

REVISTA FESP

ISSN 1982-0895



ANO VIII - V. 1, 16ª ED.
Dez - 2014

FACULDADES DE ENSINO SUPERIOR DA PARAIBA REVISTA DA FESP: PERIÓDICO DE DIÁLOGOS CIENTÍFICOS

EXPEDIENTE

Diretor Presidente: Luiz Henrique dos Santos Barbosa

Diretora Acadêmica: Heloysa Helena de Oliveira Tomé

Diretor Administrativo: Flávio Emanuel Ismael Uchoa

COORDENADORIAS

Coordenação do Curso de Direito: Gabriella Henriques da Nóbrega

Coordenação do CEJUSC I e II: Pablo Juan Nóbrega da Silveira

Coordenação de Monitoria e Estágio: Pablo Juan Nóbrega da Silveira

Coordenação de Pesquisa e Extensão: Maria do Socorro da Silva Menezes

Coordenação de TCC: Maria do Socorro da Silva Menezes

DIREÇÃO EDITORIAL

Maria do Socorro da Silva Menezes

COMITÊ EDITORIAL EXTERNO

Daniele Veratti – Itália

Fernando Gil Villa – Universidad de Salamanca

Wagner Bezerra Brito – UFPB

REVISÃO

Maria do Socorro da Silva Menezes

ILUSTRAÇÃO

João Maria Campelo

ILUSTRAÇÃO E DIAGRAMAÇÃO

João Maria Campelo - FESP

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista FESP Faculdades: periódico de diálogos científicos / Faculdade de Ensino Superior da Paraíba. Graduação em Direito. – ano. VIII, v.1 n. 16, Dez – Cabedelo - PB, 2014.

Semestral

Resumo em: Português, Inglês, e Espanhol.

ISSN Online: 1982-0895

1. Direito - Periódicos. 2. Artigos Científicos. 3. Universitários. I. Faculdade de Ensino Superior da Paraíba.

BC/FESP

34(05)

SUMÁRIO

- 1 A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICABILIDADE NO CDC08**
INVESTIGATION OF THE PROOF INJURY AND ITS APPLICABILITY AT CDC
SUELY DE FÁTIMA LEMOS DA ROCHA DANTAS
- 2 A LEI MARIA DA PENHA COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL30**
THE MARIA DA PENHA LAW AS A CRIMINAL POLICY MEASURE
SUELY DE FÁTIMA LEMOS DA ROCHA DANTAS
- 3 A PRÁTICA PEDAGÓGICA PRAGMATISTA NA EDUCAÇÃO POPULAR.....57**
LA PRÁCTICA PEDAGÓGICA PRAGMATISTA EN LA EDUCACIÓN POPULAR
DANIEL ALVES MAGALHÃES
HELENO FERREIRA BRANDÃO
- 4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL: ASPECTOS GERAIS.....72**
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN BRAZIL: GENERAL ASPECTS
ADRIANA SOARES BRANDÃO DE SOUZA
LUCIANA VILAR DE ASSIS
- 5 INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: CONTROVÉRSIA NA COMPROVAÇÃO
DA EXCLUSIVIDADE88**
BIDDING WAIVER: CONTROVERSY IN PROOF OF EXCLUSIVE
IVANA KARLA LIMA DE LUCENA
LUCIANA VILAR DE ASSIS
- 6 A FRAGILIDADE DA CARTA CONVITE: UM “CONVITE” ÀS FRAUDES EM
PROCESSOS LICITATÓRIOS106**
**THE FRAGILITY INVITATION LETTER: AN “INVITATION” FRAUD IN
BIDDING PROCESSES**
ALUSKA MAGNA DE MACÊDO MOURA
LUCIANA VILAR DE ASSIS
- 7 LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL ..126**
**ENVIRONMENTAL LICENSING AND ENVIRONMENTAL IMPACT
ASSESSMENT**
ERIC WAGNER DE OLIVEIRA ELIAS
- 8 A EXPLORAÇÃO MINERAL E MEIO AMBIENTE145**
MINERAL EXPLORATION AND THE ENVIRONMENT
MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES
ARYADNE THAÍS DA SILVA MENEZES
- 9 TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO: ESTUDO DA
INFLUÊNCIA NO ENSINO-APRENDIZAGEM.....161**
**INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGY: STUDY OF
INFLUENCE IN TEACHING-LEARNING**
WAIWELL JONATHAN DA SILVA VICENTE
- 10 REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO DA VELHICE E A SITUAÇÃO DO IDOSO**

NO BRASIL	182
REFLECTIONS ON THE PHENOMENON OF OLD AGE AND THE SITUATION OF THE ELDERLY IN BRAZIL	
ARTHELÚCIA MARIA AMARAL DA SILVA	
11 A QUESTÃO DO IDOSO INSTITUCIONALIZADO EM DISCUSSÃO.....	199
THE QUESTION OF THE INSTITUTIONALIZED ELDERLY IN DISCUSSION	
ARTHELÚCIA MARIA AMARAL DA SILVA	

EDITORIAL

A preocupação com as questões jurídicas relacionadas ao idoso, tratadas em artigos científicos apresentados nessa 16ª edição da Revista Fesp: periódicos de diálogos científicos estão em ascendência, tanto no mundo acadêmico quanto no segmento político e na sociedade, ante o crescimento dessa população e os problemas que daí emerge.

Tais questões e problemas possuem naturezas e graus de complexidade diversa, conforme exposto em dois artigos escritos por Arthelúcia Maria Amaral da Silva como desdobramento de sua dissertação de mestrado, o primeiro denominado “Reflexões sobre o fenômeno da velhice e a situação do idoso no Brasil”; o segundo colocando “A questão do idoso institucionalizado em discussão”, ambos apresentam correlação com o direito, exatamente por envolver questões jurídicas e sociais, simultaneamente.

O direito ambiental foi contemplado em duas produções, a do autor Eric Wagner de Oliveira Elias, em que estabelece relação entre o “Licenciamento ambiental e avaliação de impacto ambiental”, instrumentos importantes estabelecidos pela Política Nacional de Meio Ambiente de 1981. E o das autoras Maria do Socorro da Silva Menezes e Aryadne Thaís da Silva Menezes, trazendo uma abordagem sobre “A exploração mineral e meio ambiente”.

A educação é temática discutida no meio acadêmico em todas as áreas do conhecimento, colocando em realce sua importância no artigo escrito pelos autores Daniel Alves Magalhães e Heleno Ferreira Brandão versando sobre “A prática pedagógica pragmatista na educação popular”, cuja base filosófica leva a uma reflexão acurada sobre o papel da educação na formação do cidadão. O artigo escrito por Waiwell Jonathan da Silva Vicente aborda a “Tecnologia da informação e da comunicação: estudo da influência no ensino-aprendizagem”.

Oportuno o aporte da contribuição trazida pela autora Suely de Fátima Lemos da Rocha Dantas em duas pesquisas em áreas distintas do direito. A primeira, sob o prisma do direito do consumidor estuda “A inversão do ônus da prova e sua aplicabilidade no CDC”; a segunda, sob fundamentos do direito penal, foca a análise em torno do tema “A lei Maria da Penha como medida de política criminal”.

