caracterizam atos de improbidade administrativa previstas nos artigos 9º, 10-A e 11, que necessariamente exigem a presença do elemento subjetivo dolo para sua configuração, as hipóteses contempladas no art. 10 da Lei 8.429/92 admitem tanto a modalidade dolosa quanto a culposa.

Em linhas gerais, “age dolosamente aquele que, diretamente, quer a produção do resultado, bem como aquele que, mesmo não o desejando de forma direta, assume o risco de produzi-lo” (GRECO, 2016, p. 289).

A improbidade administrativa dolosa, lesiva ao erário, acontece quando o autor do ato ilícito catalogado como ato ímprobo está consciente da antijuridicidade de sua ação ou omissão funcional e do resultado danoso que dela sobrevirá (PAZZAGLINI FILHO, 2015, p. 64).

Em relação à improbidade administrativa culposa, admitida tão somente na hipótese do art. 10 da Lei de Improbidade

Administrativa, que também admite a modalidade dolosa, a questão afigura-se mais controversa.

Parcela da doutrina argumenta que a instituição legal da modalidade culposa da improbidade administrativa seria inconstitucional, uma vez que o aludido art. 10 da Lei 8.249/92 teria extrapolado os termos do art. 37, §4º, da Constituição Federal, para punir não apenas o agente desonesto, mas também o inábil (NEVES e OLIVEIRA, 2016, p. 85).

Nesse sentido, sustentam não ser possível enquadrar como improbidade administrativa um ato de agente público pelo simples fato de causar prejuízo ao erário, porquanto ato ímprobo não é sinônimo de ato danoso, até porque o agente público não realiza um ato que lhe renda uma vantagem indevida, em benefício próprio ou de terceiros, acreditando ser o ato lícito (SIMÃO, 2017, p. 88).

Ainda, conforme pontua Marcelo Figueiredo (2010, p. 96):

[...] em síntese, imaginemos dada omissão culposa (involuntária, portanto) do agente público causadora de pequena lesão ao erário. Para a lei, há ato de improbidade administrativa, e *tollitur quaestio*. Será crível afirmar-se que tal agente terá seus direitos políticos cassados por força de lei, perderá a função pública, terá seus bens indisponíveis etc. etc. etc. Parece que a conclusão do raciocínio aponta para o absurdo, indício de erro no percurso exegético. Enfim, é preciso abrandar o rigor legal, ou, por outra, amoldá-lo ao espírito constitucional.

Dessa forma, para a configuração da modalidade culposa da improbidade administrativa não basta a culpa simples, sendo necessária a culpa grave, caracterizada por expressiva e contundente inobservância do dever de cuidado objetivo pelo agente.

Referido entendimento prevalece na doutrina, ou seja, para que seja possível a responsabilização do agente nos termos do art. 10 da Lei n. 8.249/92 por ação ou omissão culposa que resulte em prejuízo ao Erário, é imprescindível que esta culpa seja classificada como grave. A culpa grave, modalidade que mais se avizinha do dolo, é aquela decorrente de uma violação mais profunda ao dever de

diligência que se exige do homem mediano (GONÇALVES, 2016, p. 491).

Na jurisprudência, da mesma forma, tem sido acolhida a tese da exigência de culpa grave para a caracterização da improbidade administrativa. A respeito, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 494.124-RS, sufragou o entendimento no sentido de que a improbidade administrativa prevista no art. 10 da Lei 8.429/92 exige para sua configuração que a conduta seja dolosa ou pelo menos eivada de culpa grave (BRASIL, 2017).

Assim, a previsão da modalidade culposa como elemento anímico idôneo para caracterização dos atos de improbidade administrativa previstos no art. 10 da Lei 8.429/92 está sujeita a severas críticas tanto na doutrina como na jurisprudência.

Legalmente, não se nega que o inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 trata de atos de improbidade administrativa consubstanciados na frustração da licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou ainda na dispensa indevida de licitação, que acarretem prejuízo ao erário, inclusive porque o agente público deverá realizar a licitação sempre que não se tratar dos casos expressamente previstos de dispensa ou inexigibilidade, e deverá, para tanto, observar todas as normas procedimentais necessárias à legitimidade do ato, por expressa previsão no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal e na Lei 8.666/93.

De igual forma, a ocorrência de qualquer tipo de fraude ou ilicitude no desenvolvimento do procedimento licitatório, desde sua inauguração até o encerramento, poderá acarretar ao agente público e a eventuais terceiros envolvidos, além da responsabilização por improbidade administrativa nos termos do inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92, também a imputação do ilícito penal de frustração ou fraude à licitação prevista no art. 90 da 8.666/93.

3 CRIME DE FRUSTRAÇÃO OU FRAUDE À LICITAÇÃO (ART. 90 DA LEI 8.666/93) E INTER-RELAÇÃO COM A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 exige licitação para os contratos de obras, serviços, compras e alienações (art. 37, XXI), assim como para a concessão e a permissão de serviços públicos (art. 175). Por sua vez, a Lei 8.666/93, conforme disposto em seu artigo 1º, tem por objeto estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No entanto, embora inegavelmente importante por possibilitar à Administração a escolha e a contratação da proposta mais vantajosa para atender aos interesses públicos ou coletivos, a Lei 8.666/93 possui textura aberta do termo normativo, estando, entre outros valores, atrelada à implementação do desenvolvimento sustentável, que deve inequivocamente se harmonizar com os demais objetivos da licitação (WACHELESKI; MEDEIROS; KOSCHINSKI, 2015, p. 14).

A licitação pode ser conceituada como o (MELLO, 2012, p. 534):

[...] procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

A licitação busca a satisfação do interesse da coletividade, ao garantir contratos mais vantajosos à Administração, bem como

garante a isonomia das contratações públicas. Portanto, a licitação tem um duplo objetivo: proporcionar ao poder público o negócio mais vantajoso e assegurar ao administrado a oportunidade de concorrer, em igualdade de condições, com os demais interessados (CARVALHO, 2017, p. 443).

A Administração Pública possui a árdua e complexa tarefa de manter o equilíbrio social e gerir a máquina pública, composta por infindáveis órgãos e agentes, razão pela qual não poderia a lei deixar ao critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque essa liberdade daria margem a escolhas impróprias e escusas, desvirtuadas do interesse coletivo (CARVALHO, 2017, p. 441). A exigência legal de um procedimento licitatório objetiva superar esse risco, assegurando a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

A sociedade há muito tempo vinha exigindo uma legislação criminal que apenasse certos comportamentos havidos no mínimo como imorais, relacionados com as contratações celebradas pela Administração Pública (GASPARINI, 2004, p. 1). Antes da edição da Lei 8.666/93, somente seria possível a persecução penal de condutas que atingissem o erário público ou a moralidade administrativa se houvesse adequação às hipóteses limitadas encontradas no capítulo “Dos crimes contra a Administração Pública” do Código Penal, o que se apresentava totalmente insuficiente.

A Lei de Licitações trouxe ao ordenamento jurídico a tutela penal específica, ao prever condutas típicas próprias para aqueles que ofenderem a moralidade administrativa e outros bens jurídicos ligados diretamente à matéria licitatória, condutas típicas essas possíveis de serem aplicadas desde o início da licitação até a sua finalização, representando, assim, grande avanço na disciplina penal das contratações públicas (LEAL; RITT, 2014).

Bem jurídico, segundo Cláudio Heleno Frago (2003, p. 330), “é um bem protegido pelo direito; é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é regulada por uma norma jurídica”.

A finalidade precípua do Direito Penal consiste em proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade (GRECO, 2016, p. 2). No caso específico dos crimes licitatórios, segundo Cezar Roberto Bitencourt, é possível se identificar uma objetividade jurídica genérica, qual seja o escopo de preservar os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade e da probidade administrativa (2012, p. 132).

Na tutela jurídico-penal das licitações implementada pela Lei 8.666/93 identifica-se um bem jurídico genérico protegido por todos os tipos penais, ou seja, um bem jurídico categorial que é a própria Administração Pública, e também bens jurídicos específicos ou em sentido técnico, protegidos por cada um dos tipos penais previstos na Lei de Licitações (PRADO; CASTRO, 2015).

O legislador, através dos tipos penais previstos nos artigos 89 a 98 da Lei de Licitações, objetiva salvaguardar o adequado funcionamento da Administração Pública, em especial por meio do respeito aos princípios que norteiam a atividade administrativa, como a legalidade, igualdade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, bem como resguardas a lisura das licitações e contratações celebradas com o Poder Público.

Em resumo, o bem jurídico categorial objeto de tutela penal na Lei 8.666/93 é a Administração Pública, "no que tange ao regular (probo, correto e imparcial) funcionamento e disposição das contratações públicas, em que há exigência de procedimento licitatório, em observância aos preceitos (constitucionais e infraconstitucionais) que regem a atividade administrativa" (PRADO; CASTRO, 2015).

O crime de fraude ao caráter competitivo do procedimento licitatório está previsto no art. 90 da Lei 8.666/93 nos seguintes termos: "frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação".

Além da objetividade jurídica genérica dos crimes licitatórios, existe também uma multiplicidade de bens jurídicos tutelados pelo dispositivo legal em questão, destacando-se a proteção da competitividade do certame, a despeito da grande importância de tantos outros bens, como a própria transparência dos atos públicos e a probidade, moralidade e dignidade administrativa. A finalidade perquirida pela incriminação das condutas “frustrar” ou “fraudar” é inegavelmente garantir a concorrência legítima na competição licitatória (BITENCOURT, 2012, p. 184).

Trata-se de um tipo penal de ação múltipla ou conteúdo variado, o que significa dizer que mesmo que o agente pratique cumulativamente as condutas nucleares do tipo, “fraudar” ou “frustrar”, responderá por um único delito.

A fraude e a frustração implicam necessariamente no engano ou erro do administrador público e dos demais concorrentes participantes do processo licitatório, visando a obtenção de alguma vantagem, normalmente econômica, mas não obrigatoriamente econômica (BITENCOURT, 2012, p. 191).

Havendo fraude ou frustração ao certame licitatório, em se tratando das consequências penais, parte da jurisprudência tem entendido ser prescindível a ocorrência de prejuízo, posto que ausente previsão legal como requisito para a materialização do delito, sendo que, na hipótese de efetiva ocorrência de dano ao erário, tal circunstância deverá ser valorada na dosagem da sanção atinente.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o tipo penal insculpido no art. 90 da Lei de Licitações configura crime formal, pelo que não necessita de efetivo prejuízo para sua caracterização, conforme se verifica do julgamento do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 638.139-RS (BRASIL, 2016):

O entendimento desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que o delito do art. 90 da Lei de Licitação prescinde da existência de dano ao erário, "haja vista que o dano se revela pela simples quebra do caráter competitivo entre os licitantes interessados em

contratar, ocasionada com a frustração ou com a fraude no procedimento licitatório".

Por outro lado, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 64.078-RJ, relacionado à prática do delito previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “não é razoável, nem sequer lógica, a instauração de ação penal após a efetiva prestação de serviço que não trouxe nenhum prejuízo para a Administração, mormente quando se trata da modalidade de licitação que é o convite” (BRASIL, 2009a).

Da mesma forma, a Corte Especial, ao julgar a Ação Penal 330-SP, entendeu que as ações criminais “que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal” (BRASIL, 2008).

E, de acordo com o Tribunal Regional Federal da 4ª Região no julgamento da Apelação Criminal n. 2003.04.01.037292-2, “ausente a prova de obtenção de vantagem pecuniária em desfavor do município ou de que os réus tenham enriquecido ilicitamente às custas do erário, não se tipifica o crime de fraude à licitação” (BRASIL, 2009b).

No tocante ao elemento subjetivo da conduta, o ilícito penal tipificado no art. 90 da Lei 8.666/93 é punível apenas a título de dolo, posto que não existe previsão de punibilidade da modalidade culposa para o crime de frustração ou fraude à licitação.

Na verdade, nenhuma das figuras típicas penais previstas na Lei 8.666/93 são puníveis a título de culpa, exigindo-se sempre o dolo do agente para sua configuração.

O dolo, *in casu*, corresponde à vontade livre e consciente de frustrar ou fraudar, por qualquer meio fraudulento, o caráter competitivo da licitação. Conforme preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 202), é necessário que o agente tenha consciência de que obtém uma vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, pois sem essa consciência ou sem a vantagem a conduta será atípica.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento da Ação Penal n. 590-ES (BRASIL, 2015), consignou ser imprescindível a demonstração do elemento subjetivo dolo para a caracterização do crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93:

Para ser válida a peça de acusação com relação ao art. 90 da Lei das Licitações, mostra-se imperativo dissertar sobre todos os elementos da figura típica, indicando quem praticou o núcleo do tipo (frustrar ou fraudar), os meios empregados (ajuste, combinação ou qualquer outro expediente) e o especial fim de agir (obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação), e ainda há que se demonstrar o vínculo da conduta do denunciado com seu interesse volitivo, bem como de que maneira, em que lugar, quando e com quem teria ajustado, combinado ou se associado para a consecução de seu objetivo.

O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina quando do julgamento da Apelação Criminal n. 0008885-31.2011.8.24.0080 (SANTA CATARINA, 2017), nos seguintes termos:

É preciso mais do que mera presunção para se considerar prejudicado o caráter competitivo da licitação e é justamente nesse ponto que falhou a acusação ao não conseguir provas de que esse elemento normativo do tipo se configurou concretamente e não apenas de forma presumida. Para que houvesse efetiva ofensa à competitividade na licitação seria preciso, por exemplo, que fossem criadas facilidades para que os denunciados saíssem vencedores da licitação ou que fossem criados obstáculos aos demais participantes (...).

Portanto, para que possa restar configurado o tipo penal previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, é indispensável que o agente tenha agido com dolo, não sendo suficiente para sua ocorrência eventual comportamento culposos do agente.

4 CONCLUSÃO

A pesquisa teve por objeto analisar as consequências político-administrativas e penais decorrentes de atos ilícitos que importem na frustração do caráter competitivo dos processos licitatórios, com ênfase no elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa lesivo ao erário previsto no inciso VIII do artigo 10 da Lei 8.249/92 e do crime de frustração ou fraude à licitação contemplado no artigo 90 da Lei 8.666/93.

A regra básica para a contratação de obras, serviços, compras e alienações pela Administração Pública com terceiras pessoas é a obrigatoriedade de realização de prévio procedimento licitatório, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

A licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, respeitando o princípio da isonomia, contrata o negócio mais vantajoso de seu interesse, com terceiras pessoas, num universo o mais abrangente possível de interessados.

Por sua vez, a frustração e a fraude do procedimento licitatório são contrárias à essência constitucional da licitação, embora ambas sejam práticas corriqueiras no âmbito dos diversos entes da Administração Pública Brasileira.

Normalmente, a fraude ou a frustração da licitação acarreta repercussões em várias órbitas do direito, especialmente na político-administrativa, como espécie de improbidade administrativa, e na penal, como espécie de crime de frustração ou fraude à licitação.

Sob a ótica político-administrativa, no que se refere ao ato de improbidade administrativa lesivo ao erário, inclusive os atos que frustrem a licitude do processo licitatório previstos no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.249/92, é pacífico na doutrina e na jurisprudência sua configuração tanto a título de dolo como de culpa grave, diferentemente do que ocorre em relação aos atos de improbidade

Frustração ou Fraude à Licitação: Aspectos Penais e de...

contemplados nos artigos 9º, 10-A e 11 da mesma lei, que obrigatoriamente exigem conduta dolosa para sua caracterização.

Para que reste caracterizado o ato de improbidade administrativa nas hipóteses contempladas no art. 10 da Lei 8.429/92, inclusive em relação ao inciso VIII do referido artigo, parcela majoritária da doutrina e da jurisprudência entende ser imprescindível para sua configuração a existência de dano material concreto decorrente do ato.

Sob a ótica penal, a frustração ou fraude do caráter competitivo da licitação, tutelada pelo art. 90 da Lei 8.666/93, apenas autoriza a persecução penal na hipótese de dolo, ante a absoluta ausência de previsão legal no que se refere à modalidade culposa.

Ainda em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, inexistente uniformidade de pensamento na doutrina e na jurisprudência quanto à necessidade de demonstração do prejuízo concreto ao erário para sua caracterização, parte entendendo ser necessária, e parte sustentando ser dispensável a demonstração.

Assim, é possível afirmar que somente será possível a cumulação da improbidade administrativa prevista no inciso VIII do art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa e do crime de frustração ou fraude do processo licitatório previsto no art. 90 da Lei 8.666/93, quando as duas hipóteses tiverem o dolo como elemento subjetivo e desde que nos dois casos se verifique prejuízo concreto ao erário.

Tem-se, em conclusão, que restou demonstrada a hipótese inicial, no sentido de que, embora a frustração ou a fraude ao caráter competitivo da licitação ostente consequências tanto na seara político-administrativa quanto na esfera penal, não há uma correlação direta entre os atos ímprobos lesivos ao erário previstos no inciso VIII do art. 10 da Lei 8.429/92 e os crimes licitatórios contemplados no art. 90 da Lei 8.666/93, sendo que a incidência cumulativa de ambas as esferas está restrita à hipótese em que o ato ilícito esteja revestido pelo elemento subjetivo dolo e desde que no caso considerado exista prejuízo efetivo e concreto ao erário.

Data de Submissão: 08/04/2018

Data de Aprovação: 30/10/2018

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei 8.249, de 2 de junho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n. 330-SP. Relator para o Acórdão Ministro Luiz Fux. Brasília: **DJe**, 15 dez. 2008. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?com>>

Frustração ou Fraude à Licitação: Aspectos Penais e de...

ponente=ITA&sequencial=726242&num_registro=200400663784&data=20081215&formato=PDF>. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Penal n. 594-ES. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília: **DJe** 18 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=fraude+licita%E7%E3o+aus%EAnCIA+dolo+90&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=3>>. Acesso em: 18 dez. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 494.124-RS. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília: **DJe**, 9 maio 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1600478&num_registro=201400689553&data=20170509&formato=PDF>. Acesso em: 8 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 638.139-RS. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: **DJe**, 9 nov. 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500014254&dt_publicacao=09/11/2016>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.065.588-SP. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília: **DJe**, 21 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=1065588.NUM.&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.129.636-RO. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Brasília: **DJe**, 2 ago. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801188295&dt_publicacao=21/02/2011>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 64.078-RJ. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, **DJe**, 30 nov. 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=916362&num_registro=200601710330&data=20091130&formato=PDF>. Acesso em: 7 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.376.524-RJ. Relator Ministro Humberto Martins. Brasília: **DJe**, 8 set. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201104108&dt_publicacao=09/09/2014>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Criminal n. 2003.04.01.0372392-2. Relator Paulo Afonso Brum Vaz. Julgamento em 3 dez. 2009b.

BRITO, Débora. Lava Jato já gerou 120 condenações e mais de 1,2 mil anos de pena, diz balanço - 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/procuradoria-do-parana-divulga-balanco-da-operacao-lava-jato-em-2016>>. Acesso em: 20 out. 2018.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**: comentários à lei 8.429/92 e legislação complementar. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FRAGOSO, Claudio Heleno. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

HAURIOU, Maurice. **Précis élémentaires de droit administratif**. Paris: Recueil Sirey, 1926.

LEAL, Rogério Gesta; RITT, Caroline Fockink. Qual o bem jurídico penal protegido no âmbito dos crimes de licitações no sistema jurídico brasileiro? XI Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. **VII Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos**. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/11722/1510>>. Acesso em 8 abr. 2018.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 19. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 4 ed. São Paulo: Método, 2016

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade

fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO Junior, Waldo. **Improbidade administrativa**: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações. *Revista dos Tribunais*, v. 957, jul. 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.957.10.PDF>. Acesso: 8 abr. 2018.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Verbatim, 2018.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. 0008885-31.2011.8.24.0080. Relator Desembargador Nelson Maia Peixoto. Julgamento em 16 nov. 2017.

SIMÃO, Calil. **Improbidade administrativa: teoria e prática**. 3. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2017.

VEDOVATO, Luís Renato; LOPES, Thiago Henrique Teles. Uma visão crítica da posição do STJ sobre o *periculum in mora* presumido nas ações de improbidade para fins da decretação da indisponibilidade de bens. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 16, n. 4, p. 273-292, out./dez. 2017.

WACHELESKI, Marcelo Paulo; MEDEIROS, Clayton Gomes de; KOSCHINSKI, Patrícia de Souza Finamori. Contratações públicas como instrumento de efetivação do desenvolvimento sustentável. *Prim@ Facie*. João Pessoa, PPGCJ, v. 14, n. 26, p. 1-24, jan./jun. 2015.

Bidding Fraud or Frustration: Criminal and Administrative Improbability Aspects

José Antonio Remedio

Luiz Felipe Gomes de Macedo Maganin

Abstract: The research aims to dispose about fraud to public licitation and administrative improbity. As a specific objective, the research seeks to analyze the criminal and political administrative consequences of acts that causes frustration or fraud of the legality of a bidding process, with emphasis in the subjective element of the improbity act provided for in item VIII of article 10 of Law 8.249/92 and of the bidding crime contemplated in article 90 of Law 8.666/93. The method is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. The base rule for the hiring of third parties by public administration for buildings, services, purchases and disposals is the obligation of previous bidding procedure, in which the equality between the participants and the fairness of the contest are respected. Although the frustration or the fraud of the competitive bidding character has consequences both in the administrative and criminal courts, there is no direct correlation between acts of improbity harmful to the treasury and the crime of frustration or fraud to bid. It is also understood that the cumulative incidence in the political administrative and criminal domains is restricted to the case in which the illicit act is covered by the subjective criminal intent element and provided that there is concrete damage to the treasury in both hypothesis.

Keywords: Licitation Fraud. Licitation Frustration. Administrative Improbability. Fraudulent Licitation. Subjective Element.

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de Doenças Terminais ou Pacientes em Coma a partir do Filme “Bella Addormentata”

Rafael Marcílio Xerez

Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos cursos de pós-graduação (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Fortaleza. E-mail: rafaelmx@unifor.br

Humberto Cardoso Pinto

Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. E-mail: humbertocpinto@gmail.com

Resumo: O direito à morte digna gera opiniões opostas no âmbito jurídico, em especial quanto à possibilidade de decisão pela descontinuidade da vida por doentes terminais ou pacientes em coma. A discussão ocorre em torno da Dignidade da Pessoa Humana e da Autonomia de Vontade, já que, nos casos de doenças incuráveis e terminais, a manutenção da vida por meio de medicamentos e equipamentos costuma gerar dor e sofrimento aos pacientes. As questões envolvendo métodos como Eutanásia, Ortotanásia e Suicídio Assistido, além da Diretiva Antecipada da Vontade, como possibilidades para os pacientes, dividem opiniões. O filme “Bella Addormentata” trata destas questões, em especial no caso de Eluana Englaro, em coma há dezessete anos, que provocou indagação sobre a compulsoriedade ou não na manutenção da vida dos pacientes em coma. A pesquisa é bibliográfica e documental. Tem por objetivo analisar se deve ser garantido ao paciente em estado terminal ou em coma o direito à escolha pela morte em detrimento do prolongamento de sua vida por meios artificiais. Como direito fundamental, o direito à morte digna deve ser assegurado aos pacientes em coma ou terminais, desde que com prévia manifestação de sua vontade de não submissão a tratamentos prolongadores da vida.