Para os admiradores do direito administrativo, as autoras Adriana Soares Brandão de Souza e Luciana Vilar de Assis, apresentam contribuição através da

pesquisa tratando sobre as “Parcerias público-privadas no Brasil: aspectos gerais”, assunto emergente e carente de visibilidade jurídica. A professora Luciana Vilar de Assis trabalha, ainda dois outros temas versando sobre a licitação pública: No primeiro, juntamente com a autora Ivana Karla Lima de Lucena, a abordagem é direcionada a “Inexigibilidade de licitação: controvérsia na comprovação da exclusividade”, sendo essa abordagem complementada pelo segundo trabalho escrito juntamente com a autora Aluska Magna de Macêdo Moura mostrando em que consiste “A fragilidade da carta convite: um “convite” às fraudes em processos licitatórios”, temas atuais e de grande interesse, sobretudo pelo reforço dado aos princípios que sustentam a administração pública.

Parabenizamos os autores pelo resultado de seus estudos e pela perspectiva de uma reflexão sobre temas distintos, ao mesmo tempo em que desejamos boa leitura a todos que demonstram interesse pelos temas apresentados nessa edição da Revista.

Profª M.e. Socorro Menezes

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA E SUA APLICABILIDADE NO CDC*

INVESTIGATION OF THE PROOF INJURY AND ITS APPLICABILITY AT CDC

SUELY DE FÁTIMA LEMOS DA ROCHA DANTAS**

RESUMO

Este trabalho de caráter monográfico tem por escopo fazer um estudo sobre a inversão do ônus da prova no Código de Defesa do Consumidor. A inversão do ônus da prova é exceção à regra geral da distribuição do encargo probatório, prevista no art. 333, do Código de Processo Civil. Foi introduzida no direito brasileiro, no âmbito dos interesses supra-individuais, pela Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 – CDC – vale dizer, no campo das relações consumeristas com vistas a busca em restabelecer o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo, sendo considerada como uma regra *ope judicis*. Neste, encontra-se explanação sobre a Teoria Geral da Prova, as provas no processo e nas relações de consumo. Em seguida, indicam-se os pressupostos processuais da inversão do ônus da prova: hipossuficiência ou verossimilhança da alegação. Por fim, procura-se definir o conteúdo da inversão do ônus da prova e destacar alguns aspectos procedimentais.

PALAVRAS-CHAVE: Monografia. Consumidor. Ônus da Prova. Inversão.

ABSTRACT

This work of monographic character seeks to do a study on the the burden of proof inversion in the Consumer Protection Code of. The burden of proof inversion is exception to the rule of distribution of the burden evidentiary provided for in art. 333, the Code of Civil Procedure. It was introduced in Brazilian law, under the supra-individual interests, by Act 8078 of September 11, 1990 - CDC - worth saying in the field of consumer relationship in order to seek redress an equilibrated relationship between the both sides during consumption and regarded, considering as a rule *ope judicis*. The explanation on the general theory of proof and consumer relationships can be founded now. Then, lists the burden of proof inversion procedural requiriments: under capacity or likelihood of the claim. Finally, attempts to define the content of the burden of proof inversion and highlight certain procedural aspects.

KEYWORDS: Monograph. Consumer. Burden of Proof. Inversion.

1 INTRODUÇÃO

O constituinte originário alçou à categoria de direitos e garantias fundamentais a defesa do consumidor, a necessidade de proteção da sociedade como um todo e

* Trabalho julgado adequado para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Civil do Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ

** Especialista em Direito Processual Civil pelo Unipê. Assessora do Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. E-mail: suely.r.dantas@gmail.com.

aos cidadãos individualmente, porque diante de situações cotidianas, repetidas um cem número de vezes, poucos se percebe a fluência da real cidadania quando são garantidos direitos materiais mínimos ao indivíduo comum.

Assim, instituídas normas de condutas ao trato consumerista, tem-se que à sua instrumentalização outros recursos constitucionais se agregam, pois a Constituição Federal em seu artigo 5º, LIV e LV considerou como direitos e garantias fundamentais o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa estabelecidos em processo judicial, de sorte que servem de instrumentos básicos à dialética processual, estabelecida não só como possibilidade, mas dever de produzir provas ao convencimento judicial.

Sob este prisma, proposto como tema ao presente trabalho monográfico de conclusão do curso de pós-graduação em direito processual civil um estudo da inversão do ônus da prova à luz do código do consumidor. Tendo como foco no primeiro capítulo a Teoria Geral da Prova, com análise de seu conceito, breve evolução histórica, fundamento constitucional e princípios aplicáveis. Já no capítulo seguinte serão abordadas as provas no processo civil, bem como o tema sob a ótica das relações de consumo.

Neste ponto da obra, abordar-se-á o tema propriamente dito da inversão do ônus da prova segundo os preceitos constitucionais e legais estabelecidos, os requisitos legais à sua admissibilidade, bem como o momento processual em que pode ser estabelecida, refletindo-se sobre tão empolgante matéria, que trazida pelo constituinte originário serve de alicerce à construção de uma nova realidade jurídica.

Desta forma, ao final de toda esta exposição, espera-se terem sido atingidas todas as metas propostas na elaboração deste trabalho, investigando os mecanismos do instituto da inversão do ônus da prova, bem como ter colaborado à comunidade científica no debate e conscientização sobre o tema, que tanto traz benefícios concretos à sociedade, particularmente ao cidadão comum.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

A doutrina não é unânime ao estabelecer o conceito de prova. Tal conceito não pode ser dado em compartimentos estanques, sob pena de não se esgotar o seu fim específico, ao revés, deve ser situado para além dos limites judiciais no intuito de

fornecer ao órgão judicial os elementos de convicção necessários ao julgamento. Na tentativa de estabelecer-se um conceito, três correntes surgiram:

A primeira corrente determinava como conceito de prova a idéia de meio pelo qual se chega à descoberta da verdade. Mittermaier como defensor desta corrente estabeleceu um conceito genérico afirmando que: “prova é a soma dos meios produtores da certeza” (SILVA, 2003, p. 07). A segunda corrente tem o conceito de prova como aquele contido no próprio resultado. Carlo Lessona seu defensor diz que “provar significa dar ao juiz a certeza de ser e do modo de ser dos fatos controvertidos” (SILVA, 2003, p. 07).

Terceira e última corrente é tida como eclética ou mista, porque o conceito de prova pode abranger tanto o meio quanto o resultado, de acordo com Santos (2008, p. 343), que estabeleceu o conceito de prova judiciária em dois sentidos, pois, para ele:

Destina-se a prova a levar o juiz ao conhecimento da verdade dos fatos da causa. Esse conhecimento ele obtém através dos meios de prova. Costuma-se, assim, conceituar prova, no sentido objetivo, como os meios destinados a fornecer ao juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em juízo. Mas a prova, no sentido subjetivo, é aquela que se forma no espírito do juiz, seu principal destinatário, quanto à verdade desses fatos. A prova, então, consiste na convicção que as provas produzidas no processam geram no espírito do juiz quanto à existência ou inexistência dos fatos.

À luz da Teoria Constitucional (art. 5º, LV da CF) a prova foi alçada ao patamar de Direito Fundamental em razão dos Princípios do Contraditório e do Acesso à Justiça que integram os Princípios Gerais das Provas. Neste norte, tem a finalidade de estabelecer a verdade, fixando os pontos apresentados no processo com o desiderato de produzir o convencimento do juiz numa certeza suficiente a embasar a sua decisão.

Assim, é considerado como principal objetivo do processo jurisdicional a efetivação de um resultado favorável a quem tenha razão, é possível conceituar prova como sendo o modo pelo qual tentam, as partes, demonstrar os fatos controvertidos, apresentando suas versões na intenção de proporcionar ao juiz da causa um suporte fático suficientemente esclarecedor à formação de seu convencimento.

2.1 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Como ensina Rocha (2000, p. 63), "no princípio repousa a essência de uma ordem, seus parâmetros fundamentais e direcionadores do sistema normando". Nessa esteira, complementa a doutrinadora lembrando que se pode:

[...] concluir que a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente, designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento-chave, por uma baliza normativa, donde as demais idéias, pensamentos ou normas, derivam se reconduzem e/ou se subordinam.

Em linhas gerais os princípios transmitem a idéia de elemento mestre, estrutural, uma verdadeira coluna de sustentação que disciplinam e conduzem uma determinada ciência.

2.1.1 Princípio da Auto-responsabilidade das Partes

A situação descrita pelas partes deve ser demonstrada em juízo, cabendo a parte que permanecer inerte suportar as conseqüências derivadas de sua inatividade. Trata-se, de ônus, e não de mera faculdade à demonstração dos fatos constitutivos de seu direito. É a regra preceituada no art. 333, I do CPC.

2.1.2 Princípio da Audiência Contraditória ou Bilateral

É um princípio derivado do direito alemão contido na expressão – *Grundsatz des beiderseitigen Gehörs* – que na lição Silva (2003, p. 29) pode ser entendido no fato de que “ninguém poderá ser condenado sem ser ouvido”.

2.1.3 Princípio da Aquisição ou da Comunhão das Provas

Instaurado o contraditório e produzidas todas as provas estas passam a integrar o caderno processual, de modo unificado, destinando-se a comprovação dos direitos alegados por quaisquer das partes litigantes sem distinção.

2.1.4 Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional

A regra estabelecida no art. 131 do CPC garante que o juiz é livre para apreciar as provas apresentadas, devendo se fixar aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes, sendo defeso valer-se de elementos probatórios alheios.

Não se trata de arbítrio, mas de uma liberdade condicionada que se concede ao julgador. É um critério de atuação atrelado ao dever de indicar em sua decisão os motivos de seu convencimento. De acordo com este princípio o juiz não pode se deixar guiar por impressões pessoais.

Santos (2008, p. 394) pondera ao afirmar que a convicção do julgador está atrelada as seguintes condicionantes:

A convicção fica, assim, condicionada: a) aos fatos nos quais se funda a relação jurídica controvertida; b) às provas desses fatos, colhidas no processo; c) às regras legais e a máximas de experiência; e, por isso que é condicionada, deverá ser motivada.

Tal princípio é o que norteia o sistema adotado pelo CPC.

2.1.5 Princípio da Imediatidade

Pode ser analisado em um duplo sentido. No formal, consiste no contato pessoal, imediato e direto que deve ter o juiz com as provas carreadas, sobretudo na colheita da prova oral. Nicola Framarino Dei Malatesta destaca a importância da imediatidade na prova oral advertindo que “há sinais de veracidade ou de mentira na fisionomia, no som, na voz, na serenidade ou no embaraço de quem depõe: é uma acumulação preciosa de provas indiretas, que se perdem quando se julga sobre o escrito” (SILVA, 2003, p. 29).

No sentido material os meios de prova devem estar próximos e disponíveis não só do juiz, mas também das partes. De acordo com Silva (2003) estabelece que este princípio mantém um estreita relação com os princípios da oralidade, concentração e identidade física do juiz.

2.1.6 Princípio da Oralidade

É a predominância da palavra externada em sons vocálicos, sem, contudo haver a completa exclusão da prova escrita. Está em harmonia com o princípio da celeridade. Reza o art. 336 do CPC que, “salvo disposição em contrário, as provas devem ser produzidas em audiência.”

Tal artigo corrobora a prioridade conferida pelo legislador em relação à produção oral das provas permitindo ao juiz obter maior rapidez e aproximação com a prova. Mostra-se salutar que as manifestações das partes em relação às provas concentrem-se na audiência, de modo que o julgamento da matéria se dê com menor número de atos processuais e de forma objetiva. Todavia, não exclui o valor, embora indiciário e pendente da análise das demais provas existentes no processo, que se confere em relação às provas produzidas de modo escrito.

2.1.7 Princípio da Concentração

Princípio da concentração também decorre do princípio da oralidade e abraça a idéia de que todos os atos do processo, inclusive a sentença, devem ser realizados o mais proximamente possível uns dos outros, para que se possa proferir uma decisão justa, tanto que os artigos 455 e 456, do CPC expressam tal entendimento em seus conteúdos ao dispor que "a audiência é una e contínua. Não sendo possível concluir, num só dia, a instrução, o debate e o julgamento, o juiz marcará o seu prosseguimento para dia próximo"; e, o art. 456, por sua vez, prevê que "encerrado o debate ou oferecidos os memoriais, o juiz proferirá a sentença desde logo ou no prazo de 10 (dez) dias."

2.1.8 Princípio da Publicidade

O Princípio da Publicidade visa tornar transparentes os atos processuais praticados pelo juiz durante a persecução civil ou penal. Via de regra, os atos processuais são públicos, em especial, as audiências, salvo as exceções expressas e taxativas previstas em lei que garante a tramitação em segredo de justiça quando se tratar de processos que versem acerca de “interesses públicos, casamento,

filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores” (art. 155, CPC. 2007, p. 348).

2.1.9 Princípio da Identidade Física do Juiz

O Princípio da Identidade Física do Juiz vaticina que o mesmo juiz que concluiu a audiência de instrução e julgamento deve ser aquele que proferirá a sentença de mérito. Fundamenta-se na idéia de que o juiz que tem contato direto, na audiência, com as partes e testemunhas, tem melhores condições de proferir a sentença, ante a maior intimidade com o conjunto probatório.

2.1.10 Princípio da Lealdade Processual e da Isonomia

O Princípio da Lealdade Processual determina que as partes têm o dever de conduzir-se com ética e lealdade, cabendo ao juiz reprimir qualquer ato atentório à dignidade da justiça, ao mesmo tempo que o Princípio da Isonomia consagra a obrigação de ser dispensado tratamento igualitário às partes.

2.2 OBJETO DA PROVA

A finalidade da prova é convencer o magistrado quanto a veracidade dos fatos alegados e que constituem a lide. O objeto da prova pode ser conceituado como sendo o conjunto das alegações controvertidas das partes em relação a fatos relevantes para o julgamento da causa, não sendo estes notórios nem presumidos e que devem ser analisados à luz dos elementos trazidos aos autos pelas partes com a intenção de demonstrar a veracidade do alegado.

Dispensa-se a produção de provas quando: o fato alegado por uma parte é confessado pela outra; os fatos alegados pelo autor não são contestados pelo réu, ou seja, tidos por incontroversos; os fatos notórios, que são de domínio público e conhecimento geral.