Palavras-chave: Direito à morte digna. Eutanásia. Suicídio Assistido. Ortotanásia. Diretiva Antecipada de Vontade.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de Doenças Terminais ou Pacientes em Coma a partir do Filme “Bella Addormentata”

Rafael Marcílio Xerez²

Humberto Cardoso Pinto

1 INTRODUÇÃO

O direito à vida é direito fundamental consubstanciado no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF), enquanto a Dignidade da Pessoa Humana é Princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme exposto no artigo 1º, I, do mesmo diploma (BRASIL, 1988). Fala-se em direito à vida digna, já que o direito à vida não se limita ao direito de sobreviver, mas refere-se ao direito a viver com dignidade. Do direito à vida digna, e do que se verifica na cláusula de abertura prevista no parágrafo 2º do artigo 5º da CF, ao prever a possibilidade de existência de direitos e garantias fundamentais a partir dos Princípios adotados pela CF (BRASIL, 1988), há a possibilidade de se defender o direito à morte digna.

Diante de tal fato, e levando-se em consideração a Autonomia da Vontade e a própria Dignidade da Pessoa Humana, deve-se questionar se, em casos de pacientes acometidos por doenças

² Juiz titular da 2ª Vara do Trabalho de Fortaleza-CE.

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

terminais ou em coma, a manutenção de suas vidas sob qualquer hipótese é de observância obrigatória pelos profissionais da saúde, ou há possibilidade de assegurar-se, ao paciente, ou a quem o represente, a escolha pela manutenção da vida ou pela morte digna. Assim, é que se verifica a possibilidade da utilização, pelo paciente em estado terminal, das Diretivas Antecipadas de Vontade, pelas quais o paciente ou seu representante expõe a quais tratamentos deseja submeter-se. No caso de decisão tomada diretamente pelo paciente, requer-se, obviamente, que haja sido realizada com antecedência ao estado de inconsciência que lhe sobrevenha.

O filme “Bella Addormentata” (“A Bela que Dorme”, em português) traz em seu conteúdo discussões acerca do direito à vida e à morte dignas. Neste tocante, aborda questões sobre possibilidade de escolha, pelo paciente ou por quem o represente, quanto à continuidade ou não da manutenção da vida do doente, no caso de coma, como ocorrido com Eluana Englaro, ou, ainda, no caso de doença terminal, como se passa com Emma, mulher do então senador italiano Uliano Beffardi. Mostram-se dois pontos de vista: o de obrigatória manutenção da vida, como valor absoluto, e o da possibilidade de escolha pela morte, para aliviar a dor e o sofrimento, com manutenção da Dignidade e da Autonomia. No caso de Eluana Englaro, a liberdade de escolha seria exercida pela família, enquanto na situação de Emma, a escolha caberia a ela.

A problemática a ser tratada é: deve-se assegurar, ao paciente em estado terminal ou em coma, a possibilidade de escolher pela morte, em detrimento do prolongamento de sua vida por meios artificiais? O objetivo geral é analisar se deve ser garantido ao paciente em estado terminal ou em coma o direito à escolha pela morte, em detrimento do prolongamento de sua vida por meios artificiais. Os objetivos específicos são: analisar se há, no Direito brasileiro, possibilidade de ser atribuída ao paciente em estado terminal a escolha entre o prolongamento da vida e a morte, como salvaguarda da Autonomia da Vontade e da Dignidade da Pessoa Humana; analisar

se há, no Direito nacional, possibilidade de salvaguardar, a representante do paciente em coma, a escolha por sua morte, ao invés do prolongamento de sua vida por meios artificiais; analisar se as Diretivas Antecipadas de Vontade são instrumentos válidos enquanto asseguradores ao paciente em estado terminal ou em coma, ou quem o represente, de fazer sua escolha pela vida ou pela morte.

A pesquisa é, quanto à fonte, bibliográfica e documental, pois desenvolve-se pelo exposto em artigos e livros e utiliza, como outras fontes, a legislação e o filme, ainda não submetido a tratamento analítico (GIL, 2002, p. 44-45).

O artigo estrutura-se da seguinte forma: primeiramente, faz-se exposição do filme “Bella Addormentata”, pela narrativa dos fatos mais relevantes; passa-se, então, pela inclusão do Direito na Arte, expondo-se em que ponto a Arte pode contribuir para análise de questão jurídica; depois, pela disposição dos direitos à vida e à morte dignas e pela previsão das Diretivas Antecipadas de Vontade em resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) e a reflexão sobre sua validade, e prossegue-se pela exposição sobre os métodos de Eutanásia, Ortotanásia e Suicídio Assistido, tomando-se como meio as reflexões sobre a vida e a morte retratadas no filme.

2 O FILME “BELLA ADDORMENTATA” E A REFLEXÃO SOBRE OS DIREITOS À VIDA E À MORTE

O filme é utilizado para provocar a discussão sobre possível escolha entre os direitos à vida digna e à morte digna, quando em casos específicos de pacientes em coma e doentes terminais. Dessa forma, parte-se da obra artística para a discussão jurídica. Assim, faz-se descrição breve do filme para, então, mostrar-se a relação possível

entre Direito e Arte, sendo a Arte meio de reprodução de questionamentos jurídicos.

2.1 EXPOSIÇÃO DO FILME “BELLA ADDORMENTATA”

O filme “Bella Addormentata” é um filme de drama do diretor italiano Marco Bellocchio, a tratar da história real, ocorrida na Itália ao longo do ano 2009, de Eluana Englaro, uma jovem que se encontra em coma há dezessete anos. Este filme traz, em seu contexto, discussões relacionadas à manutenção do direito à vida, como valor absoluto, em casos de pacientes em coma, como ocorrido na história principal, de Eluana Englaro, ou, ainda, em casos de pacientes terminais, como ocorre com Emma, diante do questionamento se pode ser garantido o direito a não mais manter alguém vivo por meios artificiais.

O caso real de Eluana provoca discussões entre os favoráveis e os contrários à possibilidade de desligamento dos aparelhos que a mantêm viva, e mobiliza o parlamento italiano no tocante à aprovação ou não da Lei nº 1.369, na época em que Silvio Berlusconi era o Presidente do Conselho de Ministros (Primeiro-Ministro). A aprovação deste diploma legal abordaria questões referentes a impossibilidade de liberdade de escolha quanto a aspectos como a alimentação intravenosa e a transferência de sangue, enfim, mostrar-se-ia contrária à morte assistida.

As manifestações contrárias e favoráveis à lei perpassam toda a obra: em lados opostos estão os favoráveis à possibilidade de escolha e os favoráveis à manutenção da vida de forma compulsória. Neste último grupo, encontram-se católicos, incluindo-se a filha do senador Uliano Beffardi, Maria.

O partido político do senador Beffardi decide votar a favor da lei, enquanto Beffardi é contrário à lei, sendo a favor da liberdade de escolha. O próprio senador, conforme se observa ao longo do filme,

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

passou por situação dramática, já que sua esposa, Emma, a qual se encontrava acometida de doença em estado crítico, terminal, rogou a seu marido para ajudá-la a pôr fim à sua vida. O senador, angustiado, desligou os aparelhos que a mantinham viva, fato presenciado discretamente por Maria.

Há, ademais, situações ficcionais a ocorrerem em paralelo à história de Eluana. Há o caso de uma família, tendo como mãe uma atriz famosa, como pai, um ator, e dois filhos, Federico e Rosa. Rosa encontra-se em coma, sobrevivendo por meio de aparelho de respiração artificial, enquanto a mãe se põe ao seu lado durante todo o tempo, rezando, sozinha ou com as enfermeiras religiosas, resumindo sua vida a observar sua filha em coma, esperançosa pela recuperação. Para tanto, importa-se cada vez menos com sua vida cotidiana: abandona sua carreira de atriz e não valoriza mais seu marido e seu filho. Federico, por outro lado, tem o objetivo de tornar-se ator, e, desejoso de ingressar na Academia, para formar-se em Artes Cênicas, busca ajuda da mãe em seu preparo para o exame de ingresso, ao que ela refuta constantemente.

Federico, percebendo a situação da mãe, mostra-se contrariado e busca libertá-la da condição em que vivia, e, assim, desconecta o respirador artificial de sua irmã, ao que seu pai, ao perceber algo errado, corre ao quarto da filha. Federico, diante da súplica de seu pai, o qual lhe afirma a necessidade de que respeite a vontade de sua mãe, reconecta o equipamento. O contexto deixa claro que a família vive momentos conflituosos e turbulentos em face da condição de Rosa.

O filme, enfim, é relevante no tratamento do tema do artigo, quanto à questão de, em caso de pacientes terminais ou em coma, haver ou não a possibilidade de escolha pela interrupção da vida. A análise jurídica é pautada em face da legislação brasileira, sendo o filme italiano base para essa discussão. Abre-se, ademais, a possibilidade de se questionar se, em sendo possível o respeito à decisão do paciente que se encontre em uma das situações

mencionadas, as Diretivas Antecipadas de Vontade seriam o meio adequado para esse fim.

2.2 O DIREITO NA ARTE OU A ARTE COMO INSTRUMENTO DE REFLEXÃO E COMPREENSÃO DO DIREITO

É inegável que a Arte pode funcionar como meio de exposição de críticas e de discussões de temas sociais e culturais sensíveis ao Direito. Por isso, recorreu-se ao filme em comento para fundamentar a análise sobre direitos à vida e à morte, levando-se em consideração o ordenamento jurídico brasileiro e a discussão acerca de Autonomia da Vontade e Dignidade da Pessoa Humana.

Uma das modalidades possíveis de relação entre Direito e Arte é o Direito na Arte, na qual se verifica, como tema da obra de Arte, o Direito. Assim, a obra em que figura esta modalidade de relação entre Direito e Arte tem, em seu tema, associação com o Direito. A relação que se faz entre o filme “Bella Addormentata” e o tema jurídico em liça dá-se por “representação de situações da vida humana que inspiram uma reflexão sobre direitos subjetivos” (XEREZ, 2014, p. 234). Afinal, a obra representa questões a envolverem vida, dignidade, liberdade, que bem caracterizam a modalidade de Direito na Arte, com representações de situações a provocarem indagações e reflexões sobre os direitos subjetivos de doentes terminais ou em coma à vida e à morte.

Portanto, a utilização do filme ocorre com objetivo de reflexão e estudo acerca do direito fundamental à vida e à possibilidade de dela dispor pelo exercício de um implícito direito fundamental à morte, quando em face de casos de acometimento de doenças terminais e em situações de coma. Assim, é possível trazer à baila circunstâncias atuantes sobre a temática, como o são, por exemplo, o fundamento da

Dignidade da Pessoa Humana, a Autonomia de Vontade e os limites impostos por lei, sem esquecer os aspectos humanos incidentes sobre a questão.

3 DIREITO À VIDA DIGNA E DIREITO À MORTE DIGNA

Inicialmente, é necessário que se delinee o que é Dignidade da Pessoa Humana, a qual se põe como Princípio e fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, conforme exposto no artigo 1º, *caput*, e inciso III da CF (BRASIL, 1988). Isto significa que, por ser fundamento, é-lhe dado caráter de supremacia. Portanto, na busca da salvaguarda de direitos essenciais e de objetivos a serem perquiridos pelo País e por seu ordenamento, a Dignidade da Pessoa Humana deve ser observada.

Antes de incidir sobre a definição de Dignidade da Pessoa Humana, é mister salientar que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana está localizado no início do texto da CF, no título destinado aos Princípios fundamentais, encontrando-se logo após o preâmbulo e antes das disposições referentes aos direitos fundamentais. O Constituinte, dessa forma, demonstrou seu intuito de conceder aos Princípios fundamentais a característica de normas que embasam a integralidade da ordem constitucional, sobretudo as normas concernentes aos direitos e garantias fundamentais. Nesse contexto, junto com as normas de direitos e garantias fundamentais, os Princípios fundamentais, como o da Dignidade da Pessoa Humana, constituem o núcleo essencial da CF. Além de ser fundamento inerente aos direitos fundamentais, o Princípio em comento origina direitos fundamentais autônomos (SARLET, 2009, p. 69-77).

Passando a uma busca pela definição do que constitui a referida Dignidade da Pessoa Humana, pode-se dispor que a dignidade é receber respeito pelos outros, manter liberdade e ser igual aos demais, com salvaguarda de seus direitos e obrigações pelo ordenamento jurídico. Tal Princípio é relevante e apresenta “sentido subjetivo, pois depende de cada indivíduo, do seu respeito às diferenças físicas, sociais e culturais, de seus sentimentos e da sua consciência” (CARVALHO, 2012, p. 18).

Pelo exposto retro, percebe-se que a um só tempo a dignidade é concernente à liberdade individual, à igualdade entre as pessoas e à proteção a direitos e obrigações, entre os quais certamente estão os direitos fundamentais, constituindo-se em requisito necessário na exegese de normas referentes aos direitos e garantias fundamentais, uma vez que os embasa. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, para ser observado, deve levar em conta o sentido subjetivo e as diferenças apresentadas pelos indivíduos em muitas dimensões, entre as quais, sua consciência.

Os direitos fundamentais em geral, por sua vez, caracterizam-se, entre outras coisas, por terem função dignificadora, já que têm por escopo a salvaguarda da Dignidade da Pessoa Humana e, portanto, são defensores da esfera humana individual em face de interferências indevidas do Poder Público e de particulares. Ainda, como normas de otimização, detêm natureza principiológica e, assim, demandam, no caso concreto, a solução que melhor atenda ao direito (LOPES, 2001, p. 37).

Caracterizados os direitos fundamentais, inegável é a relação necessária e reflexiva entre a observância e a promoção deles, os quais devem ser efetivos e efetivados, e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Este Princípio, central no ordenamento constitucional brasileiro, incide sobre toda a ordem constitucional, mas, sobretudo, sobre os direitos fundamentais. Em sentido de reciprocidade, a

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

Dignidade da Pessoa Humana só é observada quando concretizados os direitos e as garantias fundamentais.

Após análise sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e sobre a caracterização dos direitos fundamentais em geral, mister é dispor sobre o direito à vida. Este direito funciona como pressuposto de todos os outros direitos constitucionais, pois encontram seus limites máximos de extensão na vida, e é infrutífero que se salvasse qualquer outro direito sem permitir que dele se usufrua e, para tanto, faz-se necessário que se esteja vivo. Assim, em princípio, no Brasil, o direito à vida é a principal objeção à existência de um direito de morrer (KRAVETZ; CASTRO, 2015, p. 356). Para o exercício pessoal de direitos, seguindo essa linha, certamente faz-se necessário que se esteja vivo, afinal o artigo 2º do Código Civil de 2002 dispõe que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002).

Ressalte-se, mais uma vez, que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro e, portanto, exerce papel primordial no ordenamento jurídico, além de ser de observância obrigatória e plena. Isso posto, em consonância com o visto anteriormente, o direito à vida constitui-se em direito à vida digna. Portanto, o questionamento sobre a necessidade de manter-se vivo o paciente em coma ou em estado terminal ganha relevância, a despeito de o direito à vida ser requisito necessário para a concretização dos demais direitos.

Delineado que o direito à vida se refere a uma vida com dignidade, ressalte-se que a dignidade em questão há de ser percebida a partir de uma visão pessoal, individualizada, especialmente do paciente em estado terminal, devendo, quando em enfrentamento de uma situação de morte inevitável e iminente, prevalecer sua Autonomia (FREITAS; ZILIO, 2016, p. 200).

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

Por sua vez, a consagração do Princípio da Autonomia, no âmbito da Bioética, demanda o consentimento livre e esclarecido do paciente, o qual passa a ser sujeito ativo na tomada de decisões sobre sua vida e sua saúde, especialmente sobre a quais tratamentos se submeterá ou não. Com efeito, ao profissional da saúde cabe o papel de prestar os esclarecimentos ao paciente (FREITAS; ZILIO, 2016, p. 200).

Não se pode olvidar que o elenco dos direitos e garantias fundamentais no *caput* e nos incisos do artigo 5º da CF, entre os quais o direito à vida, não esgota todos os direitos e garantias desta natureza. Afinal, conforme o parágrafo 2º do mesmo artigo, o elenco expresso dos direitos e garantias na CF não é excludente de “outros decorrentes do regime e dos Princípios por ela adotados” (BRASIL, 1988). Há, pois, a possibilidade de direitos implícitos, pois decorrentes diretamente de Princípios adotados na CF, bem como outros que provenham do regime. Isto posto, decorrência natural do direito à vida digna é o direito à morte digna.

Sobre o direito à vida digna, este condiz com o tratamento de cada pessoa “como um fim em si mesma, não podendo ser tratado como objeto, tendo em vista a vida humana possuir um valor intrínseco objetivo”, significando que o indivíduo mantém ligação íntima com suas vontades e objetivos. Acresça-se que o direito à vida deve ser considerado influenciado pelos Princípios constitucionais, entre os quais: o já mencionado da Dignidade da Pessoa Humana; integridade física e psíquica, e proibição de tratamento desumano e degradante, portanto, constituindo-se em direito à vida digna (COSTA; DUARTE, 2016, p. 8).

Os mesmos autores acima elencados, ao exporem sobre a morte digna durante a fase de doença terminal, defendem que o indivíduo, o qual possui autonomia no exercício de suas atividades no transcorrer de sua vida, também a possui durante o momento em que a morte se

aproxima, em face de doença que avança a seu estágio fatal e incurável (COSTA; DUARTE, 2016, p. 9).

Conclusão necessária, após a reflexão sobre a temática, é que a morte digna, especialmente nos casos de pacientes terminais, caracteriza-se por ser aquela que se pauta na conjunção de dois elementos: “Autonomia do paciente e os deveres de cuidado que devem ser prestados pelos profissionais da saúde” (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p. 95). Nessas circunstâncias, a morte digna é aquela que permite, ao paciente terminal, uma morte tranquila e humanizada (FREITAS; ZILIO, 2016, p. 200).

Quanto às discussões apresentadas no filme, deve-se pontuar suas diferenças, no que toca à possibilidade de opção pela vida ou pela morte: na situação de coma, a qual pode ser por vezes revertida, apesar dos dezessete anos transcorridos do caso real da jovem Eluana Englaro; por outro lado, questão de pacientes terminais, como ocorre com Emma. Em comum aos casos, a decisão de submissão ou não a tratamentos e aparelhos prolongadores da vida.

3.1 AS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE E SUA VALIDADE DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Concernente à possibilidade, em face de doença terminal, de se decidir por não recorrer ao prolongamento artificial da vida, optando-se pela morte a decorrer naturalmente, há os instrumentos das Diretivas Antecipadas de Vontade, previstas na Resolução nº 1.995/2012 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Aplicam-se quando quem se encontra acometido por doença terminal está “em pleno gozo de suas faculdades mentais quando opta por não mais prolongar a dor”. A decisão pela vida ou morte resulta de integração

de preceitos morais, religiosos e terapêuticos (MARQUES; ALMEIDA, 2014, p. 9).

Há duas espécies de Diretivas Antecipadas de Vontade, quais sejam, o Testamento Vital e o Mandato Duradouro. O primeiro designa a declaração prévia de vontade do paciente, em pleno gozo de suas faculdades mentais e de manifestação. Não se faz necessário que já esteja acometido de doença terminal quando da declaração, e no instrumento a pessoa expressará os tratamentos e não tratamentos aos quais deseja ou não se submeter, a produzir efeito quando não mais lograr, em face de doença terminal, manifestar este ato de vontade. A segunda espécie é o Mandato Duradouro, pelo qual o paciente, redigindo-o auxiliado por um médico de confiança, disporá sobre “a interrupção ou suspensão de tratamentos extraordinários que adiam” a morte, mediante decisão tomada pelo procurador nomeado pelo enfermo, não cabendo suspensão dos tratamentos paliativos, os quais garantem benefícios à sua qualidade de vida (MARQUES; ALMEIDA, 2014, p. 10).

Supostamente, por meio das Diretivas Antecipadas de Vontade, o médico exime-se de qualquer responsabilidade em face da decisão do paciente. Entretanto, percebe-se que os instrumentos relatados não autorizam dar cabo à vida do paciente, mas tão somente decidir-se, pelo próprio doente ou pelo procurador nomeado, a quais tratamentos se submeterá quando não mais gozar de livre manifestação de sua vontade.

Sobre o objeto ora tratado, a Lei portuguesa nº 25/2012, que regula as Diretivas Antecipadas de Vontade, traz, em seu artigo 2º, 1, definição de Testamento Vital, prevendo-o como documento redigido e revogável unilateralmente, subscrito por quem detenha capacidade plena quando de sua confecção, em que expressa, antecipadamente, sua vontade livre, consciente e esclarecida, no que toca aos cuidados com saúde que deseja ou não receber, quando, por algum motivo, não

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

seja mais capaz de expressar sua vontade pessoalmente e de forma autônoma (PORTUGAL, 2012).

De acordo com o artigo 2º, 2 do mesmo documento citado acima, o Testamento Vital pode abranger os direitos do paciente de: não se submeter “a tratamento de suporte artificial das funções vitais”; não se submeter a tratamento “fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais”; receber cuidados paliativos para controle de seu sofrimento ocasionado por doença grave ou irreversível; não se submeter a tratamentos experimentais; e “autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos” (PORTUGAL, 2012).

Dada essa exposição dos dispositivos legais portugueses, percebe-se que o Testamento Vital respeita, em grande medida, a autodeterminação do paciente em estado terminal, baseando-se em declaração prévia de suas vontades, em consonância com os já expostos direitos à vida digna e à morte digna, os quais são indissociáveis da Dignidade pessoal e da Autonomia desse tipo de paciente.

No sentido do exposto, as Diretivas Antecipadas de Vontade, tais como previstas no ordenamento português, relacionam-se com o respeito pela Dignidade da Pessoa Humana e com a autodeterminação prospectiva de quem recorre a esses instrumentos. Pauta-se, por conseguinte, na concepção de que o direito à vida não é integrado por um dever de viver, pois inexistente obrigação de alguém proteger sua própria vida. Afinal, o direito à vida, nessa seara, apresenta-se como o direito de alguém resguardar sua vida em relação a outrem (DIAS, 2016, p. 233-234), que, logicamente, dela não pode dispor.

As Diretivas Antecipadas de Vontade, portanto, asseguram o exercício de manifestação de vontade do paciente e, assim, sua Autonomia nas escolhas, pelo menos quando em face de estado terminal de doença, ou seja, irreversibilidade do quadro de saúde. Diverso é o caso de quando o paciente se encontra em coma, ainda que

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

prolongado, como o de Eluana Englaro, e as questões que dele emergem, concernentes à Autonomia de Vontade manifestada previamente, mediante Diretiva Antecipada de Vontade, ou à possibilidade de escolha por seus familiares ou alguém designado. O ordenamento jurídico brasileiro não permite, *a priori*, que, em face de doença grave, e mesmo em coma, se opte pela provocação de morte do paciente, negando-lhe, *prima facie*, a assistência pelos instrumentos referidos.

Observe-se, ainda, a situação, igualmente retratada no filme, do senador Beffardi, cuja esposa, hospitalizada e acometida de doença terminal, lhe pede para ajudar na abreviação de sua vida, ao que ele, de forma relutante, assente, ao desligar os aparelhos. Ele simplesmente atendeu a um pedido da esposa, movido por amor e compaixão em face do sofrimento desta. Acaso a situação em comento seja enquadrada como homicídio, previsto, no Código Penal brasileiro, no artigo 121, deve ser-lhe aplicada causa de diminuição de pena expresso no parágrafo 1º, já que o suposto crime teria ocorrido provocado por agente “impelido por motivo de relevante valor social ou moral” (BRASIL, 1940).