Logo, nos autos, serão objeto de prova os fatos controvertidos, tanto que o artigo 451 do CPC determina que deve o juiz ao iniciar a instrução processual e, após ouvir as partes, fixar os pontos controvertidos, delimitando os pontos em que devem incidir as provas. A produção de provas será realizada, portanto sobre os pontos

prévia e especificamente enumerados, e podem obtidas através de meios documentais, orais, periciais e vistoria judicial, tudo, para convencer o magistrado de que a tese levantada é digna de repercussão no processo.

3 PROVAS NO PROCESSO

A CF em seu art. 5º, XXXV, garante a todos o acesso a jurisdição ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 336 do CPC),

Logo, é garantida à busca pela tutela jurisdicional do Estado, quando necessário ao indivíduo que pretenda utilizar seu direito constitucional de ação, para tanto, invoca-se em juízo à participação do terceiro, que assumirá, após citação e ingresso nos autos, o pólo passivo da demanda, formando a relação processual, composta dos sujeitos processuais necessários à obtenção da prestação da tutela, que resultará em procedência de uma ou outra tese trazida pelas partes, pois não há garantia de que será em favor daquela que demandou em juízo. Uma vez posta à questão para apreciação do Poder Judiciário, nas mãos deste fica a solução a ser dada à lide, é a intervenção do terceiro, Estado, nas soluções dos conflitos interpessoais.

Compete ao autor ao formular sua exordial a comprovação dos fatos constitutivos de seu direito à luz do art. 333, I do CPC. Por sua vez, cabe à parte demandada, em contestação, argüir os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Inteligência do art. 333, II do CPC. Nasce, portanto, a imprescindibilidade de se provar a existência do fato, já que a simples alegação é insuficiente para formar a convicção do magistrado. *Allegatio et non probatio* quase *non allegatio*.

Assim, o magistrado, após a colheita de provas, formando seu convencimento, proferirá decisão, mesmo quando as provas não forem suficientes, nestes casos, lançará mão das regras de julgamento que permitem por fim à lide, mesmo sem que quaisquer das partes tenham trazidos provas eficazes à demanda. A lide posta à apreciação não ficará sem resposta pelo Poder Judiciário.

3.1 VALOR DA PROVA E SUA EFICÁCIA

Na doutrina assinada por Didier Júnior (2007, p. 22-23) o procedimento probatório que se destina a fornecer a prova dos fatos que se alegam e deve ser observado sob quatro fases distintas, a saber: A fase da proposição na dinâmica do CPC é ato da parte. No lançamento da postulação em juízo as partes devem requerer, de plano, a produção das provas necessárias a demonstração dos fatos que alegam.

Segue-se a fase da admissão. Nesta o juiz da causa manifestará seu posicionamento admitindo ou não a produção das provas requeridas com fundamento na utilidade e no cabimento do requerimento. Aqui o ato é do juiz e se verifica por meio do despacho saneador.

A terceira fase é chamada de produção. É o momento onde os fatos afirmados pelas partes serão averiguados, é a produção da prova propriamente dita. Produzida a prova ela fará parte do processo e poderá ser aproveitada para qualquer das partes sem distinção. É a regra estabelecida pelo princípio da comunhão das provas.

A quarta e última fase é a da valoração e ocorre no momento da decisão. A prova proposta, admitida e produzida servirá de alicerce para que o magistrado fundamente o seu veredicto sob pena de nulidade. Uma vez produzida a prova é necessário que se estabeleça a sua eficácia que pode ser analisada à luz dos seguintes critérios.

O critério da persuasão racional permite ao juiz apreciar as provas livremente, seguindo as suas impressões pessoais, utilizando-se de sua capacidade intelectual, devendo, contudo, expor na fundamentação, os motivos e as circunstâncias que formaram a sua convicção, tem-se que o art. 131 do CPC adotou este critério ao dispor que: "o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento." Este critério é respaldado pelo princípio do livre convencimento .

Em oposição a este se destaca o critério da prova legal onde não é permitido ao julgador valorar a prova segundo seu entendimento, o seu valor é fixado previamente em lei. Tal critério é incompatível com as regras processuais vigentes, pois engessam a liberdade do magistrado dentro do princípio da legalidade. Não é concebível a existência de normas que estabeleçam de forma absoluta e inalterável o

valor da prova, não deixando margem alguma ao juiz para valorá-la, utilizando-se do seu discernimento.

Realizadas as provas e finda a instrução, ainda que tenham as partes pecado realizando uma produção incorreta ou insuficiente de provas para demonstrar os fatos que alegam, o magistrado não pode recusar proferir julgamento em decisão fundamentada. O artigo 335 do Código de Processo Civil orienta no sentido de que: “[...] em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará as regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda regras de experiência técnica, ressalvando quanto a esta, o exame pericial”.

Trata-se de ônus das partes e não do juízo a produção satisfatória das provas. Neste contexto, tem-se que na valorização da prova será pautada na análise com fulcro na verossimilhança, probabilidade, verdade e certeza dos fatos trazidos à baila.

4 DA RELAÇÃO DE CONSUMO E A TUTELA CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor é fruto dos movimentos consumeristas havidos no Brasil que lutaram pela conscientização da comunidade jurídica acerca da necessidade de uma norma específica que regulamentasse as relações de consumo, vez que as normas legais existentes antes do advento do CDC não conseguiam administrar de modo eficaz as situações derivadas do mercado de consumo considerando a sua expansão e, também, a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor.

Assim sendo, a Assembléia Nacional Constituinte de 1988 optou pela necessidade de atividade legislativa à proteção das relações de consumo e, ao cuidar, do Capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais na elaboração da Constituição Federal da República de 1988 erigiu a defesa do consumidor ao patamar de direito fundamental do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXII, reza que: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 24, VIII, da CF). Da análise do dispositivo constitucional supra tem-se que emana, do constituinte originário, uma ordem imperativa, um dever do Estado e, por tal razão é que se pode afirmar que se trata de uma garantia constitucional.

Ainda na CF é possível arrolar outros preceitos que asseguram a proteção ao consumidor diante das relações estabelecidas na sociedade. Destaca-se no art. 24, VIII, da CF a competência concorrente para legislar acerca da responsabilidade por danos ao consumidor:

Art. 24 da CF - Compete a União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VIII - a responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (BRASIL, 1988).

No art. 170, V da CF, está consagrado a defesa do consumidor como um dos princípios autorizadores da intervenção do Estado na ordem econômica:

Art. 170 da CF – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V – defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

Nota-se que a preocupação foi tamanha que o art. 48 do ADCT determinou que devesse: "O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da data da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor." Durante a tramitação do Código no Congresso manifestações em sentido contrário a sua criação foi levantada, todavia o CDC foi votado. Grinover e Benjamin (2004, p. 9) ao manifestarem seu posicionamento em relação à tramitação do CDC enfatizam a natureza de Código atribuído a Lei nº 8.078/90 aduzindo que:

Na tramitação do Código (no Congresso), o lobby dos empresários, notadamente da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, por meio de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não era. E, dessa forma, o Código foi votado em 1990. Mas, repita-se, não obstante a nova denominação está verdadeiramente diante de um Código, seja pelo mandamento constitucional, seja pelo seu caráter sistemático. Tanto isso é certo que o Congresso Nacional sequer se deu o trabalho de extirpar do corpo legal as menções ao vocábulo Código – arts. 1º, 7º, 28, 37, 44, 51 etc. (GRINOVER; BENJAMIN, 2004, p. 85)

Surgiu em 11 de setembro de 1990 a Lei nº 8.078 intitulada de Código de Defesa do Consumidor. Concebido como código dotado de um vasto leque de regras de direito formalmente reunidas contendo conceitos, princípios e cláusulas gerais incutiram nos consumidores e nos fornecedores os seus direitos e deveres no universo das relações de consumo.