Na situação acima mencionada, problema merece ser trazido à tona, qual seja, se ao paciente, em estado terminal, ainda que não expresse sua escolha em Diretivas Antecipadas de Vontade, deve-se ou não ser concedida a liberdade de optar por sua morte, mesmo que tenha de contar com auxílio de terceiros. A discussão deve ser em torno da questão da Autonomia da Vontade, da Dignidade da Pessoa Humana e da possibilidade, em referidas circunstâncias, de dispor ou não da vida, a qual é direito fundamental.

O mencionado Princípio da Autonomia da Vontade está implícito no inciso II do artigo 5º da CF, o qual prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Ou seja, a Autonomia da Vontade pode ser limitada por dispositivo legal. Além da já mencionada situação de

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

Emma, que demandou a tomada de decisão pelo senador Beffardi, e seu enquadramento ou não como homicídio, deve-se atentar que a assistência ao suicídio também é crime e, conforme previsto na cabeça do artigo 122 do Código Penal, não se fala em auxílio a suicídio do tipo privilegiado, com diminuição de pena (BRASIL, 1940).

Retorne-se ao caso das Diretivas Antecipadas de Vontade. Decerto que a Resolução nº 1.995/2012 do CFM garante, conforme os parágrafos 3º e 2º do artigo 2º, que prevalecerão as Diretivas Antecipadas de Vontade sobre parecer não médico ou desejos de familiares, embora possa haver recusa do médico em seguir suas diretrizes quando houver discordância entre seu conteúdo e os preceitos delineados no Código de Ética Médica (CFM, 2012).

A Diretiva Antecipada de Vontade é, pelo menos no caso do Testamento Vital, negócio jurídico que funciona como meio de afirmação de direitos individuais, além de expressar a autonomia privada do paciente, a qual é possibilidade individual de se autodeterminar, ao expressar normas de caráter individual e com efeito vinculante em relação a médicos e parentes do doente. A autonomia privada complementa a Autonomia da Vontade e consagra a liberdade individual do enfermo terminal de realizar escolhas quanto aos tratamentos a que se submeterá ou não, em exercício pleno de seus direitos de personalidade (MARTINEZ; LIMA, 2016, p. 108).

Retirar a uma pessoa sua Autonomia é desfazer-se de sua consciência e de sua capacidade de fazer escolhas, ou seja, é negar-lhe um traço que garante sua dignidade, sua humanidade. Assim, as Diretivas Antecipadas de Vontade garantem ao paciente em estado terminal a satisfação de um traço relevante de sua personalidade.

3.2 A (IN)DIGNIDADE NA MORTE DE PACIENTES TERMINAIS: EUTANÁSIA, SUICÍDIO ASSISTIDO E ORTOTANÁSIA

Há de se diferenciarem, para melhor compreensão das questões ora debatidas, a Eutanásia, o Suicídio Assistido e a Ortotanásia. Quanto a Eutanásia, o termo é proveniente do grego e significa “boa morte”. Caracteriza-se pela ação de “pôr fim à própria vida, em razão, normalmente, de doença grave e incurável, mas de maneira controlada e assistida por um médico especializado”. Trata-se, portanto, de tirar a vida do paciente por meio de intervenção médica, por administração de medicamento com fim de provocar sua morte. Em poucos países a prática é permitida (CALEGÁRIO, 2015, p. 27).

A Eutanásia consiste em “antecipar a morte de quem já está em estado irreversível”, sendo a morte provocada por outrem, embora possa decorrer da vontade do paciente. Para alguns doutrinadores, há a impossibilidade de se requerer que “o Estado autorize a morte provocada para atenuar dor e sofrimento, ou mesmo por piedade”, uma vez que “a vida se sobrepõe a qualquer outro direito” (CARVALHO, 2012, p. 20).

O impedimento de conceber-se a morte provocada com intuito de atenuar a dor e o sofrimento denota a tendência a considerar-se a vida como direito absoluto, supremo, do qual não se pode dispor, em qualquer circunstância que se apresente. Assim, à vida, a qual se encontra, em caso de estado terminal de doença, em fase final, que conduz à morte natural, se concederia posição hierarquicamente superior a qualquer outro bem jurídico, ainda que essa atitude possa retirar da própria vida o qualificativo da dignidade. Ademais, a vida como valor absoluto impede seu detentor de exercer plenamente sua Autonomia de Vontade, quando em situações de coma ou em estado terminal, que podem acarretar a indignidade de sua vida.

Quanto à Ortotanásia, a etimologia da palavra significa “morte correta”, pois o prefixo “orto” significa correto, enquanto o sufixo

“thanatos”, morte (RECKZIEGEL; STEINMETZ, 2016, p. 97). A Ortotanásia é ato atípico no Código Penal Brasileiro e, portanto, não configura crime, por não ser causa da morte. Pela Ortotanásia, ao médico cabe tão-somente auxiliar para que o estado do paciente siga seu curso normal, omitindo-se em administrar medicamentos ou utilizar-se de equipamentos ou métodos prolongadores da vida do doente em estado terminal (CALEGÁRIO, 2015, p. 28).

No caso da Ortotanásia, o doente encontra-se em situação cujo resultado mais próximo e natural é a morte e não há como reverter-se o quadro pela cura. Assim, só se deixam de utilizar métodos que simplesmente prolongam a vida do paciente, como no caso de respiradores artificiais, quando ao paciente em estado terminal não seja mais possível respirar por conta própria, ou por meio do uso de medicamentos garantidores de sobrevida ao doente, embora lhe acometam ainda a dor e o sofrimento.

No caso apresentado no filme a embasar a discussão, o senador Beffardi, ao receber o pedido de sua esposa, encontra-se claramente em um dilema, qual seja: prolongar a vida de sua esposa, a qual está acometida por dor e sofrimento em decorrência de quadro de saúde irreversível, ou abreviar-lhe a vida, apressando seu falecimento, movido por amor e piedade. Ao escolher a segunda opção, pôde-se perceber sua dor e angústia, abraçado à mulher, desfalecida em seu corpo.

No caso supracitado, indaga-se qual o enquadramento do ato cometido, se Eutanásia ou Ortotanásia. A segunda alternativa se afigura mais adequada, já que não se utilizou de qualquer ato externo para o resultado, mas desligou-se somente o aparelho que assegurava a sobrevivência da mulher. Portanto, tal ato, embora não precedido de Diretiva Antecipada de Vontade, não se enquadra como crime de homicídio, ao contrário de suposição já tratada, levando-se em conta o Código Penal nacional. Afinal, a vida de Emma caminhava para o desfecho natural, a morte, tendo o senador, somente, aliviado sua dor

sem prolongar sua vida indevidamente, respeitando-lhe a Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da ordem constitucional brasileira, e a Autonomia, traço relevante para a consecução da própria Dignidade.

O Suicídio Assistido, por outro lado, é o “ato em que um indivíduo, desejando morrer, provoca sua morte com o auxílio de outra pessoa”. Quando ocorre por assistência médica, o profissional da área auxilia com ministração de medicamentos ou fornecimento de informações e métodos necessários para que o paciente pratique o ato de matar-se, o que ocorre, de maneira geral, quando o enfermo se encontra acometido de doença incurável ou irreversível, sob o viés médico, que lhe cause muita dor e muito sofrimento (KRAVETZ; CASTRO, 2015, p. 353).

Enquanto a Eutanásia e o Suicídio Assistido são, claramente, pelo ordenamento jurídico nacional, considerados como homicídio (MARQUES; ALMEIDA, 2014, p. 12), a Ortotanásia não se pode considerar nem como homicídio nem como Suicídio Assistido e, por conseguinte, configura-se em caso atípico. As Diretivas Antecipadas de Vontade devem, pois, produzir efeitos quanto a Ortotanásia, não quanto às outras duas espécies.

Por outro lado, ocorre a situação de Eluana Englaro, jovem há dezessete anos em coma. Sabe-se que pessoas em coma podem, em algum momento, sair deste estado, motivo pelo qual a situação se mostra diversa daquela que acometeu Emma. Quanto ao fato em análise, portanto, restaria questionar se caberia ao Estado, aos familiares de Eluana ou a nenhuma das partes dispor acerca do desligamento dos aparelhos que lhe forneciam alimentação e lhe mantinham viva. Ademais, por via transversa, indaga-se sobre a existência de um dever de se respeitar a Dignidade dos familiares da paciente. Acresça-se, ainda, o questionamento se o desligamento dos aparelhos, nesse caso, configura-se como homicídio. É de se expor como deveria ser encarado o fato se Eluana pudesse, antes do estado

de coma que lhe acometeu, ter manifestado sua vontade pela não manutenção de sua vida em caso de situações similares.

No Direito brasileiro, não se afigura defesa, *a priori*, da opção pelo não prolongamento da vida no caso de pacientes em coma, pois as Diretivas Antecipadas de Vontade, ainda controversas, não tratam deste tipo de situação. Em verdade, esses instrumentos abordam o caso de paciente acometido por doença terminal, o qual, quando em seu normal exercício de capacidade, pode, por si, ou, quando não esteja mais consciente, por representante que tenha nomeado anteriormente, decidir acerca de sua submissão ou não a tratamentos que tenham por escopo o prolongamento da vida, com adiamento de seu perecimento.

No caso de pessoa que não esteja acometida por doença terminal, mas em coma, o efetivo respeito do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, e de seu traço subjetivo da Autonomia da Vontade, deveriam conduzir à defesa de que, existindo Diretiva Antecipada de Vontade, seja Testamento Vital ou mediante mandatário nomeado pela pessoa para esse fim, se resguardasse o direito à descontinuidade da vida artificialmente. Essa possibilidade respeita os direitos fundamentais à vida digna e à morte digna, este corolário daquele, principalmente por não ser possível precisar, em muitas circunstâncias, o tempo que o paciente permanecerá em coma ou se seu quadro clínico mudará. As normas de direitos fundamentais, como já transcrito, são normas de otimização e, nesse viés, devem ser concretizadas na maior amplitude possível.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

Em face de todo o exposto na discussão, tomando-se por base o filme “Bella Addormentata”, há o conflito entre a obrigatoriedade ou não de manutenção da vida humana, quando diante de pacientes em estado terminal ou de pessoas em coma. Nesse contexto, retrata-se a caracterização e definição do direito à vida e do direito à morte derivado do primeiro. Incidem, sobre o tema, a Autonomia da Vontade e o Princípio e fundamento da Dignidade da Pessoa Humana.

No Direito brasileiro, a Eutanásia e o Suicídio Assistido são verificados como atos delituosos, enquanto o caso da Ortotanásia em pacientes em estado terminal, especialmente pela previsão de Diretivas Antecipadas de Vontade, é tema polêmico, mas que não configura ilícito penal. Geram substrato à discussão, a manutenção da vida como pré-requisito para a personalidade, o direito à vida, o direito à morte, o fundamento da Dignidade da Pessoa Humana e a Autonomia.

Levando-se em consideração principalmente os direitos à vida digna e à morte digna, este último implícito, com fulcro no exposto no parágrafo 2º do artigo 5º da CF, é razoável permitir-se aos pacientes em estado terminal que, por meio de Diretivas Antecipadas de Vontade ou pela manifestação inequívoca de sua vontade por qualquer forma, possam optar pela morte. Esta resta instrumentalizada, legalmente, pela Ortotanásia, ou seja, pela simples ausência de prolongamento artificial da vida do paciente.

Igualmente, tal direito deve ser assegurado aos pacientes em estado de coma, caso estes se manifestem de alguma forma antes de se encontrarem acometidos pelo estado em que não podem expor sua vontade, ou mediante escolha realizada pelo mandatário previamente nomeado para esse fim. Assim, concretizam-se tanto o direito à morte digna quanto o direito à vida digna, já que não se pode falar em um direito à vida como sendo simplesmente o direito a estar com vida, pelo fato de que a Dignidade da Pessoa Humana é fundamento do Estado Democrático de Direito e deve balizar a interpretação dos

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

direitos fundamentais. Retirar-se a Autonomia de Vontade da pessoa nestas circunstâncias é negar-lhe traço humano fundamental, característico da própria Dignidade da Pessoa Humana.

No mesmo sentido, é de se observar que os direitos fundamentais, como os direitos à vida e à morte dignas, requerem aplicação otimizada no caso concreto. Por conseguinte, ainda que não haja, explicitamente, nenhum dispositivo que salvaguarde o direito de o paciente em coma, que não esteja em estado terminal, optar, previamente, pela morte digna, especialmente a partir da Ortotanásia, a otimização do exercício do direito à morte digna e do direito à vida digna demanda que se garantam os efeitos da manifestação da vontade do paciente.

Data de Submissão: 14/04/2018

Data de Aprovação: 20/10/2018

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Fernando Joaquim Ferreira Maia

Assistente Editorial: Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/40. **Código Penal**, Brasília, DF, Senado, 1940.

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Código Civil**, Brasília, DF, Senado, 2002.

CALEGÁRIO, Jéssica Maria Fonseca. Eutanásia: uma ótica jurídica, psíquica, e a construção do conceito individual de dignidade. **Panóptica**, Vitória, v. 10, n. 2, p. 26-34, 2015. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/350/pdf_1>. Acesso em: 12 out. 2016.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Direito de morrer de forma digna: autonomia da vontade. **Revista Jurídica Orbis**, Campina Grande, v. 3, n. 2, p. 15-29, 2012. Disponível em: <<http://cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/104>>. Acesso em: 13 out. 2016.

CHIMENZ, Marco; LAURENTIIS, Matteo de (prod.); BELLOCCHIO, Marco (dir.). **Bella Addormentata**. [Filme-Vídeo]. Produção de Marco Chimenz e Matteo de Laurentis, direção de Marco Bellocchio. França; Itália, California Films, 2013. Compact Disc (CD), 110 min. Drama.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM). **Resolução nº 1.995/2012**, Conselho Federal de Medicina, 2012. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=PesquisaLegislacao&dif=s&ficha=1&id=10938&tipo=RESOLUC7%C3O&orgao=Conselho%20Federal%20de%20Medicina&numero=1995&situacao=VIGENTE&data=09-08-2012>>. Acesso em: 06 dez. 2016.

COSTA, Cássio de Sales; DUARTE, Hugo Garcez. Direito à vida e distanásia: por um apontamento democrático. **Bonijuris**, Curitiba, v. 28, n. 6, p. 6-10, jun. 2016. Disponível em: <https://app.vlex.com/#WW/search/content_type:4/Direito+%C3%AO+morte+digna/WW/vid/642344945>. Acesso em: 13 out. 2016.

DIAS, Patrícia Cardoso. Diretivas Antecipadas de Vontade: novos desafios para a compreensão do sistema jurídico pela consagração do instituto da representação voluntária em matéria de direitos de personalidade. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, a. 14, n. 19, p. 228-252, jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/view/930/398>>. Acesso em: 04 out. 2018.

FREITAS, Riva Sobrado de; ZILIO, Daniela. O direito à morte digna sob a perspectiva do direito à autonomia do paciente terminal. **Revista de Biodireito e Direitos do Animais**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 196-212, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/281/pdf_1>. Acesso em: 02 out. 2018.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

A (In)Dignidade nos Direitos à Vida e à Morte em Caso de...

KRAVETZ, Rafaella Zanatta Caon; CASTRO, Matheus Felipe de. O suicídio assistido na esfera dos direitos fundamentais: análise da autonomia da vontade na sociedade disciplinar. **Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba**, Curitiba, v. 2, n. 39, p. 346-372, 2015. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1537/1052>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os Direitos Fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MARQUES, Anna Valéria de Miranda Araújo Cabral; ALMEIDA, Ana Cláudia Albuquerque de. Diretivas antecipadas da vontade através do testamento vital: oportunidade de humanização da morte. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 5, n. 10, p. 9-27, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rtj/article/view/240>>. Acesso em: 01 dez. 2016.

MARTINEZ, Sergio; LIMA, Adaiana. O testamento vital e a relação médico-paciente na perspectiva da autonomia privada e da dignidade da pessoa humana. **Revista de Bioética y Derecho – Perspectivas bioéticas**, Barcelona, n. 37, p. 103-120, maio 2016. Disponível em: <<http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/16153>>. Acesso em: 05 dez. 2016.

PORTUGAL. Lei nº 25/2012. **Regula as diretrizes antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, e a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registro Nacional do Testamento Vital (RENTEV)**, Lisboa, Assembleia da República, 2012. Disponível em: <<https://dre.pt/application/conteudo/179517>>. Acesso em: 05 out. 2018.

RECKZIEGEL, Janaína; STEINMETZ, Wilson. Cuidados paliativos e o direito à morte digna. **Direito Público**, Porto Alegre, v. 13, n. 72, p. 91-114, nov./dez.2016. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2574/pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

The (In)Dignity on Rights to Life and to Death on Cases of Terminal Illness or Coma Patients Based on the Film “bella addormentata”

Rafael Marcílio Xerez

Humberto Cardoso Pinto

Abstract: The right to dignified death generates opposite opinions on juridical environment, specially over the possibility of decision for the discontinuity of life by terminal ill people or patients in coma. The discussion happens over Human Dignity and Autonomy of Will because on cases of incurable and terminal illness the conservation of life by medicaments and equipment usually generates pain and suffering to patients. The questions involving methods as Euthanasia, Orthanasia and Assisted Suicide as well as Anticipated Will Directive as possibilities to patients divide opinions. The film “Bella Addormentata” treats theses questions, specially on case of Eluana Englaro, in coma for seventeen years, which brought questions about the compulsory or not of the conservation of life of patients in coma. The research is bibliographical and documental. Its objective is to analyze if it might be assured to a terminal patient or the one in coma the right to choose death over the enlargement of their life by artificial means. As a fundamental right, the right to dignified death should be assured to patients in coma or the terminal ones if they can manifest in advance their will of non-submission to treatments that extend life.

Keywords: Right to dignified death. Euthanasia. Assisted Suicide. Orthanasia. Anticipated Will Directive.

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção da Dignidade e dos Direitos Humanos

Thaís Aldred Iasbik

Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara. E-mail: aldrediasbik@yahoo.com.br

Magno Federici Gomes

Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. E-mail: federici@pucminas.br

Resumo: A inexistência de limites nas relações humanas propicia ações atentatórias contra as razões de ser do homem. A Declaração Universal dos Direitos Humanos representa o pacto mundial para preservação da dignidade humana. O meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento humano se incluem nas condições para que esse ideal seja garantido. Com o objetivo de investigar a relação entre direitos tutelados no âmbito constitucional emprega-se o método hipotético-dedutivo, através do qual foi observado que o ordenamento vigente contempla regramento que viabiliza o desenvolvimento nacional baseado na mineração, modelado pelas diretrizes da sustentabilidade, de modo compatível com dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Declaração Universal. Direitos Humanos. Mineração. Dignidade. Ser humano.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção da Dignidade e dos Direitos Humanos³

Thaís Aldred Iasbik

Magno Federici Gomes

1 INTRODUÇÃO

A experiência do ser humano ao longo da história revela que a ausência de limites no exercício de prerrogativas individuais, ou razões de determinadas coletividades, ou ainda nações, contém potencial para aniquilação ou degradação das condições de existência digna da humanidade. Essa percepção fez com que as Nações Unidas formalizassem um pacto de preservação da essência humana, mediante resolução do Conselho de Segurança, o qual vigia os passos do homem pelo mundo com o fim de evitar novas grandes tragédias humanas na Terra.

O regime democrático brasileiro, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (CF/1988), contempla os fundamentos de existência

³ Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

do Estado, incorporando em seu conteúdo as premissas contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A CF/1988 prevê, como direito fundamental do ser humano, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e elege como objetivos da república o desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos. Essas figuras encontram respaldo nas resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas, relacionadas à declaração universal dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais, no âmbito do regime constitucional brasileiro, correspondem à ordem dos ideais revolucionários que se seguiram aos momentos em que os direitos humanos não eram prioridades pelos grupos sociais existentes em certos períodos relativamente recentes da história. O sentimento de fraternidade se configura, nesse ínterim, como um caminho para a superação do individualismo. Os direitos humanos se incluem nessa ordem e visam o bem de toda a humanidade, dentre os seres existentes no presente, assim como daqueles que se seguirão.

Esse direito, todavia, deve coexistir com o desenvolvimento, que é também reconhecido como integrante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e essencial à satisfação das necessidades do homem. A definição de desenvolvimento, a teor do propósito perseguido, não corresponde apenas à produção de riquezas, incluindo a melhoria nas condições de vida do ser humano.

A investigação promovida neste artigo pretende evidenciar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental e que o desenvolvimento nacional é condição essencial para que o ser humano atinja suas potencialidades, viabilizando uma existência digna. O desafio, nesse aspecto, é definir se a exploração dos bens minerais compõe a base fundamental para que o desenvolvimento humano ocorra e, como consequência, seja condição essencial para a satisfação dos direitos naturais do homem.

A pesquisa, nesse sentido, estabelece uma relação entre bens tutelados no nível constitucional, considerando a potencialidade repulsiva de um sobre o outro. A sua relevância reside na ampliação

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

do debate relacionado a tais garantias, destacando os fatores que podem indicar na coexistência harmônica entre o desenvolvimento viabilizado pela mineração e o uso sustentável dos recursos naturais, à luz dos direitos humanos.

Será empregado o método hipotético-dedutivo na medida em que forem identificados fatores de relevo constitucional, mas com potenciais atritos. O desafio reside na multiplicidade de fórmulas que a relação desses elementos propicia para o debate. Nesse sentido, a pesquisa envolve aspectos normativos contidos em normas de direito internacional e sua interface ou correspondência na legislação brasileira.

De igual modo, a análise abrange trechos de entendimentos da literatura jurídica brasileira em específicas passagens de contato com o assunto tratado na pesquisa, no sentido de reforçar a linha de raciocínio traçada ao longo da abordagem, conferindo-lhe a confiabilidade almejada no trabalho científico. O marco teórico do trabalho reside na obra intitulada “O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais”, de Marco e Mezzaroba (2017), no âmbito do qual a temática é tocada, ainda que não contenha identidade de foco.

Nesse intuito, o artigo se compõe de tópicos que iniciam relacionando a temática do meio ambiente ecologicamente equilibrado e sua integração na declaração universal dos direitos humanos. Em seguida, a abordagem abrange a mineração no âmbito dos objetivos da república quanto ao desenvolvimento nacional, e sua potencial relevância para satisfação das necessidades humanas. Por último, a pesquisa analisa a relação entre a mineração e o meio ambiente ecologicamente equilibrado, concluindo o ciclo da investigação da relação entre esses fatores de realce constitucional.

2 DIREITOS HUMANOS E MEIO AMBIENTE

A trajetória do ser humano ao longo de sua existência física é registrada pela História, em diversos momentos, onde são narrados eventos graves ocasionados por regimes políticos ou indivíduos contra a existência segura e digna do homem. Os eventos críticos mais evidentes de degradação do ser humano, normalmente, estão associados aos conflitos armados entre povos, em geral provocados pelo ódio racial ou pela cobiça sobre as riquezas alheias. Este fator, a propósito, potencializado pelas desigualdades internas, resultam também em violações das mais variadas formas, gerando insegurança e traumas em todos os ambientes ocupados pelo homem.

Esse cenário de insegurança e agressão corresponde aos momentos em que a solidariedade é substituída, na vontade dos homens, pelo egoísmo individualista, no qual o “ter” assume maior relevo que o “ser”.

Nesse âmbito, após o último e mais grave episódio mundial de agressões e violações contra a existência digna do ser humano, as nações unidas se empenharam para reconhecimento de direitos inerentes à natureza do homem, promovendo em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em cujo preâmbulo são delineadas as razões e as premissas fundamentais do documento:

Considerando que o desrespeito e o desprezo pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e o advento de um mundo em que os seres humanos gozarão da liberdade de expressão e crença e a liberdade do medo e da vontade foi proclamada como a mais alta aspiração das pessoas comuns,
[...],
Considerando que os povos das Nações Unidas têm na Carta reafirmado sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

e na igualdade de direitos dos homens e mulheres e determinaram promover o progresso social e melhores padrões de vida em maior liberdade, [...], [...], a ASSEMBLÉIA GERAL proclama ESTA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DE DIREITOS HUMANOS como um padrão comum de conquista para todos os povos e para todas as nações [...] (ONU, 1948, Preâmbulo).

Os regimes integrantes da Organização das Nações Unidas (ONU), supostamente deveriam promover no âmbito interno as premissas por ela reconhecidas, o que atualmente é contemplado no conteúdo da CF/1988, que aponta a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República, e eleva a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios regentes das relações internacionais por ela mantidas. Nesse contexto, Pinto evidencia a tendência global no reconhecimento dos direitos humanos na integração dos ordenamentos jurídicos pelo mundo:

Vivemos, atualmente, um momento no qual a questão dos direitos humanos está presente em praticamente todos os rincões do mundo. A sociedade mundial e a grande maioria dos países têm a questão dos direitos humanos posta com base de estruturação de suas sociedades. Neste sentido, deparamo-nos não com uma universalidade abstrata dos direitos humanos, mas com uma realidade e, sobretudo, com uma discussão que abrange quase todo o planeta, o que poderia indicar sua universalização (PINTO, 2015, p.5).

Conhecidos os contextos e instrumentos em que os direitos humanos assumem relevância na pauta das nações contemporâneas, convém apontar o que se considera inserido nessa categoria, que tende a aperfeiçoar todas as demais liberdades humanas em relação ao seu semelhante. O teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos indica diversos itens, envolvendo vida, segurança, privacidade, igualdade, liberdade, fraternidade, dentre uma série de garantias que, em ciclo, giram em torno da existência digna da pessoa em qualquer lugar, protegida contra toda ordem de abuso. Essa lógica não significa a proteção cega e irresponsável contra qualquer medida de controle, uma vez que o excesso individual compromete a segurança geral, e viola os direitos dos demais seres na sociedade. Pretende-se, ao

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

contrário, que a igualdade seja a guia das relações. Nesse sentido, a propósito, é que se garante o julgamento perante tribunal legalmente instituído, e o duplo grau de jurisdição, como forma de assegurar que as reprimendas aplicadas não ultrapassem dos limites estabelecidos em lei.

A percepção sobre o significado do homem no mundo, precursora dos ideais norteadores dos direitos humanos, ocorre no período axial, quando se percebe que “se não há nenhuma justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade numa instância superior ao povo, o homem torna-se, em si mesmo, o principal objeto de reflexão e análise” (COMPARATO, 2017, p. 22). A evolução desse pensamento leva o autor a ponderar que:

Seja como for, se a pessoa – e não todo e qualquer indivíduo, como queria Protágoras – é fonte de e medida de todos os valores; ou seja, se o próprio homem, e não a divindade ou a natureza de modo geral, é o fundamento do universo ético, a História nos ensina que o reconhecimento dessa verdade só foi alcançado progressivamente, e que sua tradução em termos jurídicos jamais será concluída, pois ela não é senão o reflexo do estado de “permanente inacabamento” do ser humano de que falou Heidegger (COMPARATO, 2017, p. 49).

A síntese dessa reflexão quanto ao significado do ser humano em sociedade, portanto, é que encerra em si a medida dos direitos e dos deveres, de modo que quaisquer restrições às suas liberdades naturais se justificam somente em razão de outro ser humano e da própria sociedade que compõe.

Os direitos e garantias fundamentais, no âmbito da CF/1988, delineiam de modo geral o ordenamento jurídico brasileiro, embora sejam previstos expressamente no Título II, englobando direitos individuais e coletivos, sociais, da nacionalidade, políticos e dos partidos políticos. Especificamente quanto aos direitos e deveres individuais e coletivos, a CF/1988 segue o padrão definido na declaração universal dos direitos humanos, estabelecendo que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

e à propriedade” (BRASIL, 1988, art. 5º da CF/1988) – o que observa a universalidade do bem tutelado.

O trecho supratranscrito da CF/1988, todavia, não contempla a integralidade do abrangente propósito definido na declaração das Nações Unidas sobre os direitos humanos. Observa-se que a fraternidade entre os povos, cuja ausência motivara tanto ódio e desgraça num passado recente, é item precioso no documento editado no dia 10 de dezembro de 1948.

O sentimento preconizado pela declaração dos direitos humanos transcende o individual ou o coletivo, para alcançar o universal, o transfronteiriço, o ser humano em qualquer lugar, seja ele quem for, na medida do disposto no artigo 1º, segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são dotados de razão e consciência e devem agir uns contra os outros em espírito de fraternidade” (ONU, 1948). O termo “todos”, neste contexto, contém o sentido completo da palavra, contra o qual descabe exceção, posto que é universal. A esse respeito, Medeiros destaca o documento das Nações Unidas pelo conteúdo inovador em relação às iniciativas anteriores, voltadas a semelhante propósito:

Eis por que parece mais aceitável reconhecer a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, como o mais pujante documento de afirmação do universalismo dos direitos humanos, embora Rezek (1998, p. 220) e Sorto (2008, p. 20) enxerguem na fundação das Nações Unidas o marco em que começou a haver, segundo o primeiro, “[...] preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos”. Dita declaração, deveras, de tão comprometida com esse universalismo, foi pioneira em abdicar de invocar a Deus ou à Razão como bases doutrinárias. (MEDEIROS, 2014, p. 7).

A CF/1988, ao modelo definido pelas Nações Unidas, contempla direitos igualmente universais, cujo melhor expoente ocorre no artigo 225, segundo o qual “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988). Observa-se, pois, que o direito ao

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

meio ambiente ecologicamente equilibrado não é dado apenas aos nacionais, mas à humanidade, incluindo-se as gerações futuras, para as quais se pretende legar o acesso aos mesmos recursos naturais que as gerações atuais têm.

Esse é o sentido percebido pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar Recurso Especial interposto no âmbito de Ação Civil Pública, ajuizada pelo Ministério Público Federal, em face dos órgãos ambientais da esfera federal e estadual, dentre cujos questionamentos se incluía o da competência para licenciar e fiscalizar determinado empreendimento. Em síntese, e com a finalidade de destacar a natureza do direito tutelado, concluiu o Ministro Relator que um ambiente equilibrado, diante de sua grande relevância para a humanidade, supera alguns outros direitos também tutelados pelo Estado. Neste sentido, tem-se o entendimento do STJ no Recurso Especial 588022/SC:

EMENTA: ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAÍ-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL. 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento. 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações. 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajaí-Açu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos. 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajaí-Açu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, é supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que

vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região. 5. Recursos especiais improvidos (BRASIL, 2004).

A ubiquidade, portanto, evidencia o caráter universal do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que credencia a afirmar que tal direito se insere nos propósitos da Declaração dos Direitos Humanos pela Assembleia Geral da ONU, em Paris, no ano de 1948.

A garantia dos direitos fundamentais, todavia, e conquanto vise à proteção do homem no ambiente social, pressupõe a ocorrência de fatores potencialmente danosos a exercerem pressão sobre si. Com efeito, o titular do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é também o seu potencial degradador.

As atividades humanas, por inevitável, são desenvolvidas nos diversos ambientes do planeta e, de acordo com o local, finalidade ou forma de uso, podem alterar significativamente as características estéticas e sanitárias do ambiente natural. Nesse contexto é que se avaliará, no item subsequente, o desenvolvimento de atividades minerárias no cenário em que a condição humana assume relevância, sobretudo para justificar a tutela do meio ambiente como direito difuso e fundamental à existência digna do ser.

3 DESENVOLVIMENTO HUMANO E MINERAÇÃO

Conforme evidenciado no item anterior deste trabalho, o ser humano se reveste, a um só tempo, de condição e causa da existência de um complexo normativo de proteção contra abusos e violações à dignidade do homem. Desse modo, as ações humanas correspondem ao exercício de um direito natural, mas representam ameaça à sua existência, motivo pelo qual a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução 217-A, que contém a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O ser humano, ao longo de sua existência, executa ações essenciais à sobrevivência e ao progresso, as quais também se revelam como fatores de risco mútuo, caso ocorram num ambiente desprovido de solidariedade. A experiência relatada pela História humana é prova do quão cruel pode ser o homem quando age contra seu semelhante no impulso egoísta, e o despertar das nações sobre esse risco real é que resultou na declaração dos direitos humanos:

Perceber-se-á que, em face das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional passou a reconhecer que a proteção dos direitos humanos constitui questão de legítimo interesse e preocupação internacional. Ao constituir tema de legítimo interesse internacional, os direitos humanos transcendem e extrapolam o domínio reservado do Estado ou a competência nacional exclusiva. São criados parâmetros globais de ação estatal, que compõem um código comum de ação, ao qual os Estados devem se conformar, no que diz respeito à promoção e proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2008, p. 4-5).

As atividades humanas, nesse aspecto, correspondem ao movimento natural decorrente de sua existência física em determinado ambiente e ao longo de certo período de tempo. Essas atividades, portanto, essenciais à existência, são dotadas também de potencial para destruir o ser humano.

O aproveitamento de recursos minerais pelo homem o acompanha na sua jornada evolutiva desde a pré-história até os dias atuais, expandindo-se à medida que a técnica avança, com a descoberta progressiva dos usos possíveis e necessários ao conforto e

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

o pleno domínio dentre os seres vivos na terra. Nesse sentido, assim observa Freire quanto à antiguidade da atividade minerária desenvolvida pela humanidade:

A exploração mineral não é recente na história da humanidade. Confunde-se com o surgimento do homem. O Homem pré-histórico já explorava as minas para obter as pedras e os metais que necessitava para a construção de seus abrigos e armas.

Estudos realizados em pinturas de túmulos encontrados no vale do Rio Nilo nos mostram que há quase 5.000 anos o homem comercializava metais preciosos. Nessas pinturas são retratados artífices pesando ou fundindo metais preciosos, comercializando gemas de lápis-lazúli e de esmeralda (FREIRE, 2005, p. 13).

A passagem transcrita é sucedida por relatos que evidenciam o desenvolvimento de atividades minerárias ao longo da evolução histórica da humanidade, que corresponde, no caso brasileiro, à exploração promovida pelos colonizadores portugueses, estendendo-se até à atualidade, quando a produção mineral responde por significativa parcela das riquezas produzidas pelo país. Nesse sentido, segundo informações disponibilizadas pelo Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM, 2017, s.p.), a indústria extrativa mineral responde por 11,6% das exportações, e representa 4,3% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro.

Os bens minerais, na ordem constitucional vigente, integram o rol de bens de domínio da União. Essa titularidade de direito, todavia, não pretende monopolizar a exploração ou uso dos recursos minerais existentes no território nacional. A interpretação sobre essa opção do poder constituinte evidencia o caráter estratégico desse patrimônio, conforme abordagem promovida por Freire, para quem:

O regime de domínio federal encerra maior preocupação com a transformação do depósito mineral em riqueza do que com a titularidade da mina. Não se transfere ao minerador uma propriedade dominial sobre a jazida, mas domínio sobre o título minerário, que lhe outorga o direito de explorá-la até a exaustão, com atributos idênticos à da propriedade privada.

À União e ao Distrito Minerário interessa o subsolo mineralizado, porque tem expressão econômica e estratégica, justificando sua proteção legal. O subsolo estéril é regido pela parte final do art. 526 do Código Civil. As exceções a essa regra são (a) o subsolo não mineralizado

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

sujeito à servidão mineral e (b) o subsolo onerado por requerimento de direito minerário ou alvará de pesquisa enquanto não se conhece a existência de mineralização. Em ambos os casos, o subsolo não mineralizado subordina-se ao regulamento do Código de Mineração (FREIRE, 2015, p. 37).

A CF/1988, nesse aspecto, aponta dentre os objetivos da República o desenvolvimento nacional e a promoção do bem de todos. No intuito, pois, de resguardar os recursos essenciais ao desenvolvimento nacional e à promoção do bem de todos, o Poder Constituinte, a exemplo do que fez com os potenciais de geração de energia hidrelétrica, reservou à União o domínio sobre os bens minerais existentes em todo o território nacional, incluindo aqueles existentes na plataforma continental e zona econômica exclusiva.

A relevância dos bens minerais para a finalidade evidente no tratamento conferido pela CF/1988 é refletida no teor do Parecer PROGE nº 145/2006, da Procuradoria Jurídica do Departamento Nacional de Produção Mineral, que aponta as atividades minerárias como essenciais aos mais comuns atos da vida cotidiana:

A mineração representa hoje atividade indispensável à evolução sustentável do País, chegando a afirmar a doutrina que ‘a mineração é uma atividade de utilidade pública e como tal deve ser reconhecida, pois é inimaginável a vida sem minerais, metais e compostos metálicos, essenciais para a vida das plantas, dos animais e dos seres humanos. O combate à fome depende da agricultura e esta dos fertilizantes. Também dependem dos produtos minerais a habitação, o saneamento básico, as obras de infraestrutura viária, os meios de transportes e de comunicação (BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral, 2006, p. 3).

Logo, a afirmação acima pode ser considerada inequívoca, pois, a relevância dos recursos minerais ao desenvolvimento nacional é inquestionável, cabendo-nos demonstrar a natureza desse objetivo como direito inerente ao ser humano. Nesse sentido, a CF/1988 encontra novamente respaldo das suas disposições em Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, por ato de 04 de dezembro de 1986, no âmbito do qual o direito ao desenvolvimento fora

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

reconhecido como direito humano inalienável. O conteúdo, nesse sentido, evidencia o progresso como condição para que o homem atinja a plenitude que suas potencialidades ensejam:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

[...]

Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e devem assegurar, *inter alia*, igualdade de oportunidade para todos no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda.

[...]

Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos.

[...]

Os Estados deverão tomar medidas para assegurar o pleno exercício e o fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento, incluindo a formulação, adoção e implementação de políticas, medidas legislativas e outras, em níveis nacional e internacional (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1986).

Observa-se da Resolução 41/128, de 04/12/1986, que é inalienável o direito ao desenvolvimento como condição para a realização de todos os demais direitos fundamentais, o que lhe confere identidade de tratamento na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No objetivo que se busca desenvolver, o disposto no art. 1º, § 2º, da referida Resolução, dispõe que o direito ao desenvolvimento implica no exercício da soberania plena sobre todas as suas riquezas, dentre as quais se incluem aquelas decorrentes da exploração dos recursos minerais existentes no território nacional. Nesse sentido, atribui-se ao Estado o dever de adotar todas as medidas, inclusive legislativas, necessárias à realização desses direitos.

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

Analisando a relação constitucional brasileira entre os direitos humanos e o desenvolvimento nacional, Dominiquni e Benacchio apontam as finalidades definidas para a ordem econômica, dentre as quais se incluem a justiça social e a existência digna do ser humano. Nesse sentido:

Ocorre que, para além da finalidade da ordem econômica, também se trata de um dos objetivos do Brasil eis que o inciso I do artigo 3º prevê a construção de uma sociedade justa e solidária, [...].

A existência digna consignada no caput do artigo em comento vem reforçar previsão principiológica basilar de todo o ordenamento jurídico, inclusive e sobretudo à ordem econômica, referida no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana (DOMINIQUINI; BENACCHIO, 2016, p. 40-41).

A exploração de recursos minerais, no passo que reconhecida pela essencialidade ao desenvolvimento nacional, encontra previsão em dispositivos constitucionais, e é regida pelo Código de Minas - Decreto-Lei nº 227/1967, que disciplina os regimes de exploração e regras correlatas ao desenvolvimento das atividades minerárias em todo o território nacional.

Assim, patenteada a condição da atividade minerária como essencial ao desenvolvimento nacional e, conseqüentemente, à satisfação dos direitos humanos fundamentais, é indispensável avaliar a baliza em que se dá a compatibilização dos dispositivos legais e constitucionais relacionados à exploração das atividades minerárias, bem como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no cenário em que os direitos humanos ocupam o cerne da discussão sobre a existência digna do homem. Esse é o propósito do item subsequente.

4 MINERAÇÃO E MEIO AMBIENTE

As atividades minerárias, conforme discussão delineada no tópico anterior deste artigo, figuram no contexto constitucional como essenciais ao desenvolvimento nacional, razão pela qual a gestão

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

desses recursos é controlada pela União, que outorga o direito de explorá-las.

A CF/1988, nesse aspecto, ao definir as diretrizes da ordem econômica, lança seus fundamentos na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e estabelece como finalidade assegurar a todos existência digna, de acordo com os preceitos da declaração universal dos direitos humanos.

A livre iniciativa, todavia, e conforme expressa disposição constitucional, deve observar, dentre outros princípios, a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, nos termos do artigo 170, VI, da CF/1988. Dominiquni e Benacchio (2016, p. 42), nesse cenário, aponta que o valor aí atribuído visa ao equilíbrio na tríade “consumo, produção e meio ambiente” para promoção do desenvolvimento sustentável. O exercício, pois, das atividades produtivas está sujeito a contornos decorrentes de preceitos tutelados em igual nível no ordenamento jurídico-constitucional vigente.

Esses contornos é que fundamentam o exercício do Poder de Polícia pela Administração Pública, que visa à garantia da sua integridade. Essa atuação do Poder Público é definida pelo Código Tributário Nacional:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (BRASIL, 1966, art. 78 e PU).

Observa-se da previsão legal que o controle exercido pelo Poder Público sobre determinadas atividades decorre de interesse

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

público, e deve ser exercido sem desvio ou abuso, nos limites da lei e dentro do devido processo legal. Isto posto, a exploração das atividades minerárias em todo o território nacional, enquanto fator essencial ao desenvolvimento humano e social, somente pode encontrar restrições nas hipóteses definidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Noutro giro, a execução dessas ações humanas deverá observar os pressupostos constitucionais do desenvolvimento sustentável, cujas premissas são delineadas pelo ordenamento jurídico-ambiental brasileiro. O artigo 225 da CF/1988, seguindo premissa já definida no regramento da ordem econômica, estabelece que:

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.

[...]

§ 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 (BRASIL, 1988).

No que tange ao direito difuso sobre o meio ambiente ecologicamente equilibrado, procedemos, ao longo dos itens anteriores, à abordagem quanto à sua caracterização no objeto da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Todavia, o dispositivo constante no parágrafo segundo, supratranscrito, reforça a essencialidade da mineração para o desenvolvimento nacional e, ao mesmo tempo, evidencia o caráter eminentemente degradador das atividades minerárias.

A conciliação entre desenvolvimento e preservação ambiental foi, nesse sentido, objeto de análise promovida por Marco e Mezzaroba, que evidenciam a relação desses fatores com a satisfação dos direitos humanos:

Nesse cenário, em 1972 foi realizado em Estocolmo, na Suécia, o evento mais emblemático em busca de uma visão ecológica do desenvolvimento com sustentabilidade, ou seja, uma visão holística que insere o humano numa

relação de pertencimento e interdependência do ambiente natural. Foi a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente.⁴ No seu primeiro parágrafo constou a proclamação de que “o homem é, ao mesmo tempo, obra e construtor do meio ambiente que o cerca”. Registra-se, como acréscimo, que “a defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade”, que deve ser buscada em conjunto com a busca da paz e do desenvolvimento econômico e social de todo o mundo (ONU, 1972) (MARCO; MEZZARROBA, 2017, p. 327-328)⁴.

O desenvolvimento de atividades minerárias, por ocasião da CF/1988, já fora reconhecido pela potencialidade de ocasionar significativa degradação do meio ambiente, razão pela qual constava do rol de empreendimentos sujeitos à elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (EIA/RIMA). Nesse sentido, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) definiu, através da Resolução n.º 01/1986, o termo impacto ambiental e a exemplificativa listagem de atividades modificadoras do meio ambiente. Nesse rol se incluem portos e terminais de minério, além de extração de minério, inclusive de combustíveis fósseis sólidos, expressamente previstos no art. 2º, III, V, VIII, IX, da referida resolução.

A mera potencialidade, todavia, se revela efetiva degradação do meio ambiente, caso ocorra em desconformidade com as diretrizes estabelecidas pela Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), Lei n.º 6.938/1981. Exemplos recentes podem ser mencionados, como o caso do rompimento da barragem de fundão, em Mariana/MG, no qual se materializou o desastre que afetou os recursos naturais existentes ao longo da faixa por onde a lama de rejeitos se deslocou, avassalando o Rio Doce, desde a sua nascente no Estado de Minas Gerais (EMG) até a sua foz, no Estado do Espírito Santo, para despejar a lama de rejeitos na faixa atlântica do litoral brasileiro. Ao longo do seu trajeto, os rejeitos devastaram vidas humanas, aniquilando extensas faixas de área de preservação permanente, afetando a fauna terrestre e aquática:

⁴ Para analisar a ideia de desenvolvimento econômico em contraposição ao desenvolvimento sustentável e estudar um caso concreto, ver: BIZAWU; GOMES, 2016, p. 18-21.

[...] O “mar de lama” que percorreu o Rio Doce e desaguou no Oceano Atlântico, litoral do Espírito Santo, e sul da Bahia, gerou passivo ambiental irrecuperável e impactos socioterritoriais de drásticas proporções. Causou 20 mortes (até o momento), devastou os subdistritos Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, deixou cerca de 600 pessoas sem moradia e outras centenas sem trabalho, sem água e sem sustento em diversos municípios – também as comunidades originárias, como os índios Krenak, que dependem do Rio Doce para a subsistência, foram atingidas –, matou milhares de animais e vegetais, extinguindo espécies e desequilibrando toda a fauna e a flora ao longo do Rio Doce até o mar. Os resultados das investigações da Polícia Federal, em junho de 2016, demonstraram que a empresa Samarco já sabia dos riscos de rompimento da barragem do Fundão antes do desastre, o que resultou no indiciamento de oito pessoas por crime ambiental, segundo notícias recentes. (PASSOS; COELHO; DIAS, 2017, p. 282).

Ocorrências dessa natureza, impõem ao Poder Público a adoção de medidas necessárias à aplicação de penalidades e medidas corretivas em desfavor do empreendedor, em retribuição dos danos que tenha causado ao meio ambiente, com vistas a garantir que as atividades produtivas atendam ao desenvolvimento nacional de maneira sustentável⁵. Nesse sentido:

Enfim, também quando se pensa na tutela do ambiente, não se revela suficiente a proteção legal, é preciso ainda que o administrador atue no sentido de realizar essa proteção. [...] A simples edição da legislação, garantindo a proteção da saúde, por si não é suficiente a assegurar a efetividade da tutela. Está aí, a demonstrar tal aspecto, a própria tutela no caso brasileiro. [...] O que é preciso, agora, é garantir efetividade a essa afirmação (MARIOTTI; FERNANDES; LUNELLI, 2018, p. 12).