Deste modo, pode-se afirmar que o legislador procurou garantir por todos os meios a eficácia prática de dito direito fundamental ao ponto de incluir objetivos de índole constitucional em normas ordinárias de direito privado.

4.1 PRINCÍPIOS DO CDC

Inicialmente destaca-se que as normas jurídicas podem ser divididas em duas categorias: regras e princípios. Regras no conceito de Cavaliere Filho (2008, p. 25) “são proposições normativas que contêm relatos objetivos, descritivos de determinadas condutas, aplicáveis a hipóteses bem definidas, perfeitamente caracterizadas, sob a forma de tudo ou nada.” Por sua vez, princípios na visão do mesmo autor:

De acordo com Cavaliere Filho (2008, p. 25);

São valores éticos e morais abrigados no ordenamento jurídico, compartilhados por toda a comunidade em dado momento e em dado lugar, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé e outros tantos.

Para Mello (1998, p. 629-630):

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

O direito exige uma interpretação harmoniosa com todo o sistema e isso só se torna possível por intermédio dos princípios que iluminam e indicam o caminho a ser seguido na atuação hermenêutica de descoberta do valor que está sendo resguardado pela norma. O art. 4º do Código de Defesa do Consumidor de acordo

com a nova redação dada pela Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, elencou os princípios fundamentais da Política Nacional das Relações de Consumo.

Nesta oportunidade serão analisados alguns dos princípios basilares inseridos no sistema normativo do CDC vez não ter este trabalho a intenção de esgotar o assunto, mas apenas priorizar o entendimento que os princípios correspondem ao núcleo básico da ordem jurídica.

4.1.1 Princípio da Boa-fé

Acerca deste princípio declara Diniz (2002, p. 39) que:

A boa-fé está relacionada ao interesse social de segurança das relações jurídicas, uma vez que as partes devam agir com lealdade e confiança recíprocas, procurando ambas colaborar com a formação e execução do contrato, procedendo, desta forma, com transparência negocial.

Já para o renomado doutrinador para Rodrigues (2002, p. 60) a boa-fé pode ser traduzida em "um conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar".

Destaca-se na lição de Oliveira (2003, [s/p]) o seguinte comentário:

Por boa-fé entende-se a honestidade, a transparência, a lealdade e a expectativa de que as partes ajam de acordo com os fins a que se destina o contrato, tendo em vista não apenas a constatação por uma delas de que está agindo consoante o seu próprio direito, mas a verificação de que não está adentrando a esfera de direitos de outrem. Fundamental, portanto, a observância de um parâmetro de conduta a seguido, conforme a expectativa criada nos contraentes.

Com o advento do CDC a expressão "boa-fé" ganhou novos contornos passando a traduzir a idéia de valores éticos que devem permear a formalização de todos os negócios jurídicos e, não apenas aqueles que tenham contorno consumerista. O princípio é bastante difundido, especialmente, no Direito do Consumidor, conforme pode ser observado pela leitura dos artigos 4º e 51 do CDC:

Art. 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos aos seguintes princípios:

[...]

III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Art. 51 - São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento dos produtos e serviços que: [...] IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

Sérgio Cavaliere Filho (2008) defende a existência de três funções da boa-fé, são elas: criadora ou integrativa, interpretativa e de controle. A função criadora, também chamada de integrativa preconiza o dever das partes guardarem a boa-fé não apenas no momento de celebração do contrato, mas sim em todo o seu cumprimento, inclusive na fase pré-contratual. É uma função presente ainda que não esteja especificada de modo expresso. Tanto que o art. 422 do CC/2002 determina que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A função interpretativa proíbe que se confira ao negócio jurídico uma interpretação prejudicial, maliciosa, de modo a garantir a qualquer das partes uma situação de desigualdade, evitando que se afigure vantagem exacerbada. O art. 113 do CC/2002 estabelece que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Por fim, a função de controle. Mais uma vez é levantada a bandeira de que devem as partes atuar com lealdade e confiança no momento da celebração dos negócios jurídicos. Na lição de Marques (2003, p. 215) esta função limita o exercício do direito subjetivo, “seja reduzindo a liberdade dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e liberando o devedor em face da não razoabilidade de outra conduta.”

Partilhamos que a boa fé aplicada no conjunto das funções retro mencionadas não fere as garantias individuais, ao contrário, prima para que seja evitada injustiça ao ponto de proteger a parte hipossuficiente na relação de consumo.

4.1.2 Princípio da Transparência

O princípio da transparência acha-se filiado ao princípio da boa-fé tendo nas relações de consumo a incumbência de garantir o fornecimento de informações

corretas e precisas sobre dado produto a ser fornecido, serviço a ser prestado ou contrato a ser firmado.

Tal princípio deve ser observado em todas as fases da relação de consumo pré-contratual, intermediária e pós-contratual. Segundo Marques (2003, p. 596 e 597), tem-se que:

O princípio da transparência inverteu os papéis tradicionais, levando aquele que se encontrava na posição ativa e menos favorável, ou seja, aquele que necessitava informar-se e adquirir conhecimentos técnicos ou informações suficientes para realizar um bom negócio, o consumidor, para uma posição confortável de detentor de um direito subjetivo de informação, enquanto aquele que se encontrava na posição passiva, o fornecedor, passou a ser sujeito do dever de informação, o que significou, na prática, uma verdadeira inversão de papéis.

Estabelece o art. 10, §1º do CDC que:

O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentam, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

Trata-se, portanto, de princípio destinado ao fornecedor, quando da apresentação de seus produtos no mercado de consumo, consistindo em um dever negativo, ou seja, deve o fornecedor abster-se de práticas que criem barreiras à informação. É um dever e não mera faculdade.

4.1.3 Princípio da Vulnerabilidade

O princípio da vulnerabilidade acha-se expresso no art. 4º, I do CDC e pode ser entendido como viga mestra do instituto protecionista. Visa proporcionar uma maior proteção ao consumidor, com o intuito de restabelecer o equilíbrio entre as partes integrantes na relação de consumo de forma a impedir que o fornecedor de bens, produtos ou serviços fique em situação de superioridade.

É possível concluir que a vulnerabilidade constitui uma qualidade inerente ao consumidor. Neste momento, arrolam-se as espécies de vulnerabilidade identificadas na doutrina brasileira. Na linha de pensamento de Cavaliere Filho a vulnerabilidade pode ser fática, técnica ou jurídica.

De acordo com Cavalieri Filho (2008) a vulnerabilidade fática decorre da supremacia exercida pelos detentores de poder da cadeia produtiva em face da condição de hipossuficiente do consumidor. Infelizmente grande parcela de consumidores ainda não tem direito à saúde, moradia digna, alimentação adequada, lazer etc., ou seja, a um mínimo digno de sobrevivência. Parece um sonho distante, uma utopia. A aplicação do princípio da vulnerabilidade objetiva exatamente diminuir a linha divisória e aproximar a parte mais fraca da relação de consumo do padrão ditado pela sociedade globalizada e consumista de modo que não seja prejudicado.

De acordo com o autor supracitado, a vulnerabilidade técnica (2008) aplicada em face do consumidor decorre da falta de conhecimentos técnicos precisos acerca da linha de produção dos bens disponibilizados no mercado. Por tal razão é de suma importância o princípio em comento vez assegurar ao consumidor o direito a receber do fornecedor informações claras evitando, assim, o desequilíbrio na balança consumerista.

Segundo Lopes (*apud* CAVALIERI FILHO, 2008, p. 40-41) acerca da vulnerabilidade técnica pautada na falta de conhecimento do consumidor preconiza que:

O consumidor médio não tem como avaliar o que está comprando. Em casos de defeitos do produto deverá recorrer a quem tenha conhecimento especial relativo àquele produto, em nível semelhante ao do fabricante. Daí surge a necessidade de laboratórios e institutos de pesquisas independentes e confiáveis, capazes de atuar ao lado do consumidor.

De acordo com Cavalieri Filho (2008) por derradeiro tem-se a vulnerabilidade jurídica. Esta resulta da falta de informação específica a respeito de quais direitos rodeiam o consumidor especialmente em relação a quem e onde reclamar. Nesta linha de raciocínio, o art. 46 do CDC assevera que:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Visa, portanto, garantir uma assistência jurídica eficaz, por tais razões diversos institutos e organizações de proteção e defesa do consumidor surgiram na intenção de promover e facilitar o acesso da parte hipossuficiente na busca da satisfação de seu direito quer na esfera administrativa, quer na esfera judicial.

4.1.4 Princípio da Equidade

Estabelece o art. 51, IV do CDC, ao referir-se às cláusulas abusivas, serem nulas de pleno direito àquelas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

A equidade deve estar presente durante toda a análise que permeia a relação de consumo sob pena de conferir tratamento privilegiado a uma das partes. Tal princípio é aplicado para suprir lacuna na lei ou integrá-la diante das regras técnicas de hermenêutica evitando que um desequilíbrio afronte as regras equitativas e maculem de vício o negócio celebrado.

4.1.5 Princípio da Segurança

É o princípio que alicerça todo o sistema da responsabilidade civil das relações de consumo. No CDC pode ser identificado no art. 12 que prevê que “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos [...]” e, também no art. 14 do mesmo diploma legal estabelecendo que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços [...]”.

Da análise dos artigos retro mencionados pode-se concluir que a responsabilidade do fornecedor não está calcada no risco, mas sim na segurança que o produto ou serviço deixa de oferecer ou de fornecer, respectivamente. Nesta linha de pensamento destaca-se o posicionamento de Amarante (1998, p. 15-16):

O consumidor exposto aos fenômenos econômicos, tais como a industrialização, a produção em série e a massificação, assim vitimado pela desigualdade de informações, pela questão dos produtos defeituosos e perigosos, pelos efeitos sobre a vontade e a liberdade, o consumidor acaba lesionado na sua integridade econômica e na sua integridade físico-psíquica, daí emergindo como vigoroso ideal a estabilidade e a segurança, o grande anseio de protegê-lo e colocá-lo em equilíbrio nas relações de consumo.

Destaca-se que a responsabilidade em tais casos só irá nascer quando houver violação do dever jurídico e, não pelo simples fato de ter o fornecedor disponibilizado no mercado produto ou serviço. Todavia, trata-se de responsabilidade objetiva respondendo o fornecedor pelos danos que gerar ao consumidor independentemente da aferição de culpa.

4.2 RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Até o advento do CDC não havia legislação específica que disciplinasse os acidentes decorrentes das relações de consumo, deste modo os riscos sempre corriam por conta do consumidor, parte mais fraca, já que a responsabilidade do fornecedor era do tipo subjetiva e, na maioria das situações, impossível de ser demonstrada.

O direito não é uma ciência estática, ao contrário, a cada dia sofre mutações e durante tal evolução em busca da melhoria das relações de consumo o estudo da responsabilidade civil ganhou uma nova conotação. O conceito e o modo de se provar a culpa foi flexibilizado, com o advento da culpa presumida, seguindo-se pela teoria da culpa contratual, culpa anônima até aportar na responsabilidade objetiva dos dias atuais.

Assim, é possível chegar à conclusão de que não estará o consumidor a mercê da própria sorte diante dos acidentes de consumo, quer os decorrentes de fato do produto, quer decorrentes do fato do serviço. Apontam-se dois tipos de responsabilidade mencionados pelo CDC. A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço e a responsabilidade por vício do produto e do serviço.

A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço corresponde a um vício de qualidade, um defeito atribuído a um produto ou a um serviço, que colocado a disposição no mercado de consumo não irá corresponder à expectativa do consumidor no momento da utilização. Neste caso, o risco é grande, pois os produtos comprometem à segurança do consumidor.

Está disciplinada no art. 12 do CDC nos seguintes termos:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Os defeitos podem ser verificados no momento da concepção (projeto), na produção (fabricação) ou na comercialização (acondicionamento). Constituem os chamados acidentes. Nestes casos aplica-se o CDC para responsabilizar o fabricante não se aplicando os princípios atinentes a relação contratual preconizada pelo CC.

Ainda que se trate de responsabilidade objetiva o nexo causal entre o fato alegado e o dano deve existir. Diante da ausência do nexo exonera-se o fornecedor da responsabilidade pelos danos alegados.

Por seu turno, a responsabilidade por vício do produto e do serviço é decorrente dos chamados vícios de adequação. Verificam-se quando há uma desconformidade do produto ou serviço apresentado com a legítima expectativa do consumidor, compromete sua funcionabilidade sem, contudo, causar insegurança ou risco demasiado, o prejuízo nesta modalidade é mensurado em uma desvantagem econômica.

O art. 18 do CDC estabelece:

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária e respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

O art. 19 do CDC em sua essência garante a solidariedade na responsabilidade por vícios de qualidade do produto. Na visão do doutrinador Denari (2002, p. 146) destaca-se duas espécies de defeitos que assolam o mundo das relações de consumo:

Os defeitos ou vícios intrínsecos que se caracterizam pelas imperfeições que afetam a essência ou composição dos produtos colocados no mercado de consumo e, os defeitos ou vícios extrínsecos que são aqueles que afetam a apresentação do produto, derivados da falta ou da insuficiência de informações relativas à utilização, conservação e vida útil (prazo de validade) do produto.

Da análise das espécies de defeitos apontadas por Denari (2002) e da regra de solidariedade apontada pelo CDC é possível extrair a quem será atribuída a responsabilidade considerando o tipo de vício encontrado. Em se tratando de produtos que não passaram por processo de industrialização e de produtos com vício de

quantidade o responsável será o fornecedor imediato, salvo quando identificado o produtor.

Quando o vício for de qualidade é reconhecida a solidariedade entre fabricantes e fornecedores. O CDC foi um avanço nas relações jurídicas de consumo trazendo uma verdadeira metamorfose aos paradigmas que antes eram adotados criando um novo campo propício para facilitação da defesa do consumidor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A essência da inversão considera a vulnerabilidade do consumidor mesclando-a aos requisitos da verossimilhança e hipossuficiência com respaldo em determinação constitucional. No decorrer desta análise verificou-se uma evolução no trato das relações de consumo e, ainda, que o instituto não agrada a todos a certeza maior, e a mais importante, é que os consumidores estão cada vez mais atentos aos seus direitos, buscando, a todo custo, a sua integração com as normas protetivas.