⁵ É sabido que ter uma visão sustentável hoje em dia é mais que gerir recursos naturais, já que a sustentabilidade possui novos significados, para englobar contornos jurídicos distintos (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 95-96), como, também, devem ser considerados os problemas sociais como um todo, analisando as individualidades e como elas se inter-relacionam. Assim, para os limites dessa pesquisa, enfatizam-se as dimensões ambiental, social, econômica e jurídico-política. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade pugna pela implementação dos direitos fundamentais, entre os quais constam os direitos à longevidade digna, à alimentação adequada, ao meio ambiente limpo, à educação de qualidade, à democracia, à informação, à razoável duração do procedimento, à segurança, à renda oriunda do trabalho, à boa administração pública e à moradia digna. Para aprofundamentos, consultar: GOMES; FERREIRA, 2017, p. 93-111.

O EMG, nesse aspecto, aplicou as mais altas penalidades administrativo-ambientais ao empreendedor responsável pela barragem de rejeitos de fundão. Noutra giro, nos termos do art. 14 da PNMA, o EMG em conjunto com o Ministério Público Estadual, no âmbito da Ação Civil Pública (ACP) nº 6132918-29.2015.8.13.0024, obteve do empreendedor Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o fim de garantir a reparação dos danos causados ao meio ambiente e, via de consequência, à sociedade. Essa medida, guardadas as devidas proporções, corresponde à terceira via proposta pela teoria do codesenvolvimento, indicando o meio termo entre a preservação total e o desenvolvimento a todo custo (OLIVEIRA; MONTEIRO, 2015, p. 33), para indicar o desenvolvimento sustentável preconizado pelo Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA).

A exigência de estudos de impacto sobre o meio ambiente para o desenvolvimento de qualquer atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, nesse aspecto, é obrigação imposta à Administração Pública, para exercício do correspondente Poder de Polícia⁶. Nesse sentido, tratando-se de direito difuso, a CF/1988 prevê, ainda, a publicidade dos estudos ambientais como forma de assegurar a gestão democrática dos recursos naturais, abrindo a possibilidade de participação popular e contribuindo para a identificação das melhores alternativas à sociedade no desenvolvimento das atividades pretendidas pelo empreendedor. Nesse sentido, a democracia participativa é concebida na literatura como “uma das possibilidades de garantir-se a efetivação do Estado Democrático de Direito e, especialmente, a efetividade da proteção ambiental” (MARIOTTI; FERNANDES; LUNELLI, 2018, p. 10).

Esse modelo de compatibilização corresponde às premissas definidas através da Resolução 41/128, de 04/12/1986, segundo a qual “os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena

⁶ Para aprofundamentos no poder de polícia ambiental, nas infrações administrativas contra o meio ambiente e suas sanções, ver: GOMES; AGUIAR, 2018, p. 53-62.

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

realização de todos os direitos humanos” (ONU, 1986, art. 8º, § 2º).

Nesse sentido, Marco e Mezzaroba trataram do tema afirmando:

Contudo, na visão de Jeffrey Sachs (2015, p. 5), a definição de desenvolvimento sustentável passou a ter uma abordagem mais prática, mais focada numa percepção holística do problema do que na abordagem intergeracional até então enfatizada. Passaram a ser integrados os problemas relativos (a) ao desenvolvimento econômico; (b) à inclusão social, e (c) à sustentabilidade ambiental. Com efeito, o artigo 5º da Declaração de Joanesburgo preconizou: “5. Por conseguinte, assumimos a responsabilidade coletiva de fazer avançar e fortalecer os pilares interdependentes e mutuamente apoiados do desenvolvimento sustentável - desenvolvimento econômico, desenvolvimento social e proteção ambiental - nos âmbitos local, nacional, regional e global”. Assim, o compromisso com as gerações futuras permaneceu, porém, de forma secundária (MARCO; MEZZAROBA, 2017, p. 331).

O Poder Público, portanto, dispondo dos estudos ambientais ponderados no meio social em que se encontra inserido o empreendimento, disporá das informações indispensáveis ao manuseio dos instrumentos legalmente estabelecidos para a compatibilização mútua dos fatores constitucionais indispensáveis ao pleno e sustentável desenvolvimento humano.

5 CONCLUSÕES

A humanidade, após testemunhar os mais degradantes eventos ocasionados pelo ódio e pelo egoísmo, acordaram em estabelecer o pacto de existência digna, que resultou na configuração da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Esse ato simboliza o esforço do homem na superação dos maus sentimentos, para cultivar a

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

solidariedade e cooperação entre os povos, no sentido de viabilizar uma existência de paz e dignidade.

A realização desse artigo visou à identificação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à mineração como integrantes dos propósitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e a coexistência desses elementos como garantia da dignidade humana, na figura do desenvolvimento sustentável.

Os direitos fundamentais, no âmbito do regime constitucional brasileiro, são dispostos na mesma sequência em que a humanidade foi identificando os ideais da existência digna. Assim, a fraternidade se evidencia como superação máxima do individual, local, corporativo ou coletivo, para atingir o ideal difuso ou universal. Os direitos humanos se incluem nessa ordem, e visam o bem de toda a humanidade, dentre os seres existentes no presente, assim como daqueles que se seguirão.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é reconhecido como de domínio humano, isento da noção territorial das fronteiras físicas ou políticas existentes. Nesse aspecto, os atributos ambientais do planeta devem ser preservados como integrantes da própria essência humana e da condição de sua existência saudável.

Esse direito, todavia, deve coexistir com o desenvolvimento, o qual é também reconhecido como integrante da Declaração Universal dos Direitos Humanos e essencial à satisfação das necessidades do homem.

Nesse contexto, a exploração dos recursos minerais disponíveis se revela como fator fundamental para viabilizar o desenvolvimento, integrando substancialmente a base dos fatores de produção e formação de riqueza. A CF/1988, identificando os bens minerais sob esse prisma, cuidou de incluí-los sob a proteção da União, tendo em vista a estratégica relevância desses recursos naturais ao desenvolvimento nacional.

A CF/1988, no adequado nível de relação entre os fatores de proteção ao ser humano, tratou de relacionar o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado com o direito ao desenvolvimento, cuja base engloba a exploração dos recursos

A Mineração Sustentável como Fator Essencial à Promoção...

minerais existentes no território nacional. Assim, no intuito de relacioná-los no capítulo dedicado ao meio ambiente, determinou-se que o minerador fica obrigado a recuperar as áreas degradadas por sua atividade.

No seio dessa relação, a reconhecer que a livre iniciativa em que se funda a ordem econômica é conformada pelo princípio de defesa do meio ambiente, estabeleceu a CF/1988 a possibilidade de tratamentos diferenciados de acordo com o impacto ambiental ocasionado pela respectiva atividade.

Assim, definindo o instrumento de avaliação de impactos ambientais, e estendendo ao povo a gestão compartilhada dos recursos naturais, a CF/1988 contempla um complexo ato normativo, social, técnico e institucional compatível com a premissa do desenvolvimento sustentável, para promoção da dignidade da pessoa humana.

O desafio proposto para a investigação, nesse sentido, contempla as faces constitucionais dos direitos humanos, envolvendo o desenvolvimento nacional e a mineração como fatores essenciais à promoção dos objetivos da república. A mineração, nesse aspecto, compõe a base de uma infinidade de produtos imprescindíveis ao conforto e desenvolvimento humano e social. No entanto, a mineração, dentre as atividades produtivas, é reconhecida expressamente pela elevada potencialidade lesiva sobre o meio ambiente e, conseqüentemente, ao próprio homem.

A tônica de compatibilização entre o desenvolvimento das atividades econômicas, especificamente a mineração, é dada pelo complexo técnico-jurídico contido nas disposições constitucionais relacionadas ao seu exercício sustentável. Essa característica contempla a normatização prevista na CF/1988, e se estende pelas regras definidas no âmbito das políticas nacionais relacionadas ao uso e exploração dos recursos naturais, no sentido de assegurar a sustentabilidade das ações humanas envolvendo a relação entre homem e meio ambiente. Assim, no cenário em que o homem contém a potencialidade destrutiva da sua existência digna, o manejo adequado dos instrumentos disponíveis poderá viabilizar a harmonia

entre as necessidades humanas individuais e coletivas com a preservação dos recursos naturais. O resultado desse equilíbrio, certamente, está na sobrevivência digna do homem.

Data de Submissão: 23/02/2018

Data de Aprovação: 21/09/2018

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

REFERÊNCIAS

BIZAWU, Kiwonghi; GOMES, Magno Federici. Oil exploitation at Virunga park as a threat to the environment and to endangered animal species. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 27, p. 11-29, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/897>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente. Resolução nº 01, de 23 jan. 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. **Diário Oficial da União**, Brasília, 17 fev. 1986. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Diário Oficial da União, Brasília, out. 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocopilado.htm>. Acesso em: 5 dez. 2017.

BRASIL. Departamento Nacional de Produção Mineral. Parecer PROGE/DNPM nº 145/2006. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 jul. 2006. Disponível em: <http://www.dnrm.gov.br/aceso-a-informacao/legislacao/pareceres/pareceres-proge/parecer_proge_145_2006.pdf/view>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de out. de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, out. 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm>. Acesso em: 5 dez. 2017.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 ago. 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial da União**, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 27 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.876, de 2 de maio de 1994. Autoriza o Poder Executivo a instituir como Autarquia o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, maio 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8876impresao.htm>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 588022/SC. Relator: Ministro José Delgado. Brasília. Data de Julgamento: 17 fev. 2004. **Diário de Justiça**, Brasília, 5 abr. 2004. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1111352&num_registro=200301597545&data=20040405&tipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 5 dez. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DOMINQUINI, Eliete Doretto; BENACCHIO, Marcelo. Ordenação da economia para a proteção dos direitos humanos: função estatal e comando constitucional. **Prisma Jurídico**, São Paulo, v. 15, n. 1, p. 27-49, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma/article/view/6073/3332>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

FREIRE, William Eduardo. **Natureza jurídica do consentimento para pesquisa mineral, do consentimento para lavra e do manifesto de mina no Direito brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Mineira, 2005.

GOMES, Magno Federici; AGUIAR, Patrícia Leal Miranda de. A atuação da polícia administrativa ambiental na fiscalização dos aterros sanitários municipais. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo-SP, v. 19, n. 8, p. 51-69, jan./abr. 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2018.v19i8.3122>>. Acesso em: 20 set. 2018.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n^o 52, v. 2, p. 93-111, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>>. Acesso em: 20 set. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE MINERAÇÃO (IBRAM). **Estudo do IBRAM “Mineração e economia verde” será lançado durante evento CNI Sustentabilidade 2017**. Disponível em <<http://portaldaminerao.com.br/ibram/estudo-do-ibram-mineracao-e-economia-verde-sera-lancado-durante-evento-cni-sustentabilidade-2017/>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

MARCO, Cristhian Magnus de; MEZZARROBA, Orides. O direito humano ao desenvolvimento sustentável: contornos históricos e conceituais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 29, p. 323-349, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1066/623>>. Acesso em: 07 dez. 2017.

MARIOTTI, Alexandre Abel; FERNANDES, Bruna Souza; LUNELLI, Carlos Alberto. Participação popular e Poder Judiciário: uma possibilidade para a proteção ambiental. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 17, n. 34, p. 01-29, jan./abr. 2018. Disponível em:

<<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/30391>>. Acesso em: 19 set. 2018.

MEDEIROS, Morton Luiz Faria de. Teorias dos direitos humanos: entre o relativismo e o universalismo do direito de resistência à opressão. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 13, n. 25, p. 1-26, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/article/view/22871/14679>>. Acesso em: 19 set. 2018.

OLIVEIRA, Daiana Felix de; MONTEIRO, Luciana de Vasconcelos Gomes. Ecodesenvolvimento: uma abordagem sob o contributo de Ignacy Sachs. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis (SC), v. 1, n. 2, p. 29-48, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/939>>. Acesso em: 19 set. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 217 A, de 10 dez. 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/index.html>>. Acesso em: 5 dez. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. Resolução 41/128, de 04 dez. 1986. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em 5 dez. 2017.

PASSOS, Flora Lopes; COELHO, Polyana; DIAS, Adelaide. (Des)territórios da mineração: planejamento territorial a partir do rompimento em Mariana, MG. **Cad. Metrop.**, São Paulo, v. 19, n. 38, p. 269-297, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cm/v19n38/2236-9996-cm-19-38-0269.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2018.

PINTO, João Batista Moreira. Os direitos humanos como um projeto de sociedade. In: PINTO, João Batista Moreira; SOUZA, Eron Geraldo de (Orgs). **Os direitos humanos como um projeto de sociedade**: desafios para as dimensões política, socioeconômica, ética, cultural, jurídica e socioambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 5-33.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Sustainable Mining as an Essential Factor in Promoting Dignity and Human Rights

Thaís Aldred Iasbik

Magno Federici Gomes

Abstract: The absence of limits in human relations provides prejudicial actions against the reasons of being of man. The Universal Declaration of Human Rights is the global pact for preservation of human dignity. The ecologically balanced environment and human development are included in the conditions for this ideal is guaranteed. The hypothetical-deductive method was used to investigate the relationship between rights protected under the constitutional framework, through which it was observed that the current legislation contemplates a rule that allows the national development based on mining, modeled by the guidelines of sustainability, so compatible with human dignity.

Keywords: Universal Declaration. Human rights. Mining, Dignity. Human being.

Direitos Humanos, Interculturalidade E Questão Racial

Fernanda da Silva Lima

Professora Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. E-mail: felima.sc@gmail.com

Paula Keller Frutuoso

Mestranda no Curso de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). E-mail: paulakfrutuoso@hotmail.com

Resumo: Neste artigo discute-se sobre as relações raciais no Brasil, compreendendo o racismo como uma base estruturante da sociedade brasileira. Este artigo tem como objetivo geral compreender a interculturalidade como forma de se efetivar os direitos humanos para as mais diversas culturas, situando a população negra neste debate. O problema do artigo consiste em verificar se é possível, a partir da matriz intercultural dos direitos humanos assegurar os direitos humanos das pessoas negras no Brasil em oposição com a sua matriz tradicional e ocidental. Este artigo está estruturado em três objetivos específicos: a) estudar os direitos humanos na perspectiva tradicional, sendo tais direitos conhecidos pelo universalismo e abstracionismo; b) abordar a prática intercultural como forma de se efetivar os direitos humanos para as mais diversas culturas; e, c) analisar o contexto racial brasileiro em que esta discussão se situa. A pesquisa aponta como principal resultado a insuficiência da perspectiva tradicional dos direitos humanos, e pela necessidade em se incluir a questão racial na abordagem de tais direitos, tendo em vista o racismo institucionalizado ainda existente, deixando os negros – sujeitos reais – à margem da cultura branca dominante. A pesquisa utiliza o método indutivo e procedimento monográfico envolvendo pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Interculturalidade. Pessoas Negras.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Direitos Humanos, Interculturalidade E Questão Racial

Fernanda da Silva Lima

Paula Keller Frutuoso

1 INTRODUÇÃO

As diversidades culturais e raciais ensejam a reflexão sobre as injustiças sociais geradas pelo simples fato de ser “diferente”. Nesse contexto, sob um olhar global, podemos observar que lutas, brigas e guerras são iniciadas por conta da intolerância com quem não é “semelhante”.

É possível perceber, no decorrer da história tradicional, culturas sendo dizimadas ou silenciadas por conta da dominação e imposição de culturas atribuídas como de *status* superior. Com o pós 2^a Guerra Mundial, as nações se viram obrigadas a enfrentar os problemas relacionados à negação dos direitos humanos de forma global, a fim de se evitar que novas atrocidades, como o holocausto, voltassem a tomar força e se propagar.

Após a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, criaram-se instrumentos normativos no âmbito internacional, dos quais se destaca a Declaração Universal dos Direitos Humanos

aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Foi nesse período, portanto, que se internacionalizou a ideia dos direitos humanos, em que qualquer ser humano teria como garantia mínima de proteção a dignidade humana, passando a ser reconhecido como sujeito de direito no cenário internacional, para além da esfera de domínio estatal. Entretanto, tais instrumentos normativos foram construídos eivados de caráter universalista e abstrato, levando-se em conta, principalmente, as lutas e a trajetória eminentemente burguesa e liberal da Europa.

Daí porque se extrai a importância do estudo dos direitos humanos sob a perspectiva crítica, principalmente se tais direitos conseguem alcançar a proteção de povos e culturas que se distanciam do modo de vida europeu. Neste sentido, este artigo tem como objetivo geral compreender a interculturalidade como forma de se efetivar os direitos humanos para as mais diversas culturas, situando a população negra neste debate. Para isso, tem como problema verificar se é possível, a partir da matriz intercultural dos direitos humanos assegurar os direitos humanos das pessoas negras no Brasil em oposição à matriz tradicional e ocidental dos direitos humanos.

Em razão da pluralidade de culturas e etnias existentes, ressaltam-se modelos que visem à inclusão cultural, principalmente por meio do reconhecimento de diversas culturas, contrapondo a ideia de cultura dominante e do assimilacionismo.

Nesse contexto, a interculturalidade aparece na América Latina no âmbito educacional, notadamente como referência à educação escolar indígena, e busca a relação e o respeito entre diferentes grupos sociais, mormente por meio de processos democráticos e dialógicos. Diferentemente dos movimentos pós-coloniais, em que se reconheciam diferentes culturas, mas não se pretendia uma mudança estrutural, a interculturalidade surge como

movimento político e social para a transformação no que diz respeito às estruturas de dominação.

Na primeira seção do presente estudo, serão analisados os direitos humanos na perspectiva tradicional, construídos principalmente por meio da trajetória vivenciada pela Europa ocidental, tendo como sujeitos de direitos centrais as pessoas de sexo masculino, brancas, burguesas e europeias.

A segunda seção abordará a interculturalidade como forma de se efetivar os direitos humanos para as mais diversas culturas, na medida em que se aceita que não existem culturas dominantes, e que todas são incompletas na sua essência.

Por fim, na seção final, será abordada a necessidade de ser levada em conta a questão racial na abordagem de direitos humanos no contexto brasileiro, principalmente a fim de se alcançar sujeitos reais que, por conta do racismo institucionalizado, vivem à margem da cultura dominante.

A pesquisa utiliza o método indutivo e procedimento monográfico envolvendo pesquisa bibliográfica. O levantamento bibliográfico foi realizado principalmente por meio de consulta em livros e periódicos das principais bases de dados do País, tais como o portal do *Scielo*, da Biblioteca Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD), periódicos da Capes entre outras. Buscou-se por autores/as que publicaram seus trabalhos sobre os temas principais dos direitos humanos na perspectiva tradicional, bem como sob à perspectiva crítica, que abordam a interculturalidade e questão racial brasileira.

A importância do presente estudo, portanto, está calcada na necessidade de se criticar o modelo tradicional dos direitos humanos, com um olhar voltado às diferenças culturais, a fim de se alcançar a

efetividade na prática dos direitos humanos, ao se analisar sujeitos de direitos concretos e não abstratos, por meio da interculturalidade.

2 DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA TRADICIONAL

Os Direitos Humanos considerados como aqueles essenciais aos indivíduos são frutos de lutas históricas para o reconhecimento e garantia de direitos que têm como pilar a dignidade da pessoa humana.

O processo histórico dos direitos humanos deu ensejo à “teoria das gerações/dimensões”, a qual foi disseminada e até hoje possui força, a despeito de duras críticas no que diz respeito a tal perspectiva dos direitos humanos, que se analisará melhor no terceiro capítulo.

A ideia das três gerações dos direitos humanos foi lançada pelo jurista francês Karel Vasak, no ano de 1979, em Conferência realizada no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo (França). O autor da teoria associou cada geração com um componente da máxima da Revolução Francesa: “*liberte, egalité et fraternité*” (liberdade, igualdade e fraternidade). (RAMOS, 2014, p. 55).

Para Ramos (2014, p.55), a primeira dimensão diz respeito aos denominados “[...] *direitos de liberdade*, que são direitos às *prestações negativas*, nas quais o Estado deve proteger a esfera de autonomia do indivíduo. São denominados também “direitos de defesa”, pois protegem o indivíduo contra intervenções indevidas do Estado [...]” (grifos do autor).

Nessa perspectiva, entendem-se como direitos de primeira dimensão aqueles que demandam uma ausência da intervenção estatal, garantindo direitos individuais civis e políticos ao cidadão.

Nesta senda,

Direitos civis e políticos dizem respeito aos processos históricos que visavam garantir a proteção dos indivíduos em relação às arbitrariedades do Estado. Possuem uma base histórica e conceitual eminentemente liberal, tendo em vista referenciar-se na garantia da liberdade e propriedade individual como núcleo dos direitos humanos (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 39).

Tais direitos representam a luta liberal burguesa por uma maior garantia e proteção contra as intervenções estatais. Por outro lado, os direitos de segunda dimensão são denominados direitos de igualdade, e demandam efetivo papel do Estado para garantir a sua efetividade.

Sobre os direitos de segunda dimensão, Ramos (2014, p. 56) destaca:

Os direitos sociais são também titularizados pelo indivíduo e oponíveis ao Estado. São reconhecidos o direito à saúde, educação, previdência social, habitação, entre outros, que demandam prestação positivas do Estado para seu atendimento e são denominados *direitos de igualdade* por garantirem, justamente às camadas mais miseráveis da sociedade, a concretização das liberdades abstratas reconhecidas nas primeiras declarações de

direitos. Os direitos humanos de segunda geração são frutos das chamadas lutas sociais na Europa e Américas, sendo seus marcos a *Constituição mexicana de 1917* (que regulou o direito ao trabalho e à previdência social), a *Constituição alemã de Weimer de 1919* (que, em sua parte II, estabeleceu os deveres do Estado na proteção dos direitos sociais) e, no Direito Internacional, o Tratado de Versailles, que criou a *Organização Internacional do Trabalho*, reconhecendo direitos dos trabalhadores.

Tais direitos “possuem uma referência eminentemente coletiva, portanto, de modo que se consolidem na medida da emergência de sujeitos coletivos de direitos, como movimento sindical e os movimentos sociais de luta por terra, por exemplo” (ESCRIVÃO FILHO; SOUSA JUNIOR, 2016, p. 39).

Já os direitos de 3ª dimensão, ou de solidariedade, são aqueles de titularidade do coletivo, como direito ao desenvolvimento, direito à paz, e, principalmente, direito ao meio ambiente equilibrado. São direitos que têm como objetivo a manutenção da espécie humana em um ambiente saudável (RAMOS, 2014, p. 56). Com efeito, tais direitos “[...] constituem os chamados direitos coletivos. Nesse rol, acabam sendo incluídos, sem distinção rigorosa, os direitos difusos e individuais homogêneos, típicos da defesa de categorias de mercado, como os consumidores, por exemplo”. (FEITOSA, 2006, p. 40).

Nota-se, portanto, que as dimensões de direitos humanos estão diretamente ligadas à luta histórica notadamente burguesa e da Europa ocidental, marcados pelos ideais da Revolução Francesa, e consolidando o caráter eurocêntrico que se disseminou como uma verdade para todo o mundo.

Na perspectiva internacional, pode-se dizer que os direitos humanos tomaram força após a segunda guerra mundial (1939-1945), buscando-se evitar que novas atrocidades como as vivenciadas nos regimes autoritários - como nazismo e o fascismo - voltassem a ocorrer.

Sobre a internacionalização dos direitos humanos, Piovesan (2008, p. 118) escreve:

A internacionalização dos direitos humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana (2008, p. 118).

Nesse cenário, pós barbáries da segunda guerra mundial, é que se fortificou a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deveria ficar limitada ao âmbito dos Estados, com a necessidade de uma maior proteção a nível global de tais direitos (PIOVESAN, 2008, 119).

Buscando a reconstrução dos direitos humanos, e tendo como impulso ideias de que estes deveriam ser tutelados em esfera internacional, é que surgem mecanismos de defesa à violação ao indivíduo no âmbito internacional.

Tais sistemas de proteção são divididos em sistemas globais e sistemas regionais de proteção. O sistema global é composto pelos Estados membros que compõe a Organização das Nações Unidas (ONU), a qual foi criada em 1945. Já os sistemas regionais são compostos por 3 (três) grandes sistemas, sendo eles: o Sistema Interamericano; a União Europeia e a União Africana. Há, ainda, um sistema asiático em fase de construção (LIMA, 2015, p. 44-48).

Dentre os instrumentos normativos no âmbito internacional, destaca-se como grande referência a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

Sobre a Declaração de 1948, Piovesan (2003, p. 34) aponta:

A Declaração de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade.

Denota-se, entretanto, dos dispositivos e do próprio preâmbulo da Declaração, apontamentos no sentido de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (art. 1º), e que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal (art. 3º). Tais dispositivos, no entanto, reafirmam o caráter universal dos direitos humanos, com sujeitos abstratos (Assembleia Geral da ONU, 1948).

Nessa perspectiva, os direitos internacionalmente reconhecidos mostram-se insuficientes para se atingir a pluralidade e diversidade étnica existentes, como será abordado nos próximos itens, notadamente porque deixam de observar os sujeitos de direito que se busca proteger quando reafirma a necessidade de se garantir dignidade humana.

3 DIREITOS HUMANOS E INTERCULTURALIDADE

As diversidades culturais e étnicas geraram e continuam sendo motivo de conflitos ao longo da história, mormente por conta de injustiças sociais e discriminações em decorrência da intolerância e preconceito.

Tais conflitos ensejam uma solução para que as diversidades étnicas se mantenham sem que uma cultura se sobreponha a outra, ou que minorias tenham que ser assimiladas pelas culturas dominantes para não ficarem à margem social.

O que a história observou na prática, entretanto, foi a imposição de culturas dominantes para dominadas, determinando a naturalização do preconceito e da desigualdade social, como, por exemplo, na discussão sobre “raça”.

O período colonial da América deu ensejo a relações sociais que tiveram como base a ideia de raças, principalmente por conta das diferenças fenóticas que prevaleciam entre os povos conquistadores e aqueles que eram conquistados. Os povos dominados, os quais se podem destacar os índios, negros e mestiços, eram inferiorizados, bem como suas crenças e suas culturas (QUIJANO, 2005, p. 107-108).

E sobre a ideia de raça que se iniciou e perpetuou a partir do período colonial, Quijano (2005, p.107) acrescenta:

Na América, a ideia de raça foi uma maneira de outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A posterior constituição da Europa como nova identidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à

elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus.

A dominação dos períodos coloniais não se deu meramente de modo coercitivo, porquanto se construiu entre colonizadores e colonizados uma superioridade ética e do saber, com a imposição do conhecimento do colonizador, e a conseqüente negação de outras formas culturais de viver, de conhecer, e de se relacionar com o mundo (PARINI; ALBANO; OLIVEIRA, 2017, p. 18).

Lélia Gonzales (1979c, apud GONZALES, 1984, p. 232) escreve sobre a dominação de culturas brancas dominantes:

Desde a época colonial aos dias de hoje, percebe-se uma evidente separação quanto ao espaço físico ocupado por dominadores e dominados. O lugar natural do grupo branco dominante são moradias saudáveis, situadas nos mais belos recantos da cidade ou do campo e devidamente protegidas por diferentes formas de policiamento que vão desde os feitores, capitães de mato, capangas, etc, até à polícia formalmente constituída. Desde a casa grande e do sobrado até aos belos edificios e residências atuais o critério tem sido o mesmo. Já o lugar natural do negro é o oposto, evidentemente: da senzala às favelas, cortiços, invasões, alagados e conjuntos “habitacionais” [...] dos dias de hoje, o critério tem sido simetricamente o mesmo: a divisão racial do espaço [...] No caso do grupo dominado o que se constata são famílias inteiras amontoadas em cubículos cujas condições de higiene e saúde são as mais precárias.

A imposição de cultura hegemônica ou dominante é notória por meio da aculturação e assimilacionismo. A cultura dominada, nesse contexto, é esquecida e perde lugar e voz para a cultura dominante.

Sobre o assimilacionismo, Guzman e Guevara (2015, p. 22) destacam as conseqüências:

Como consecuencias de la implementación de este modelo si sigue reproduciendo la desigualdade social y la marginalizaci3n, pero a su vez se encontra la defesa de culturas originarias por parte de grupos 3tnicos. [...] As3, mediante el modelo asimilacionista las pr3cticas educativas responden a la funci3n, como instituciones del Estado de construir y hacer aceptar la definici3n de una cultura que representa a uma comunidade homog3nea, le da sentido a la vida de todos sus miembros y a la identidad nacional, pero “eliminando” la diferencia y releg3ndola al 3mbito privado⁷.

A imposi3o cultural em nada contribui para a diminu3o da desigualdade social no que diz respeito 3s quest3es raciais. Da3 porque a necessidade de se buscar modelos que visem 3 inclus3o cultural, principalmente por meio do reconhecimento de diversas culturas, e n3o somente com a imposi3o de uma cultura dominante.

Nesse contexto, no per3odo p3s-colonial, criou-se o termo multiculturalismo, reconhecendo outras identidades culturais que no decorrer da hist3ria foram deixados 3 margem da sociedade e das institui33es dominantes (VIEIRA, 2015, p. 233).

Entretanto, importante ressaltar que referido movimento, a despeito de reconhecer a cultura alheia, n3o tinha como escopo a transforma3o social e pol3tica, mas sim a perman3ncia da estrutura de domina3o dos povos inferiorizados.

Nesse sentido,

A cr3tica que se faz ao multiculturalismo 3 que ele designa uma estrat3gia pol3tica que mantem a assimetria do poder entre as culturas, ao n3o colocar em xeque o marco

⁷ “Como consequ3ncias da implementa3o deste modelo se continua reproduzindo desigualdade social e marginaliza3o, mas por sua vez 3 a defesa das culturas ind3genas por grupos 3tnicos. [...] Assim, atrav3s do modelo assimilacionista, as pr3cticas educativas respondem 3 fun3o, pois as institui33es do Estado para construir e fazer aceitar a definici3o de uma cultura que representa uma comunidade homog3nea, d3 sentido 3 vida de todos os seus membros. e a identidade nacional, mas “eliminando” a diferen3a e relegando-a 3 esfera privada” (tradu3o nossa).

estabelecido pela cultura hegemônica. Sendo assim, o respeito e a tolerância, tão difundidos pela retórica do multiculturalismo, estão fortemente limitados por uma ideologia semicolonialista que consagra a cultura ocidental como cultura dominante (VIEIRA, 2015, p. 233-234).

Com efeito, a interculturalidade aparece para se contrapor a ideia do multiculturalismo assimilacionista dos movimentos pós-coloniais, pois busca a relação e o respeito entre diferentes grupos sociais, mormente por meio de processos democráticos e dialógicos.

O termo interculturalidade surge na América Latina no âmbito educacional, notadamente como referência à educação escolar indígena, a qual passou por períodos de transição. Inicialmente, tem como marco a imposição de cultura dominante, no período Colonial, para, posteriormente, passar por períodos de assimilacionismo, com as escolas bilíngues, em que a finalidade era que os povos tradicionais fossem alfabetizados e, assim, mais “civilizados” de acordo com a cultura dominante. Destaca-se o último marco, no final da década de 80, em que, com muita luta, a população indígena passou a participar das definições acerca da educação. A perspectiva intercultural toma força e inclui no modelo escolar não somente diferentes línguas, mas diferentes culturas (CANDAU; RUSSO, 2010, p. 155-157).

Diz-se, então, que o modelo intercultural é mais abrangente do que o multiculturalismo, porque aquele reforça a identidade dos grupos étnicos minoritários, buscando a aquisição de conhecimento cultural destes povos (GUZMAN; GUEVARA, 2015, p. 27).

Pode-se dizer, dessa forma, que a interculturalidade aparece do clamor de comunidades e movimentos das populações tradicionais e afrodescendentes, notadamente na América Latina, visando principalmente a real ruptura entre colonizadores e colonizado, por meio de transformação social que resulte em novos

saberes, outras práticas políticas, e, conseqüentemente, uma nova sociedade (VIEIRA, 2015, p. 234).

A interculturalidade, nesse contexto,

Visa assim à superação do horizonte da tolerância e das diferenças culturais e a transformação das culturas por processos de interação.

Desta forma, a interculturalidade se afirma em um pensamento pós-colonial, que assume que a integração étnica própria do multiculturalismo é uma estratégia de assimilação cultural, que esconderia um propósito homogeneizador do liberalismo. Nesse sentido, a interculturalidade se apresenta como uma crítica ao multiculturalismo e ao liberalismo (VIEIRA, 2015, p. 234).

Com efeito, a interculturalidade contrapõe-se ao multiculturalismo assimilacionista, na medida em que preconiza que as culturas são todas incompletas, e que a solução seria um diálogo intercultural, por meio da hermenêutica diatópica (LIMA, 2017).

Sobre o diálogo intercultural, Santos (2008, p. 459-460) afirma:

O verdadeiro ponto de partida do diálogo é o momento de frustração ou de descontentamento com a cultura a que pertencemos, um sentimento, por vezes difuso, de que a nossa cultura não fornece respostas satisfatórias para todas as nossas questões, perplexidades ou aspirações. Este sentimento suscita a curiosidade por outras culturas e suas respostas, uma curiosidade quase sempre assente em conhecimento muito vago dessas culturas. De todo o modo, o momento de frustração ou de descontentamento envolve uma pré-compreensão da existência e da possível relevância de outras culturas. Dessa pré-compreensão emerge a consciência da incompletude cultural e dela nasce o impulso individual ou coletivo para o diálogo intercultural e para a hermenêutica diatópica⁸.

⁸ O objetivo central da hermenêutica diatópica consiste precisamente em fomentar auto-reflexividade a respeito da incompletude cultural. Neste caso, a auto-reflexividade exprime o reconhecimento da incompletude cultural da cultura de cada um tal como é vista ao espelho da incompletude cultural de outra cultura em diálogo” [SANTOS, 2008, p. 460].

Seguindo a premissa de Boaventura de Sousa Santos, de que todas as culturas são incompletas, Rubio (2014, p. 55) acrescenta que “todo conflito intercultural não deve ser tratado como problema incômodo e rejeitável, mas exatamente o contrário, como um desafio de trocas com que há que se conviver para que a vida não perca sua dinamicidade”.

Ebhard ressalta, entretanto, que para o desenvolvimento de um diálogo intercultural, não se deve buscar desconstruir toda a abordagem ocidental de direitos humanos construída até o momento, “mas sim enriquecê-la por meio de perspectivas culturais diferentes, com vistas a avançar progressivamente rumo a uma práxis intercultural dos direitos humanos e abrir novos horizontes para uma ‘boa vida’ para todas as pessoas” (2004, p. 161).

O reconhecimento e o diálogo com outras culturas engrandecem, aproximam, e colaboram com a quebra de paradigmas, com a ruptura de conceitos negativos do outro, e principalmente tendem a minorar as desigualdades sociais.

A interculturalidade demanda um pensamento complexo, o qual “[..] pode ser uma possibilidade de pensar os diferentes saberes existentes em nossa sociedade, como também as identidades socioculturais múltiplas, diversas, diferentes, pois a visão reducionista não nos possibilita dialogar com o outro.” (URQUIZA; CALDERONI, 2017, p. 8).

Trazendo a noção de interculturalidade para o cenário brasileiro, denota-se a necessidade de inclusão da população negra sem o desmerecimento de sua trajetória e de todo o seu aporte cultural, sem a imposição de uma cultura branca dominante.

4 CRÍTICA À ABSTRAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS EM RAZÃO DO CONTEXTO RACIAL NO BRASIL

Em que pese o Brasil ser conhecido por sua pluralidade cultural, na prática, não se pode conceituá-lo como uma nação desprovida de preconceito racial.

Na América Latina, e particularmente no Brasil, a questão multicultural apresenta uma configuração própria. Nosso continente está construído com uma base multicultural muito forte, onde as relações interétnicas têm sido uma constante, através de toda sua história, uma história dolorosa e trágica, principalmente no que diz respeito aos grupos indígenas e afro-descendentes. (CANDAUI, 2005, p. 13).

Ainda que, por longo período, a história brasileira negou o fato de ser uma sociedade racista, criando-se mitos que se perpetuaram por longo tempo, notadamente de que os brasileiros tratavam-se todos de forma igual, tal construção não passou de uma inverdade, em uma evidente e triste cegueira da realidade racista.

A história pós-abolição da escravidão brasileira contribuiu de sobremaneira para o mito fantasioso de que os brasileiros passaram a viver numa democracia racial.

Desde a abolição da escravatura, em 1888, não experimentamos nem segregação, ao menos no plano formal, nem conflitos raciais. Em termos literários, desde os estudos pioneiros de Gilberto Freyre, no início dos anos 30, seguidos por Donald Pierson, nos anos 40, até, pelo menos, os anos 70, a pesquisa especializada de antropólogos e sociólogos, de um modo geral, reafirmou (e tranquilizou), tanto aos brasileiros quanto ao resto do

mundo, o caráter relativamente harmônico de nosso padrão de relações raciais (GUIMARÃES, 2005, p. 39).

Para Sarmiento (2006, p. 60), “o mito da democracia racial durante muito tempo acalentado entre nós, provou ser nada mais que isso: apenas um mito, que, no seu ufanismo, anestesia as consciências e posterga o enfrentamento de um dos mais graves problemas nacionais”.

Pode-se concluir que a ausência de leis segregacionistas com o final da escravidão no Brasil de certa maneira contribuiu com a construção do mito da democracia racial. Isso porque, enquanto nos Estados Unidos, por exemplo, havia segregação racial explícita, marcada com violência e conflitos em razão de regras precisas que definiam as “raças”, o modelo brasileiro apresentou equidade jurídica e ausência de diferenciação formal, ainda que tenha se dado somente no papel (GUIMARÃES, 2005, p. 41).

Entretanto, o racismo velado brasileiro demonstrou e continua aparentando ser tão prejudicial quanto o racismo explícito norte-americano, principalmente em razão da dificuldade em lutar contra algo mascarado e naturalizado.

[...] apesar de condenado como “politicamente incorreto”, o racismo continua permeando as relações sociais travadas no Brasil. Um racismo muitas vezes velado, “cordial”, que raramente explode em episódios de violência física extrema, mas que nem por isso é menos insidioso. A lógica do regime escravocrata não foi de todo banida e tem refrações modernas nos elevadores de serviço e nos quartos de empregada, do tamanho de armários embutidos, presentes nas residências da classe média brasileira (SARMENTO, 2006, p. 60).

É importante destacar, portanto, as consequências em se reproduzir o mito de que o Brasil continua sendo uma nação desprovida de preconceito racial.

O mito da democracia racial pela qual as elites dominantes manipulam os conceitos de transculturação e de uma identidade mestiça brasileira trata-se de uma estratégia de classe conservadora, de posicionamento contra projetos que visam estabelecer um debate sobre a definição de uma identidade plural do Brasil, as políticas de afirmação de uma identidade negra positiva (MALOMALO, 2017, p.167).

Daí porque a necessidade em se repensar o modelo tradicional de Direitos Humanos, sob o enfoque de uma realidade marcada pela discriminação racial brasileira, e não tão somente a partir da realidade europeia.

A teoria crítica dos Direitos Humanos refuta a visão ocidental de tais direitos, dotada de caráter universal e abstratismo, já que construída sob a ótica de um sujeito europeu, branco, homem e burguês, mostrando-se insuficiente para alcançar os diversos sujeitos de direito por conta do pluralismo cultural existente.

Notadamente no que diz respeito à visão tradicionalmente conhecida sobre as dimensões dos direitos humanos, já vista alhures, é de se ponderar que tal trajetória linear pode ser melhor observada em países de primeiro mundo, principalmente da Europa. Entretanto, não se coaduna na mesma proporção em países periféricos, como o caso brasileiro. Isso porque, dentre outros motivos diversos, “não tivemos uma ‘revolução burguesa’. As nossas classes proprietárias não lutaram em defesa de liberdades civis e políticas que lhes tivessem sendo negadas. Também nunca tivemos uma revolução proletária” (FEITOSA, 2006, p. 41).

Para Eberhard (2004, p. 160),

[...] os direitos humanos não são universais na prática, pois não são garantidos de forma universal a todos os seres humanos e são violados no mundo todo, muitas vezes de forma grosseira. A lacuna entre a teoria e a retórica dos direitos humanos e as realidades concretas ainda precisa ser preenchida.

Isso significa que o plano teórico dos direitos humanos acaba se distanciando de sua efetividade e aplicação na prática. O plano formal se afasta do plano material.

Para aliar o plano teórico e a prática dos direitos humanos, importante que se refute a ideia eurocêntrica e linear construída pelo próprio ocidente baseada tão somente na trajetória burguesa liberal. Para tanto, é preciso introduzir o elemento intercultural a fim de evitar o silenciamento e a segregação de culturas que não se introduzem dentro do estilo de vida sociocultural do ocidente (RUBIO, 2014, 48-50).

Para Baldi (2017, p. 4-5), discutir Direitos Humanos sem discutir questões que estão na estrutura da nossa sociedade – como racismo e sexismo – corrobora com a permanência de uma concepção colonial, criando e mantendo novas “prisões”.

Tais “prisões” são facilmente percebidas com os locais à margem social que ainda se encontra a população negra. Seja nas favelas, em empregos inferiores, nos salários reduzidos, na exploração sexual das mulheres negras, e principalmente, no grande contingente carcerário, que separa e destrói milhares de famílias.

Nas palavras do autor, a fim de romper com a estrutura das “prisões”, “é necessário incorporar as ferramentas analíticas, a riqueza conceitual acumulada ao longo das histórias de opressão marcadas pela experiência colonial racista e sexista” (BALDI, 2017, p. 4).

Nesse contexto, é importante destacar o aniquilamento da cultura branca sobre a cultura dominada, e as suas nefastas consequências. Denota-se que:

[...] identidade legitimadora brasileira que se encarregou de elaborar um discurso unificador da cultura nacional; para isso, exclui outras identidades competidoras: a negra e a indígena, e outras. Na realidade, a identidade legítima brasileira é eurocêntrica e monocultural, e não mestiça como pretendem os opositores da definição de uma identidade pluralista brasileira (MALOMALO, 2017, p.184-185).

É importante destacar que “[...] lo que convencionalmente denominamos derechos humanos, no son meramente normas jurídicas nacionales o internacionales, ni meras declaraciones idealistas o abstratas, sino procesos de lucha que se dirijan abiertamente contra el orden genocida y antidemocrático del neoliberalismo globalizado⁹” (FLORES, 2005, 101).

Os direitos humanos não devem ser desvinculados dos processos de lutas de grupos sociais que buscam a emancipação humana. Vale dizer, nesse sentido, que as normas jurídicas alcançadas, por si só, não são suficientes para o reconhecimento dos direitos humanos, havendo a necessidade de uma permanente busca, por meio de ONGs, Associações, movimentos sociais, sindicatos, partidos políticos, e principalmente reivindicações de grupos inferiorizados (indígenas, mulheres e negros). (FLORES, 2009, p.71).

⁹ “O que convencionalmente chamamos de direitos humanos, não são apenas normas legais nacionais ou internacionais, nem meras declarações idealistas ou abstratas, mas processos de luta que abertamente dirigem contra a ordem genocida e antidemocrática do neoliberalismo globalizado” (tradução nossa).

Não se pode negar a importância dos documentos formais existentes, tanto no âmbito nacional, como no internacional, que foram criados para garantir os direitos humanos.

Entretanto, para a real efetividade de tais direitos, não se pode olvidar todo o período de luta da raça negra desde a escravidão ao falar de Direitos Humanos. Do contrário, essa visão hegemônica e abstrata que tem como centro a Europa ocidental e deixa de lado a trajetória histórica de resistência da população negra não se verifica suficiente para o alcance da efetividade de seus direitos.

5 CONCLUSÃO

Os direitos humanos como são tradicionalmente conhecidos, notadamente diante da internacionalização ocorrida após 2ª Guerra Mundial, estão inseridos dentro de um contexto social de lutas da Europa ocidental, deixando a desejar no que diz respeito à efetiva proteção a outras diversidades étnicas que não participaram na formação do modelo instituído e mundialmente disseminado.

Entretanto, os direitos humanos não devem ser fórmulas abstratas, destituídos de caráter subjetivo, ignorando as diversidades de sujeitos existentes, em razão da pluralidade cultural.

Levando-se em conta a teoria crítica dos direitos humanos, esse trabalho buscou apresentar as insuficiências dos direitos humanos da forma como são concebidos tradicionalmente,

construídos com base nas lutas e anseios da Europa ocidental, ignorando outras diversas culturas.

No âmbito nacional, verificou-se que o mito da democracia racial que se propagou no Brasil corrobora com manutenção da cultura branca dominante sobre a raça negra, que por muito tempo viveu à margem da sociedade, em razão de um racismo já institucionalizado.

Não se pode, portanto, negar a trajetória e as lutas sociais vivenciadas pela raça negra ao falar em direitos humanos, diante da necessidade de se proteger sujeitos reais, dotados de valores e personalidades, sob pena de se propagar a imposição cultural e o silenciamento de diversas vozes.

Nesse contexto, a interculturalidade como forma de quebrar estereótipos negativos e fortalecimento de culturas, surge com a ideia de contrapor o assimilacionismo, mormente por meio de processos democráticos e diálogos.

O presente estudo, portanto, buscou contestar o modelo tradicional dos direitos humanos, com um olhar voltado às diversidades culturais, principalmente no que diz respeito à questão racial no cenário nacional, a fim de se alcançar a efetividade na prática de referidos direitos, analisando sujeitos concretos e não abstratos, por meio da interculturalidade.

Percebeu-se que muito ainda precisa ser feito para a consolidação de uma sociedade intercultural. Com efeito, ressalta-se a importância em incluir a cultura negra ao falar de direitos humanos, reconhecendo seus legados e sua trajetória de luta, fortalecendo conceitos positivos e quebrando paradigmas negativos, a fim de buscar uma efetiva mudança na estrutura social, com a inclusão de grupos negligenciados, e diminuição das desigualdades sociais e raciais.

Data de Submissão: 12/08/2018

Data de Aprovação: 17/09/2018

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

Assistente Editorial: Caroline Helena Limeira Pimentel Perrusi

REFERÊNCIAS

ONU, Assembleia Geral da ONU. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". 217 (III) A. Paris, 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 30 maio 2018.

BALDI, Cesar Augusto. Até quando a teoria crítica dos direitos humanos vai continuar ignorando raça e gênero? 2017. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/leitura/ate-quando-a-teoria-critica-dos-direitos-humanos-vai-continuar-ignorando-raca-e-genero>>. Acesso em 20 abril 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 ago.2017.

BRASIL. **Lei 10.639** de 09 de janeiro de 2003. Dispõe sobre: diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.639.htm. Acesso em 16 ago.2017.

CANDAU, Vera Maria Ferrão; RUSSO, Kelly. *Interculturalidade e educação na América Latina: uma construção plural, original e complexa*. **Rev. Diálogo Educ.**, Curitiba, v. 10, n. 29, p. 151-169, jan./abr. 2010.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Sociedade multicultural e educação: tensões e desafios. In: CANDAU, Vera Maria Ferrão (org.). *Cultura(s) e educação: entre o crítico e o pós-crítico*. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

EBERHARD, Christoph. Direitos Humanos e diálogo intercultural: uma perspectiva antropológica. In: BALDI, Cesar A.(org.). *Direitos Humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. P.159-204.