Este avanço buscou proporcionar um equilíbrio entre o consumidor e o fornecedor dos produtos, bens ou serviços na prestação da tutela jurisdicional já que é universalmente aceito que os direitos materiais básicos do consumidor devem corresponder as garantias processuais necessárias a sua efetivação.

Tentou-se demonstrar a necessidade de conferir uma maior efetividade ao processo que se destina a tutelar as relações de consumo assegurando uma igualdade real entre as partes em litígio, pois na maioria das situações o fornecedor ostenta uma situação de evidente vantagem.

Ressaltou-se o ônus da prova e a sua inversão nas relações de consumo, apontando a controvérsia doutrinária acerca do momento processual oportuno para o magistrado a declarar sempre diante dos requisitos necessários que merecem destaque, a verossimilhança das alegações do autor do pedido de inversão, bem como a hipossuficiência do consumidor, em face aos fornecedores de bens e serviços.

Defendeu-se a tese de que o fornecedor tem o direito de ser previamente informado do ônus que lhe cabe por ocasião do deferimento da inversão, para que possa exercer amplamente seu direito de defesa na fase instrutória do processo, sob pena de afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Contudo, este trabalho não tem a intenção de esgotar o assunto já que para tanto seria necessário amadurecimento por parte dos operadores do direito, para que haja uma consolidação desta norma no sistema processual civil.

Diante o exposto, pôde ser verificado que o consumidor não está mais indefeso, uma vez que o CDC foi criado, justamente, para protegê-lo integralmente em face do fornecedor, e o instituto da inversão do ônus da prova foi um marco histórico a evitar que o desequilíbrio entre as partes seja motivo de desigualdade ou injustiça jurídica, evitando, desta forma, que se venha a cometer qualquer tipo de abuso ou arbitrariedade em decorrência de sua vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

AMARANTE, Maria Cecília Nunes. **Justiça ou equidade nas relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. São Paulo: Forense Universitária, 2001.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo. Editora Atlas, 2008, p. 25.

DENARI, Zelmo. **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. – Volume 2. Salvador: Editora Jus Podivm, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Beatriz Azevedo de. **A boa-fé objetiva nas relações contratuais de consumo.** (2003). Disponível em:
<<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4067>>. Acesso em: 01 nov. 2008.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Comentários ao código de defesa do consumidor.** São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil** – Volume 3. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar. **As provas no cível.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 2008.

A LEI MARIA DA PENHA COMO MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL*

THE MARIA DA PENHA LAW AS A CRIMINAL POLICY MEASURE

SUELY DE FÁTIMA LEMOS DA ROCHA DANTAS**

RESUMO

Este trabalho tem o escopo fazer um estudo sobre o impacto da violência doméstica na sociedade brasileira, à luz da Lei nº. 11.340/2006, que disciplinou a matéria de modo específico, explanando-se os caminhos da violência e como a questão é enfrentada pelo Direito Penal Brasileiro, pois é inegável, no contexto real, que esta é uma triste celeuma que atinge, em especial, as mulheres, sem distinção de raça, idade, religião, classe social ou alcance cultural. Foi a partir do episódio em que Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de seu então cônjuge, que por duas vezes atentou contra sua vida, que a luta feminina assumiu contornos definidos, pois a falta de firmeza das instituições nacionais alavancou uma denúncia feita pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional – CEJIL e pelo Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que ao final condenou o país em 2001, incluindo, dentre outras condenações, a recomendação ao Brasil da adoção de medidas eficazes ao combate da violência doméstica, sendo este o marco que desencadeou a edição da Lei 11.340/2006, que veio a ser mais conhecida como Lei Maria da Penha, alvo desta produção acadêmica como instrumento de política criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Monografia. Violência Doméstica. Lei nº. 11.340/2006.

ABSTRACT

This study of character is scope to do a study on the impact of domestic violence in Brazilian society, in the light of Law nº 11340/2006, which govern the matter of how specific, is explaining the ways of violence and how the issue is faced by the Brazilian Penal Law, it is undeniable, the real context, that is a sad fussabout affecting, in particular, women, without distinction of race, age, religion, social class or cultural power. It was from the episode in which Maria da Penha Maia Fernandes was the victim of her then husband, who twice attempted on her life, that the fight takes women defined as the absence of firm action of national institutions leveraged a complaint made by Center for Justice and International Law - CEJIL Committee and the Latin American and Caribbean for the Defense of Women's Rights - CLADEM the Inter-American Commission on Human Rights of the Organization of American States that condemned the country to end in 2001, including, among other convictions, the recommendation on Brazil's adoption of effective measures to combat domestic

* Esta monografia foi julgada adequada para a obtenção do título de Especialista em Ciências Penais, na modalidade Formação para o Mercado de Trabalho, e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Ciências Penais da Universidade do Sul de Santa Catarina, em convênio com a Rede Ensino Luiz Flávio Gomes – REDE LFG.

** Especialista em Ciências Penais da Universidade do Sul de Santa Catarina. Assessora do Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. E-mail: suely.r.dantas@gmail.com.

violence, which is the milestone that triggered the issue of Law 11340/2006, which came to be known as Maria da Penha Law, this production target as an academic of criminal policy.

KEYWORDS: Monograph. Domestic Violence. Law nº 11.340/2006.

1 INTRODUÇÃO

No seio da sociedade reside a família, instituição sagrada à luz da religião e reserva moral das mais ortodoxas instituições brasileiras, no entanto, é no seio das famílias que repousam as fraquezas humanas e lhe serve de palco, pois no ambiente familiar, que impõe cotidiano ostensivo, que seres humanos dóceis e honrados à luz de terceiros, apresentam suas vicissitudes, fracassos e personalidades desestruturadas, porque é num meio íntimo que, pouco a pouco, o poder se instala, poder arcaico, recheado de conceitos conservadores advindos do patriarcado e utilizado para subjugar aos demais, em geral hipossuficientes em meios à luta, com destaque à mulher, vítima ancestral das mazelas domésticas. E, através deste estudo se busca aclarar ideais a respeito do tema, que tão recentemente foi trazido ao debate social, embora a problemática seja antiga e infiltrada nos meandros sociais.

Lança-se luz sobre temática em razão da edição da Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, para tanto, analisa-se a questão social e jurídica, bem como a constitucionalidade do diploma legal face o Princípio Constitucional da Isonomia, buscando a compreensão do que é violência, tentando captar o espírito do legislador e a finalidade da lei, que se traduziu em recurso de política criminal, para isso, foi realizada pesquisa bibliográfica através dos meios dispostos: como livros, revistas e as mídias em geral.

Há crescente produção doutrinária acerca da matéria e foi dada ênfase ao estudo de Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto, Ana Lucia Sabadell e Maria Berenice Dias, conhecidos pela profundidade de seus conhecimentos, tudo a trazer a este trabalho as melhores condições de análise, partindo do pressuposto que, muito mais que uma questão de gênero, o correto enfoque ao tema é indubitavelmente à proteção aos Direitos Humanos. Para assim, humildemente, contribuir à análise do tema, acrescentando ao estudo de Política Criminal algo mais acerca dos caminhos percorridos pelas mulheres na luta pelo reconhecimento não só da garantia constitucional à igualdade no aspecto formal, mas também no contexto material, à efetividade do tratamento recebido por seus pares e parceiros.