ESCRIVÃO FILHO, Antonio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. Para um debate teórico conceitual e político sobre os direitos humanos como um projeto de sociedade. In: _____. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p.13-50.

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. Direitos Humanos, econômicos, sociais e culturais. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 5, n. 8, p.36-46, 2006. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/7182/4322> >. Acesso em: 03 set. 2018.

FLORES, Joaquim Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias.

FLORES, Joaquim Herrera. *Teoria crítica dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009 (original: *Los derechos humanos como productos culturales*, Madrid: Catarata, 2005).

GONZALES, Lélia. Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira. In *Revista Ciências Sociais Hoje*, Anpocs, 1984, p. 223-244.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. *Racismo e Anti-racismo no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, 2005.

GUZMÁN, Elizabeth Castillo; GUEVARA, Sandra Patrícia Guido. *La interculturalidade: princípio o fin de la utopia?* **Rev. Colomb. Educ.** n. 69, Bogotá, July/Dec. 2015.

Direitos Humanos, Interculturalidade E Questão Racial

LIMA, Fernanda da Silva. *Direitos Humanos, Gênero e Políticas Públicas*. 09 de agosto de 2017. Notas de Aula.

LIMA, Fernanda da Silva. **Os direitos humanos e fundamentais de crianças e adolescentes negros à luz da proteção integral: limites e perspectivas das políticas públicas para a garantia de igualdade racial no Brasil**. 2015. 337 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

MALOMALO, Bas´Ilele. *Repensar o multiculturalismo e o desenvolvimento no Brasil: políticas públicas de ações afirmativas para a população negra (1995-2009): volume 1*. [recurso eletrônico]. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

PARINI, Pedro; ALBANO, Maria Luiza Caxias; OLIVEIRA, Maria Angélica Albuquerque Moura de. O problema da efetivação dos direitos humanos: uma crítica a Richard Rorty a partir da América Latina. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 16, n. 33, p.1-25, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/35665/18709>>. Acesso em: 05 set. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9ª ed. rev., ampl. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad 2003.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

RUBIO, David Sánchez. *Encantos e desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A Colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 107-129. (Colección Sur Sur). Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/>>. Acesso em: 9 maio 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade Étnico-Racial. In: SOUZA, Douglas Martins; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VIEIRA, Flávia do Amaral. Diálogo Intercultural no novo constitucionalismo Latino-Américo. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (Org.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Florianópolis: Ufsc-nepe, 2015. p. 233-243.

URQUIZA, Antônio Hilário Aguilera; CALDERONI, Valéria Aparecida Mendonça de Oliveira. A Interculturalidade como Ferramenta para (Des) Colonizar. **Prim@ Facie**, João Pessoa, v. 16, n. 33, p.1-29, 2017. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/primafacie/article/view/35658/18707>>. Acesso em: 03 set. 2018.

Human Rights, Interculturality And Racial Question

Fernanda da Silva Lima

Paula Keller Frutuoso

Abstract: This article discusses race relations in Brazil, understanding racism as a structural basis of Brazilian society. This article has the general objective of understanding interculturality as a way of realizing human rights for the most diverse cultures, placing the black population in this debate. The problem of the article is to verify if it is possible, from the intercultural matrix of human rights, to ensure the human rights of black people in Brazil in opposition to its traditional and western matrix. This article is structured in three specific objectives: a) to study human rights in the traditional perspective, being such rights known by universalism and abstractionism; b) to approach intercultural practice as a way of realizing human rights for the most diverse cultures; and, c) analyze the Brazilian racial context in which this discussion takes place. The main result of the research is the insufficiency of the traditional human rights perspective, and the need to include the racial issue in the approach to these rights, in view of the still existing institutionalized racism, leaving blacks - real subjects - in the margins of culture white dominant. The research uses the inductive method and monographic procedure involving bibliographical and documentary research.

Keywords: Human Rights. Interculturality. Black People.

Lei, Ética e Alienação do Desejo: Interpretação Psicanalítica e Jurídica dos Laços Sociais no Capitalismo Contemporâneo

Dorothee Susanne Rudiger

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (1995). Professora no Programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Católica de Santos. Membro do corpo de formação do Instituto da Psicanálise Lacaniana. E-mail: dorotheerudiger@gmail.com

Resumo: O artigo reúne reflexões do direito e da psicanálise sobre o desejo e os laços sociais contemporâneos. Estranho ao direito moderno, o desejo é abordado como consequência da lei, que possibilita a convivência civilizada. Em uma perspectiva metodológica de abordagem dialética, o artigo discute a descoberta do inconsciente no contexto histórico do movimento da “destruição criativa” do capitalismo. Além disso, aborda as consequências da alienação do desejo em diversos campos do saber jurídico. Na perspectiva da ética da psicanálise, que diverge da base moral do direito moderno, investiga novas possibilidades de criação e manutenção de laços amorosos e sociais pela garantia jurídica de participação nos espaços locais, regionais e globais – no âmbito social e político. Propõe a partir da psicanálise um debate no campo do direito visando a superação da perspectiva moderna do justo balanço entre os direitos e obrigações. Conclui que o direito, dessa maneira, terá a chance de servir como instrumento de uma transformação criativa da sociedade, na qual os laços afetivos tomarão o lugar central.

Palavras-chave: Direito e psicanálise. Direito e laços sociais. Direito e pós-modernidade.



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

João Pessoa, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas

Lei, Ética e Alienação do Desejo: Interpretação Psicanalítica e Jurídica dos Laços Sociais no Capitalismo Contemporâneo

Dorothee Susanne Rudiger

1 INTRODUÇÃO

O desejo, esse inominável motor da ação humana, é objeto principal do presente artigo. Escapando dos limites da lei, tomada no sentido mais amplo que a palavra possa ter, o desejo guarda, com esta, uma íntima ligação, pois, sem os limites das normas que regem a convivência numa determinada sociedade, não há desejo. Ocorre que cada sociedade historicamente lida com as normas e, portanto, com o desejo, de uma maneira particular. Assim, o desejo pode ser reprimido, negado, sujeitado e recalcado, tal como na sociedade industrial, que exige a disciplina dos corpos para a produção de lucro. Ou, então, pode ser manipulado e alienando para fins consumistas, como ocorre na sociedade contemporânea. Mas, principalmente, o desejo produz laços sociais que, por sua vez, têm no direito uma das maneiras de sua formatação.

Todavia, o desejo é um terreno estranho para a maioria dos estudiosos do direito. Pretendemos oferecer aqui uma leitura psicanalítica da função da lei e do desejo na criação e manutenção dos laços sociais na sociedade do século XXI, marcados, nem tanto pela disciplina, mas pelo hedonismo do capitalismo pós-moderno.

Tradicionalmente imposta desde a infância pela autoridade paterna, reforçada pela moral social e mantida por sanções, imaginárias ou palpáveis, a lei é responsável pela busca por satisfação do ser humano na civilização. A imposição da lei é, portanto, fundamental para a formatação dos laços sociais. A psicanálise reconhece essa função da lei, isto é, de estabelecer limites às pulsões humanas em nome da convivência em sociedade, mas ocupa uma visão da ética do desejo que consiste em defender o ser humano que sofre das consequências da repressão moral e permitir que o desejo se manifeste na constante reinvenção da civilização humana. Em outras palavras, a posição da psicanálise é a de atuar para possibilitar que o desejo humano desenvolva a criatividade quando se destinar a outro ser humano.

Essa visão psicanalítica da lei foge da visão do direito moderno, que, tendo suas bases na filosofia iluminista e, posteriormente, no positivismo jurídico, guarda uma visão racionalista de um homem idealizado. Ainda na atualidade, para o direito civil e penal, para citarmos dois exemplos, o sujeito de direito é dotado de razão, sabe o que faz, age deixando-se guiar por escolhas racionais, exerce sua liberdade, sua autonomia da vontade. Atitudes imaturas, insensatas e inconscientes são contempladas pelo direito positivo como sendo exceção da regra da sensatez do exercício racional da vontade livre. O desejo, em outras palavras, é tratado como exceção da regra do pensar e do agir racional do homem médio adulto.

A psicanálise, campo do saber criado por Sigmund Freud, trata da lei e do desejo no contexto do processo civilizatório que, na sociedade capitalista, carrega a marca da “destruição criativa”. O capitalismo constrói paisagens urbanas, obras que se fazem valer do desenvolvimento da ciência e da tecnologia; produz objetos que, além de sua utilidade, carregam um valor imaginário que promete, ao menos por instantes, aquietar uma busca por algo inominável e satisfazer o desejo. O consumo, a aquisição de objetos, é, nesse contexto, a justa recompensa pela disciplina do corpo e o regramento

da sexualidade, necessários para o funcionamento da sociedade em geral e do trabalho em especial.

No contexto do capitalismo contemporâneo, há uma mudança fundamental entre lei, civilização, desejo, criação e destruição. Despertado pelos limites que a sociedade impõe a cada um e, ainda, responsável pela destruição e reinvenção incansável da civilização, o desejo é alienado, desviado de sua função criadora de laços amorosos e sociais. O capitalismo, aparentemente, não exige o sacrifício do desejo para recompensas futuras. Seduz com estratégias de publicidade que pretendem direcionar o desejo para os inúmeros objetos oferecidos para o consumo. A alienação do desejo para o consumo imediato e desenfreado dos produtos globalmente oferecidos é capaz de desviar o desejo de sua maior função, que é a de estabelecer e manter laços amorosos e sociais. Dentre outras consequências, a alienação é responsável por um crescente narcisismo, uma retração psíquica para dentro de si mesmo que, no limite, deprime. “Vivemos”, de acordo com Domenico de Masi (2017), “numa época triste”.

Essa tristeza manifesta-se também como problema no campo do saber jurídico. Podemos citar o direito do trabalho, que, atualmente, lida com a depressão como uma doença que afasta milhões de trabalhadores no mundo do trabalho. As transformações dos laços sociais que observamos na contemporaneidade, oriundos de “amores líquidos” – termo cunhado por Zygmunt Bauman (2004) – afetam as relações familiares. Nossas identidades alteradas, tematizadas pela psicanálise, são um desafio para o direito da família, obrigado a lidar, por exemplo, com as alterações nas identidades sexuais. É tema para o direito penal – desafiado a debater a diferença entre o “normal” e o “patológico” no comportamento humano. A alienação do desejo afeta o direito do consumidor, que trata, dentre outros, do problema do superendividamento e de suas consequências. Diante disso, o objetivo do presente ensaio não é nem tanto dar uma contribuição para a filosofia ou para a teoria geral do direito, mas instigar as reflexões sobre os laços afetivos e sociais que estão na base do direito.

Tanto o direito quanto a psicanálise fundam-se numa práxis. Experimentam a presença de conflitos humanos, sejam eles conflitos de interesses, que demandam soluções ao direito, ou conflitos entre o ser humano e a civilização, que demandam a intervenção do psicanalista. Daí decorre que a premissa metodológica para uma abordagem psicanalítica das questões levantadas pela modificação dos laços sociais na contemporaneidade é a dialética, proposta na obra de Sigmund Freud ([1930] 2004) como a necessidade humana de viver na civilização e o mal-estar que causa. De acordo com essa visão dialética, somos todos alienados, seja pelo imaginário do Complexo de Édipo, proposto por Freud ao longo de sua obra como chave de leitura do inconsciente, seja pela linguagem com a qual a civilização “banha” o ser humano para torná-lo sujeito, como quer Jacques Lacan em seus escritos e seminários. É importante dizer que, na visão dialética da psicanálise, não há síntese, não há conciliação possível no conflito entre o sujeito e a civilização. Há um resto, uma zona de desconforto entre o homem e o mundo, simbólico ou imaginário.

Como veremos, há, para alguns juristas contemporâneos, uma zona de “anomia” também no direito, pontos cegos da lei, incapazes de abranger a vida em sua totalidade. A zona que Lacan ao longo de sua obra chama de “o Real” é a zona do desejo. Devastador ou criativo, transforma o cenário da civilização rompendo e estabelecendo laços afetivos e sociais. Está, com isso, próximo ao direito que os delimita e promove. Esse ato criativo, no entanto, só é possível quando se privilegia a ética do desejo.

2 ÉTICA OU ALIENAÇÃO DO DESEJO?

O menino é travesso. Tenta subir uma escada, pendura-se na prateleira do armário, mete a tesoura no cabelo da boneca da irmã e joga futebol na sala, enquanto uma trilha sonora repete a palavra “não” ao som de uma composição de Wolfgang Amadeus Mozart. “A mãe tem que falar não”, diz o *spot* de reclame, para proteger a criança, em primeiro lugar, de si mesma. Mas o menino merece também um “sim”. Quando obedece, a mãe lhe oferece um bastão de chocolate.

A publicidade de uma grande marca de chocolate (W/MacCANN, 2014) trata, de maneira criativa, mas ao mesmo tempo polêmica, da lei, do desejo e dos objetos que a sociedade capitalista é capaz de oferecer para, aparentemente, satisfazer os desejos dos que se sujeitam a seus comandos. É um exemplo de como a lei e o desejo são tratados pelo capitalismo. Reconhecendo a existência de um desejo, posto em movimento pela imposição de limites, oferece seus produtos como justa compensação pelo mal-estar que a imposição da lei do “não-faça” possa causar.

Por que se deveria estudar, no campo do saber jurídico, a alienação e a ética do desejo, tal como propõe a psicanálise? A psicanálise é um campo do saber cujo objeto de estudo, o inconsciente, segue uma lógica paradoxal. Permite o abrigo de contradições, tais como o amor e o ódio pela mesma pessoa, e explica a presença de pulsões de vida e de morte. A psicanálise dá instrumentos para a interpretação de um mundo percebido como estranho e assustador: a sexualidade humana. É uma práxis de escuta daquilo que o ser humano tem de irracional e que lhe causa sofrimento. Mais que sua teoria, importa para a psicanálise a atitude do psicanalista diante do sofrimento humano e a conduta do paciente diante da impossibilidade de escapar dos ditames da civilização. Herdeira da medicina, convida à fala sem censura e à escuta sem preconceito. Por isso, a psicanálise advoga a ética e não a alienação do desejo (LACAN, [1958] 1998).

Por outro lado, escutando o sofrimento do ser humano, a psicanálise, tal como o direito, investiga os laços sociais e suas formas de regulação. Faz isso a partir de uma visão da subjetividade marcada pela irracionalidade. Contrapõe-se, assim, a concepções modernas do direito, que tomam a racionalidade e a consciência livre como bases do direito. Atualmente, tanto o direito quanto a psicanálise estudam as mudanças nos laços sociais e, conseqüentemente, na regulação social na pós-modernidade.

Para a análise dos novos laços sociais, é particularmente importante a contribuição da obra do psicanalista francês Jacques Lacan. Nos anos 1960, Lacan percebia em sua clínica que novas maneiras de regulação social estavam se formando, e que estas, paulatinamente, dispensavam as grandes figuras paternas (o pai, o chefe de Estado, o empresário) como representantes da lei. Davam lugar a novos laços sociais horizontais, que, mais tarde, com os avanços tecnológicos da informática, seriam organizados pelo que se chama “a sociedade em rede”.

Partimos do pressuposto que o direito é estruturante para os laços sociais, uma vez que é um “sistema de comunicação formulado em termos de normas para permitir a realização de um sistema determinado de produção e de trocas econômicas e sociais” (MIAILLE, 2005, p. 96). Esse sistema não é estático, mas dinâmico, é um ordenamento, não uma ordem, composto por várias fontes sociais, que variam de acordo com o local e o tempo, e pela correlação de forças da sociedade civil, na qual “vigem normas de vários gêneros, morais, sociais, religiosas, usuais, consuetudinárias, regras convencionais e assim por diante” (BOBBIO, 1997, p. 41-42).

Cabe, portanto, investigar, por meio dos instrumentos conceituais da psicanálise, em que medida as formas de regulação social contemporâneas, incluindo o direito, constituem, não apenas objetivamente, como também subjetivamente, a convivência em sociedade. O que se propõe no presente estudo é discutir, no contexto da relação dialética entre a civilização e a subjetividade, os desafios e as possibilidades do direito contemporâneo quando se trata da

reinvenção do exercício de direitos fundamentais. Em nosso empreendimento, passamos pela teoria psicanalítica de Sigmund Freud, desenvolvida na sociedade industrial, caracterizada pela disciplina do corpo, a redução do trabalho vivo a uma mercadoria, e o desejo travado pela moral e pela “lei do pai” (FORBES, 2012). Chegamos às discussões da psicanálise contemporânea que, tal como o direito, hoje, é obrigada a lidar com as consequências psíquicas das mudanças na regulação social na pós-modernidade, na qual não se oprime o desejo, mas o desperta e aliena para seus fins.

3 A PSICANÁLISE E A ÉTICA DO DESEJO

Sigmund Freud atribui a descoberta do inconsciente ao médico neurologista Joseph Breuer e à sua paciente chamada Anna O. (BREUER; FREUD, [1895] 2007), uma moça de 21 anos de idade que se queixa para Breuer de dores no braço. No entanto, mais do que as dores no braço, chama atenção seu comportamento estranho: comunicando-se somente em inglês, não consegue tomar água e apresenta estranhos devaneios. Joseph Breuer, sensível ao pedido da paciente para deixá-la falar, escuta essa moça que, embora inteligente, encontra-se desocupada, condenada a um casamento por conveniência e sexualmente reprimida, como muitas moças de sua classe social à época. Cenas traumáticas ligadas à doença e à morte do pai e ao nojo que sente do cão da governanta inglesa revelam a Joseph Breuer a existência de uma *double conscience* (BREUER; FREUD,

[1895] 2007). O que, mais tarde, Sigmund Freud chamará de inconsciente não aparece somente nos devaneios de pacientes como Anna O. Se faz perceber também nas cenas do cotidiano: nos chistes, nos atos falhos, nos sintomas de doenças sem causa física aparente e, principalmente, nos sonhos.

Naquilo que Sigmund Freud chama de “a outra cena”, no inconsciente, atua um desejo sempre insatisfeito. Freud dá, em sua obra *A interpretação dos sonhos*, um exemplo dessa insatisfação como causa do desejo e, portanto, motor de uma procura incessante por algo que não tem correspondente no mundo. Uma jovem senhora, esposa de um açougueiro, sonha oferecer um jantar. No entanto, possui em sua dispensa apenas um resto de salmão. É domingo. As lojas estão fechadas e seu telefone não funciona. Assim, ela está impedida de promover o jantar. Interpretando o sonho, Sigmund Freud revela à paciente algo surpreendente: a paciente não quer ter seu desejo satisfeito, quer mantê-lo aberto. O desejo, conclui Sigmund Freud, é vivo, enquanto está impossibilitado de ser realizado, está insatisfeito. Se satisfeito, o desejo morre (FREUD, [1900] 2007).

A dialética entre a lei e o desejo é abordada por Sigmund Freud em sua obra *O mal-estar na civilização*. No original da obra, em alemão, chamada *Das Unbehagen in der Kultur* (O mal-estar na cultura), o autor contrapõe a cultura à natureza humana, defendendo como tese central que a cultura marca o ser humano, revestindo-o como se fosse um segundo corpo (FREUD, [1930] 2004). Seres dependentes da cultura construída a partir da fala, somos, desde que nascemos, protegidos e, ao mesmo tempo, incomodados pela cultura, ou, como preferem os tradutores das obras de Sigmund Freud, pela civilização. Desde cedo, apreendemos que, para o ser humano, a vida civilizada tem um preço: a verdadeira perda do paraíso da vida natural. Somos separados da mãe e sujeitos à lei da proibição do incesto. Em nome da convivência em sociedade, devemos obediência a essa norma que Hans Kelsen, interlocutor de Sigmund Freud (FORBES, 2012), chama de *Grundnorm* – mãe de todas as normas. Podemos procurar no amor romântico, na religião, na loucura, nas drogas, na arte as mais

variadas formas de fugir do mal-estar que a civilização e a lei nos causam. No entanto, para Sigmund Freud, não há escapatória: se quisermos conviver em sociedade, a obediência à lei é tão vital a ponto de criarmos em nosso aparato psíquico uma instância, o *superego*, que nos previne da desobediência à lei. Por outro lado, nasce, a partir da imposição da lei, da castração simbólica, o desejo de voltar a encontrar o que nos foi tomado pela necessidade de conviver em sociedade, ou seja, a plenitude da vida em harmonia com a natureza. Paradoxalmente, o desejo só tem um lugar onde possa se realizar: na civilização.

Os caminhos do desejo são tortuosos. Sigmund Freud, no início do desenvolvimento da teoria psicanalítica, acreditava que o desejo estava destinado a buscar prazer na sexualidade, mas é forçado a modificar sua teoria depois da Primeira Guerra Mundial. A morte em massa causada pela guerra e, principalmente, os efeitos dos traumas sofridos pelos soldados nos seus sonhos, fazem com que Freud desenvolva uma teoria das pulsões, que dá conta da presença de um estranho prazer humano: o de construir e, ao mesmo tempo, destruir. *Eros e Tânatos*, pulsão de vida e pulsão de morte, são duas respostas humanas para o inevitável: a castração e o sofrimento causado por ela (FREUD, [1920] 2007). Chama atenção o paralelo entre a descoberta de Freud sobre a existência de duas pulsões contraditórias, que se manifestam no inconsciente, e o movimento revolucionário do capitalismo, descrito por Karl Marx e Friedrich Engels no *Manifesto Comunista*, que consiste na permanente criação e destruição:

Essa subversão contínua da produção, esse abalo constante de todo o sistema social, essa agitação permanente e essa falta de segurança distinguem a época burguesa de todas as precedentes. Dissolvem-se todas as relações sociais antigas e cristalizadas, com seu cortejo de ideias secularmente veneradas; as relações que as substituem tornam-se antiquadas antes mesmo de ossificar-se. Tudo que era sólido e estável se esfuma, tudo que era sagrado é profanado (...) (MARX; ENGELS, [1848] 1980, p. 12).

O tema da existência de duas pulsões paradoxais e da conseqüente destruição criativa como movimento inconsciente é retomado e aprofundado pelo psicanalista francês Jacques Lacan.

4 DESTRUIÇÃO E CRIAÇÃO: O PARADOXO DO GOZO

Jacques Lacan, psicanalista francês ligado, no início do século XX, ao estruturalismo e ao existencialismo – movimentos que reuniam artistas e intelectuais como Pablo Picasso, Salvador Dalí, Jean Paul Sartre, Simone de Beauvoir e Claude Lévi-Strauss –, reinterpreta a teoria das pulsões de Freud, enfatizando o papel atribuído à civilização na formação da estrutura psíquica do sujeito e do movimento criador e destruidor do desejo à procura de um objeto. Sendo sujeitos à civilização humana e a suas leis, procuramos algo que Lacan chama de “objeto a”. O “objeto a” é um objeto de satisfação que se perdeu na primeira infância, quando a criança é obrigada a se separar paulatinamente da mãe, e tem os seus primeiros contatos com a civilização. Esse objeto é a causa do desejo. Esperamos encontrar algo que satisfaça para sempre o desejo na própria civilização, no que Lacan chama, referindo-se a Hegel, de o “Outro”, o “tesouro dos significantes”. Mas não há na civilização esse “algo”. Pelo contrário, há uma constante procura e frustração. Habitamos uma “máquina de significações” e de destruição que, incessantemente, manda recomeçar a procura: “Vontade de destruição. Vontade de recomeçar com novos custos. Vontade de Outra-coisa, na medida em que tudo pode ser posto em causa a partir da função do significante.” (LACAN, [1959-1960] 2008, p. 254).

Esse movimento paradoxal, o qual Lacan chama de “gozo”, não existe para satisfazer necessidades. Vai além. Busca algo inominável e, por isso, destrói e, ao mesmo tempo, inventa o novo. O movimento do desejo é histórico, ou, nas palavras de Walter Benjamin, “o futuro constrói-se sobre os destroços do passado.” (BENJAMIN, [1940] 2012,

p.14). Para o economista Joseph Schumpeter ([1943] 2003, p. 83), a destruição criativa é a dinâmica que atua dentro da estrutura do sistema econômico vigente, “incessantemente destruindo a antiga, incessantemente criando uma nova. Esse processo de Destruição Criativa é o fato essencial sobre o capitalismo. É no que o capitalismo consiste e o que todo conglomerado capitalista deve experimentar.”¹⁰

Como já foi dito, para a psicanálise de orientação lacaniana, o movimento incessante de destruição e renovação, presente na sociedade moderna em geral, deve-se à perda, na primeira infância, de um “objeto causa do desejo” sacrificado em nome da preparação da criança para a convivência em sociedade (LACAN, [1964] 2008). Esse objeto pode ser um dos chamados “objetos parciais”, descritos por Sigmund Freud ([1915] 2007) como para sempre perdidos: peito, olhar, voz da mãe ou então as fezes, sacrificadas em nome da higiene humana. Essa procura pelo objeto perdido é inconsciente. Por outro lado, a civilização não é capaz de fornecer ao ser humano aquilo que é objeto de sua procura incessante pelo estado de completude perdido em decorrência de sua convivência em sociedade.

Essa cisão entre aquilo que desejamos e aquilo que a civilização moderna pode nos oferecer, dificilmente é perceptível nas construções simbólicas que regem a sociedade. Há várias maneiras de se negar a presença desse *gap* e do objeto causa do desejo que produz. Assim, na sociedade moderna e, principalmente, no direito moderno, construído no pressuposto da racionalidade do sujeito (BITTAR; ALMEIDA, 2010), não há espaço para as incongruências que, para os psicanalistas, se apresentam no inconsciente. Obedecemos às regras do conhecimento, produzimos teses e provas e seguimos a normas jurídicas que, no direito moderno, baseiam-se na ideia do contrato, da troca, do toma lá dá cá e do exercício da autonomia da vontade. A conquista de direitos econômicos, culturais e sociais, individuais, coletivos e difusos, não modifica essa concepção do direito. Procura,

¹⁰ “(...) incessantly destroying the old one, incessantly creating a new one. This process of Creative Destruction is the essential fact about capitalism. It is what capitalism consists in and what every capitalist concern has got to live in.”

por meio de normas protetoras, proporcionar aos hipossuficientes o exercício racional da autonomia da vontade e, pela garantia do exercício da negociação coletiva, restaurar sua capacidade de se dar normas, sua autonomia privada (RÜDIGER, 1999, p. 79 s).

No entanto, as equações nas trocas existentes na civilização, formalizadas pelo direito – um dentre outros sistemas simbólicos – não resistem à realidade da sexualidade humana e do inconsciente impulsionado pelo desejo (LACAN, [1964] 2008, p. 149). “O direito”, diz Jacques Lacan ([1972-1973] 1975, p. 10), “estrita o gozo”. Encontra formas de adequar e regulamentar o exercício da sexualidade. “Lacan toma o exemplo do uso do concubinato (deitar junto) que se funda no direito. Ele lembra que no direito fica velado o que ali, no leito se faz.” (FORBES, 2012, p. 38). Função do direito é criar um mundo justificado que ordena o gozo sem considerar seus excessos: “repartir, distribuir, retribuir, o que diz respeito ao gozo.” (LACAN, [1972-1973] 1975, p. 11). No direito, enfim, há uma justaposição entre limitações, obrigações e direitos que não deixam margem para a ideia da existência de um excedente.

Esse mundo jurídico “perfeito” é apenas uma representação simbólica de uma realidade que inclui o contingente, o inarrável, a morte, ou aquilo que Jacques Lacan, ao longo de sua obra, chama de “o Real”. Assim como não há harmonia possível entre um casal, porque há um jeito masculino e outro feminino de viver a sexualidade, as equações, tais como praticadas no campo do direito, são construções discursivas, ou seja, aquilo que Karl Marx chama de ideologia. São “linguagem da vida real” (MARX, [1845] 1980, p. 25). Tanto quanto a mais-valia, o objeto causa do desejo – que Jacques Lacan chama de “objeto mais-de-gozar” – é aquilo que não encontra um lugar adequado no mundo, mas constitui o motor da civilização (LACAN, [1969-1970] 1991, p.167). Para a psicanálise, não há na civilização objeto que possa restituir ao ser humano a plenitude da vida natural. Diante dos sacrifícios que a convivência em sociedade exige, há as possibilidades de invenção criativa ou, como quer Sigmund

Freud, de “sublimação” na ciência, na arte e no desenvolvimento geral de ideias (FREUD, [1930] 2004, p. 53).

5 DESEJO, LEI E ALIENAÇÃO NA PÓS-MODERNIDADE

A psicanálise, como campo do saber, foi desenvolvida por Sigmund Freud e seus discípulos no contexto da modernidade e da ciência como sistema universal de explicação do mundo. Assim sendo, o sujeito do inconsciente é o outro lado de uma mesma medalha, mediante a qual o direito natural e os direitos humanos apontam o ser humano como sujeito universal. Esse sujeito é, de acordo com Jacques Lacan, um “sujeito sem qualidades” que se deixa reduzir a uma mercadoria, um objeto de compra e venda:

Para Lacan, existe uma analogia entre o sujeito do inconsciente e o trabalhador, na modernidade capitalista. É o sujeito que renuncia ao usufruto imediato do seu corpo e de seu desejo para recuperá-lo sob a forma de gozo-a-mais, um mais-de-gozar. [...]o trabalho deixa de servir para produção do necessário, mas serve para produzir excedente[...] O homem modifica também sua relação com o prazer. Dedicar menos tempo ao ócio e o tempo de lazer converte-se, pouco a pouco, no tempo dedicado ao consumo da mercadoria excedente. (FORBES, 2012, p.VII)

A pós-modernidade radicaliza a “destruição criativa” que marca a modernidade. Acentua seu lado fragmentário, efêmero, descontínuo e caótico (HARVEY, 1998, p. 49), e, podemos acrescentar, consumista. Ocorre num cenário econômico e político global, no qual, objetivamente e subjetivamente, os laços sociais e suas representações, até então existentes, são postos em xeque. Assim, em

decorrência do movimento estudantil de maio de 1968, os grandes paradigmas nos campos do saber e da sensibilidade, tais como: a verdade na ciência, a emancipação na política, o belo na arte, e a justiça no direito, são abordados, para usarmos um termo de Jean-François Lyotard (1998, p. 35), como “grandes narrativas”, ou seja, resultados de convenções entre *experts*, meros jogos de linguagem.

Marcadas pela verticalidade, algumas instituições que tinham na relação entre pai e filhos seu grande modelo, entram em crise, entre elas: a família patriarcal, o Estado-providência e a empresa organizada nos moldes da administração fordista.

A sociedade vitoriana que inspirou Freud no sentido de formular a hipótese da universalidade do Complexo de Édipo conservava, graças à persistência dos resíduos da ordem patriarcal, a função do pai no âmbito de suporte das identificações ao ideal. Hoje, seria preciso repensar a questão da universalidade do ideal. Dada a fragmentação das representações de mundo, dos ideais e da multiplicação das modalidades de laço social, não é mais possível apreender a função do pai pelo viés da transmissão do laço a algum universal. (FORBES, 2012, p. 45).

Diante disso, a teoria do Complexo de Édipo, criada por Sigmund Freud para descrever a mescla entre amor, ódio e culpa que a criança sente em relação a seus pais, em decorrência da proibição do incesto, e tida, até os anos 1960, como a chave de interpretação do inconsciente, não resiste à desconstrução da sociedade patriarcal. Para Jacques Lacan ([1969-1970] 1991), o Complexo de Édipo é uma tentativa de compreensão do inconsciente a partir de um sonho de Sigmund Freud que revela um fato inexorável: pela necessidade de convivência com a civilização humana, todos são castrados, inclusive o pai. Não são mais as grandes figuras paternas que norteiam os laços sociais. Consequentemente, falta a necessidade da obediência à lei como elemento estruturante da civilização e de um sujeito que, na sociedade edípica, tinha que postergar a realização de seu desejo. Abre-se agora espaço para a “enxurrada de coisas” que a civilização capitalista superconsumista lança permanentemente como objetos do desejo, chamadas por Lacan de *Latusas*. Estas encontram-se “na saída

para a calçada, em todas as esquinas da rua, atrás de todas as vitrines, que são objetos feitos para causar seu desejo, pois agora é a ciência quem governa.” (LACAN, [1969-1970] 1991, p. 174)

Por outro lado, diante da ausência de um norte que, antes, era dado pelas grandes figuras paternas, diante do imediatismo, do efêmero perceptível no dia a dia da sociedade global, o direito, como sistema de organização social, está construído em torno de um vácuo, de uma zona de “anomia” cada vez maior. Para Giorgio Agamben (2004, p. 48), com a globalização tornou-se evidente essa lacuna existente entre a lei e a realidade: “A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito a sua relação com a realidade, a possibilidade mesma de sua aplicação.” Não há, em outras palavras, correspondência entre a realidade social e suas normas. Consequentemente, não há soluções, *a priori*, que o direito possa oferecer para a normatização de uma sociedade em constante movimento. Há, sim, possibilidades de regulação social a partir daquilo que Jean-François Lyotard (1998, p. 119) chama de “pequenas narrativas”, a negociação constante de soluções *ad hoc*: “Esta orientação corresponde à evolução de interações sociais, onde o contrato temporário suplanta de fato a instituição permanente de matérias profissionais, afetivas, sexuais, culturais, familiares e internacionais, como nos negócios políticos.”. Em outras palavras, a negociação permanente e o contrato em todas suas dimensões dominam o cenário jurídico.

Como em qualquer civilização, há lei também na pós-modernidade. Sendo seres humanos, continuamos sofrendo dos limites que a convivência na civilização nos impõe. Mas, se não pela lei do pai, no que somos “castrados”, barrados, limitados? Para Jacques Lacan ([1972-1973] 1975), a própria civilização é limitada quando não consegue oferecer ao ser humano uma linguagem que possa expressar seus afetos, principalmente no que se trata da sexualidade. Somos, portanto, castrados pela linguagem. Não há correspondência entre aquilo que conseguimos expressar pela linguagem e aquilo que sentimos; não há, por isso, entendimento perfeito entre duas pessoas. Há uma falha entre as palavras e os afetos. No decorrer da vida,

perdemos a capacidade contida no que Lacan ([1972-1973]1975) chama de *lalangue* (lalingua), uma língua carregada de afetos com a qual crianças pequenas se expressam. A *lalangue* constitui uma verdadeira memória afetiva no inconsciente, enquanto o *gap* entre os afetos e sua possibilidade de expressão pela linguagem, chamado por Lacan de “o Real”, passa a dominar essa “outra cena”.

A defasagem entre a identidade do sujeito e as possibilidades de sua representação constata-se, para Lacan ([1949] 1998), também no registro do Imaginário. Se, por um lado, um bebê de sete meses se reconhece no espelho e constrói, a partir da imagem refletida (ou então no rosto de outra criança ou até de um adulto), o “Eu”, por outro lado, percebe, ao mesmo tempo, um estranhamento. A imagem pode ser somente uma representação, não sendo idêntica com o “Eu”. Tal como na dificuldade de expressar afetos por palavras, vai ter dificuldade de se identificar com sua imagem, porque há um *gap*, algo que a imagem não representa.

Na civilização, não há linguagem que dê nome para tudo. A linguagem é capaz apenas de tangenciar o real, isto é, o desconhecido, o inesperado, a morte e a sexualidade. Isso causa angústia: “A angústia é esse corte – esse corte nítido, sem o qual a presença do significante, seu funcionamento, seu sulco no real é impensável...”, diz Jacques Lacan ([1962-1963] 2005, p. 88).

Na sociedade global, essa angústia só aumenta, já que o real se expande. Na medida em que aumenta a angústia, cresce o consumo de objetos, inclusive, de drogas lícitas e ilícitas. Proliferam distúrbios alimentares (magreza e obesidade) e, para dar vazão à falta de palavras que seriam necessárias para se dar conta de viver na complexa sociedade global, os casos de “violência inusitada”, sem causa aparente, multiplicam-se (FORBES, 2012). Ademais, o esgarçamento dos laços sociais, construídos ao longo da sociedade industrial, está causando uma verdadeira pandemia de depressão no mundo do trabalho contemporâneo.

Por um lado, isso é devido à introdução de formas flexíveis de administração do trabalho; por outro, à dificuldade generalizada de

estabelecer novos laços afetivos (RÜDIGER, 2014). Se hoje os meios de comunicação contemporâneos possibilitam jornadas flexíveis de trabalho e uma administração mais individualizada do tempo, proporcionam também a disponibilidade do trabalhador em tempo real, ou seja, *o following the sun*. Se para esse trabalhador não há outra compensação para o trabalho a não ser a pecuniária, que possibilita o consumo e a alienação do desejo em seus objetos, a depressão pode se instalar. No limite, a pessoa não mais procurará estabelecer e manter laços afetivos com outras pessoas, mas desejará adquirir, com o fruto de seu sobretrabalho, objetos mortos, isto é, mercadorias intercambiáveis e “sem alma” (RÜDIGER, 2016, p. 51).

Tanto a culpa inculcada pela moral quanto o empuxe para o consumo desenfreado alienam o desejo. O que pode a psicanálise – a “cura pela palavra” ou *talking cure*, inventada no século XIX – contra o sofrimento dos homens e das mulheres do século XXI, no qual padecem nem tanto pela repressão do desejo, mas pela sua alienação? O que oferece para os que recorrem à violência, às drogas, e aos que estão em depressão? A psicanálise questiona a moral dominante numa sociedade. Se essa moral manda gozar a qualquer preço, manda alienar o desejo nos objetos oferecidos pelo mercado, a psicanálise possibilita a cada um, singularmente, aguentar a angústia que a civilização proporciona para dela fazer um motor da criatividade, da arte – no sentido mais amplo da palavra –, e assumir a responsabilidade pela criação (FORBES, 2012). É esse o caminho da ética singular, da atitude a se tomar no divã da psicanálise diante dos desafios que a civilização não cessa em colocar diante de cada um. No entanto, questiona-se como a psicanálise pode contribuir com o debate e a práxis do direito, tradicionalmente marcado pela sua universalidade e não pela singularidade?

Essa contribuição urge, uma vez que “se evidencia globalmente a defasagem endêmica entre a garantia dos direitos sociais, contida nos documentos internacionais e nas constituições, e o efetivo exercício dos direitos sociais, o *gap* entre o direito e fatos sociais, a anomia e o estado de exceção.” Em outras palavras, “[...] corre-se o

risco de uma democracia sem cidadãos. ” (MISAILIDIS & RÜDIGER, 2016, p. 32)

6 CONCLUSÕES PARA UM DIREITO A SER (RE)INVENTADO

Se há uma contribuição que a psicanálise pode dar para o debate sobre o direito no presente e no futuro, ela consiste na descoberta, por Sigmund Freud ([1915-1917] 2004, p. 273), do próprio inconsciente. “O Eu não é dono em sua própria casa.” Consequentemente, a racionalidade humana e o exercício da vontade livre, tidos como bases do direito, são pressupostos filosóficos e jurídicos não mais sustentáveis e cambiáveis. Há desafios colocados ao direito pela sociedade contemporânea globalizada. Sua função primordial, hoje, é a de regular o convívio pacífico global sem recorrer ao moralismo (“ter que cumprir o dever em prol do convívio”), uma vez que não se age por dever moral, mas por motivos éticos, por atitudes que se toma para realizar uma convivência mais solidária e, com isso, dar vazão ao desejo que sempre se dirige ao outro ser humano.

Consequentemente, caberia ao direito possibilitar ao desejo humano desenvolver seu lado criativo, valorizando atitudes que os cidadãos conectados em rede, singularmente ou coletivamente, possam tomar para que seja possível uma convivência em comunidade local, regional ou global. O direito é capaz de acompanhar e possibilitar a reformatação das instituições. Podemos citar alguns exemplos. O direito do século XX já abriu e pode ampliar as possibilidades de

participação – não somente formal, mas ativa – dos filhos nas decisões da família, dos trabalhadores nas decisões das empresas, dos cidadãos nas decisões da comunidade. Pode incluir uma vasta gama de processos de consultas aos cidadãos, quando se trata de solucionar problemas de toda ordem e traçar os destinos de municípios, regiões e Estados. Cabe ao direito garantir a participação de representantes da coletividade na governança global, quando se trata da gestão dos desafios globais, tais como as mudanças do clima, o uso das novas tecnologias geradas pelas biociências e pela informática, ou, ainda, a garantia efetiva dos direitos fundamentais dos que migram, porque procuram refúgio ou simplesmente uma vida melhor.

Numa perspectiva lacaniana, o direito é uma das possíveis construções simbólicas em torno do Real, isto é, do incalculável, do inusitado, surpreendente e contingente. No entanto, o Real sempre escapa do alcance do direito. Isso traz desafios e chances para o direito. Se o direito for capaz de sair da lógica do “toma lá dá cá”, construída ao longo do desenvolvimento da sociedade moderna, deixar para trás de si a lógica da “conta que fecha”, do “justo balanço entre os direitos e obrigações”, ele terá a chance de servir como instrumento de uma transformação criativa da sociedade, na qual os laços afetivos tomarão o lugar central.

Data de Submissão: 16/11/2018

Data de Aprovação: 22/01/2019

Processo de Avaliação: *double blind peer review*

Editor Geral: Jailton Macena de Araújo

Editor de Área: Jailton Macena de Araújo

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

BAUMAN, Z. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BENJAMIN, W. Sobre o conceito da história. In: _____. *O anjo da história*. Tradução: João Barreto. Belo Horizonte: Autêntica, [1940] 2012. p. 7-20.

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. *Curso de filosofia do direito*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1997.

BREUER, J.; FREUD, S. *Studien über Hysterie*. 6. Aufl. Frankfurt a.M.: Fischer, [1895] 2007.

DE MASI, D. *Alfabeto da sociedade desorientada: para entender o nosso tempo*. Tradução: Silvana Cobucci e Federico Carotti. São Paulo: Objetiva, 2017.

FORBES, J. *Inconsciente e responsabilidade: psicanálise do século XXI*. Barueri: Manole, 2012.

FREUD, S. Jenseits des Lustprinzips. In: _____. *Das Ich und das Es: metapsychologische Schriften*. 12. Aufl. Frankfurt a.M.: Fischer, [1920] 2007. p. 191-249

FREUD, S. *Die Traumdeutung*. 13. Aufl. Frankfurt a.M.: Fischer, [1900] 2007.

FREUD, S. Tiebe und Triebsschicksale. In: _____. *Das Ich und das Es: metapsychologische Schriften*. 12. Aufl. Frankfurt a.M.: Fischer, [1920] 2007. p. 79-101

FREUD, S. *Das Unbehagen in der Kultur*. 9. Aufl. Frankfurt a.M.: Fischer, [1930] 2004.

FREUD, S. *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*. 13. Aufl. Frankfurt a.M.: Fischer, [1915-1917] 2004.

HARVEY, D. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Tradução: Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 7. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

LACAN, J. O estágio do espelho como formador da função do eu tal como nos é revelada na experiência psicanalítica. In: _____. *Escritos*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, [1949]1998, p.96-103

LACAN, J. A direção do tratamento e os princípios de seu poder. In: _____. *Escritos*. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, [1958] 1998. p. 591-652

LACAN, J. *O seminário, livro 7: a ética da psicanálise, 1959-1960*. Versão: Antônio Quinet. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

LACAN, J. *O seminário, livro 10: a angústia*. Tradução: Vera Ribeiro. Versão: Angelina Harari. Rio de Janeiro: Zahar, [1962-1963] 2005.

LACAN, J. *O seminário, livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise*. Tradução: M. D. Magno. Rio de Janeiro: Zahar, [1964] 2008.

LACAN, J. *Le séminaire, livre 17: l'envers de la psychanalyse*. Paris: Seuil, [1969-1970] 1991.

LACAN, J. *Le séminaire, livre 20: Encore*. Paris: Seuil, [1972-1973]1975.

LYOTARD, J.-F. *A condição pós-moderna*. Tradução: Ricardo Correa Barbosa. 5. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1998.

MAILLE, M. *Introdução crítica ao direito*. Tradução: Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

MISAILIDIS, M.G.L. & RÜDIGER, D.S. Das noites em vigília à ocupação das escolas: Estado de exceção, subjetividade e direitos sociais na pós-modernidade. *CONPEDI LAW REVIEW*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 18-35, jul. -dez., 2016.

MARX, K.; ENGELS, F. *A ideologia alemã*. Tradução: Conceição Jardim e Eduardo Lúcio Nogueira. Lisboa/São Paulo: Presença/Martins Fontes, [1845-1846] 1980. v.1.

MARX, K. ; ENGELS, F. *Manifesto comunista*. Tradução: Maria Arsênio da Silva. São Paulo: CHED, [1848] 1980.

RÜDIGER, D.S. *O contrato coletivo no direito privado: contribuições do direito do trabalho para teoria geral do contrato*. São Paulo: LTr, 1999.

RÜDIGER, D.S. Globalização e melancolia: a depressão como doença ocupacional. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 14, n. 27, p. 139-150, jul.-dez. 2014.

RÜDIGER, D.S. Assédio moral ou sadomasoquismo no trabalho: contribuições psicanalíticas para o debate de um problema jurídico trabalhista. *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 7, n.2, p. 43-56, 2016.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. London: Routledge, [1943] 2003. Disponível em: <<http://digamo.free.fr/capisoc.pdf>>. Acesso em: 16 novembro 2018.

W/MacCANN. *Baton: Musical Não*. YouTube, 8 de junho de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-KJ-n9T64kQ>>. Acesso em: 16 novembro 2018.

Law, Ethic and Alienation of Desire: Psychoanalytic and Legal Interpretation of Social Ties in Contemporary Capitalism

Dorothee Susanne Rudiger

Abstract: The article assembles reflections of law and psychoanalysis upon desire and contemporaneous social ties. Strange to modern law, desire is approached as an effect of law, which enables civilized coexistence. In a dialectic methodological perspective, the article argues the discovery of the unconscious within the historical context of and the movement of the “creative destruction” of capitalism. In addition, describes the consequences of the alienation of desire in various fields of legal knowledge. From the ethical perspective of psychoanalysis, which diverges from the moral bases of modern law, it researches new possibilities for the creation and maintenance of love and social ties through legal guarantee of participation in local, regional and global spaces in the social and political sphere. Proposes from the psychoanalytical point of view discussion in law aiming at overcoming the modern perspective of the fair balance between rights and obligations. It concludes, that law, in this way, will have the chance to serve as an instrument of a creative transformation of society, in which the affective ties will take a center stage.

Keywords: Law and psychoanalysis. Law and social ties. Law and postmodernity.