2 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Dado relevante do traço histórico e cultural das nações, com destaque aos povos ocidentais, é o esteio no patriarcado, que elegia o homem como chefe da família e responsável pelos demais entes do núcleo familiar, tal prerrogativa lhe conferida superioridade face aos demais, principalmente, à mulher; e, no exercício de tal poder, o homem se postava na qualidade de proprietário daquela que, na verdade, deveria ser sua companheira e não seu objeto de controle, o homem era o detentor dos desejos e pensamentos das mulheres a sua volta, que lhe devotavam um silêncio conformado, e quando não, o varão se utilizava de todos os meios disponíveis, mesmo que reprováveis, à sua subjugação. É evidente que este era um campo fértil a toda sorte de violências.

Assim, a questão de gênero não é uma novidade no cenário brasileiro, até porque, mundialmente, eclodiu com o movimento feminista que deflagrou vários questionamentos e represálias. Transcreve-se a lição de Silveira (2009):

[...] o movimento de mulheres mostrou que a desigualdade entre homens e mulheres é uma construção social, enterrando para sempre uma naturalização da subordinação das mulheres como destino biologicamente dado. Esse movimento teórico e prático contribuiu ao emergir na agenda política mundial com energias emancipatórias que articulam novos direitos, alargando as fronteiras de lutas e questionando os processos de desigualdade e exclusão do desenvolvimento capitalista recente.

Ou seja, os últimos cinquenta anos foram de intensas e necessárias transformações, a pílula anticoncepcional modificou o tratamento que as mulheres dispensavam ao próprio sexo, antes tolhido pela gravidez, por vezes indesejada. Com a libertação sexual houve a mudanças de costumes, a Lei do Divórcio possibilitou a desmistificação da família como instituição indissolúvel, embora as consequências das rupturas não pudessem ser mitigadas, inegável ter sido uma conquista ímpar, inclusive porque possibilitou, em grande larga, a necessidade do ingresso da mulher no mercado de trabalho, pois antes o trabalho da mulher era visto como forma de passatempo aos afazeres domésticos, embora os ganhos financeiros fossem inferiores aos oferecidos aos homens, o trabalho da mulher foi ganhando espaço, e hoje, a competição é de igual para igual, conquista advinda, prioritariamente, com

igualdade entre homens e mulheres, estabelecida pelo art. 5º, inciso I da Constituição Federal de 1988, consagrado, pela primeira vez, como um direito fundamental.

A Constituição estabeleceu ainda, em seu art. 226, §5º, a igualdade entre os cônjuges, afirmando que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, vedando qualquer ato discriminatório por motivo de sexo, consoante art. 3º, inciso IV e art. 7º, inciso XXX (BRASIL, 1988).

E, a reboque da evolução do pensamento legislativo veio o novo Código Civil em 2002, em revogação ao Código de 1916, que privilegiava o gênero masculino em detrimento do feminino, ao permitir, por exemplo, a anulação do casamento devido à não virgindade da mulher; o afastamento da herança de filha com comportamento desonesto; determinando que a mulher casada não tivesse capacidade civil plena, pois para praticar certos atos, precisava ter o consentimento do seu marido.

O novo Código Civil rompeu com a hierarquia de gênero, indicando em seu art. 1º, que toda pessoa, independente de ser homem ou mulher, é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Complementa ainda o art. 1.511, que “o casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges” (BRASIL, 2002).

O art. 1.567 do novo Código Civil prevê que:

A direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos.
Parágrafo Único. Havendo divergência, qualquer dos cônjuges poderá recorrer ao juiz, que decidirá tendo em consideração aqueles interesses (BRASIL, 2002).

Na verdade as alterações legislativas são reflexos das próprias mudanças sociais, e, mas ao mesmo tempo, sedem novos espaços a outras mutações sociais, refletindo na busca incansável por igualdade e cidadania. E, embora tudo isto não seja, por si só, suficiente a minimizar o número de casos de violência doméstica no Brasil, contribuiu ao desenvolvimento sociocultural do país.

Tanto que, como alhures já dito, a partir do episódio havido em 1983, em Fortaleza/CE, em que Maria da Penha Maia Fernandes foi vítima de seu então cônjuge, que por duas vezes atentou contra sua vida, que a luta feminina assumiu contornos mais definidos, pois a falta de firma ação das instituições nacionais contribuiu à denúncia realizada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional –

CEJIL juntamente com Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, que ao final recomendou ao país em 2001, dentre outras condenações, à adoção de medidas eficazes ao combate da violência doméstica.

Foi neste contexto que no dia 25 de novembro de 2004, por ocasião do Dia Internacional pelo Fim da Violência contra as Mulheres, que o Executivo encaminhou o Projeto de Lei ao Congresso Nacional, para, em 2006, os fóruns de mulheres de todo o Brasil, seguindo iniciativa do estado de Pernambuco, realizarão Vigílias pelo Fim da Violência contra as Mulheres. Denunciando a violência e os homicídios de mulheres, pedindo a aprovação do referido Projeto de Lei, que foi aprovado, em todas as instâncias, por unanimidade e sua tramitação no Congresso Nacional durou 20 meses. No dia 7 de agosto de 2006, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva assina a Lei 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 22 de setembro (CFEMEA, 2007).

2.1 ASPECTOS SOCIAIS DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

A temática da violência doméstica teve suas causas por vezes distorcidas do contexto real, verificou-se que não é a pobreza, isoladamente, o elemento deflagrador da violência em ambiente doméstico, mas sim as próprias relações de poder que se estabelecem entre os companheiros, pais e filhos, etc. Poder que induz à errônea compreensão de livre disposição do outro, da coisificação do ser humano, transformando aquela pessoa de convivência em um ser dispensável e incômodo, que por vezes já não lhe serve para acolher seus afetos, mas para satisfazer seus caprichos. Na verdade, as relações de gênero produzem uma distribuição desigual de autoridade, de poder e de prestígio entre as pessoas, de acordo com seu sexo.

O agente violento demonstra um desprezo inequívoco pelo ser humano, que num cenário de poucos recursos financeiros e ausência de estrutura cultural, aí sim, propicia o agravamento do contexto de intramuros, a pobreza sempre se traduziu num disfarce útil para manter a problemática à sombra das discussões sociais.

Sabe-se que um fator que aumenta o risco da violência, é o fato de a pessoa haver sido testemunha de violência doméstica na infância. O álcool e a pobreza não são considerados causas diretas do problema, apesar de poderem favorecer a

violência. Portanto, depois de muitos estudos com homens e mulheres, o que se sabe hoje sobre o problema permite deduzir que a violência doméstica é extremamente frequente, porém raramente denunciada, podendo afetar a qualquer um.

Neste aspecto o medo da impunidade afastava ainda mais as poucas corajosas que denunciavam as agressões, pois o conceito geral que a punição ao agressor seria limitada à doação de cestas básicas. Portanto o cenário da vida familiar não se transformava, pois mais cedo ou mais tarde a violência se repetiria, pois ela ocorre numa evolução crescente, ou seja, quanto mais o agressor age impunemente, mais volta a agredir, pela sincera convicção a despeito dos preconceitos que carrega e da impunidade de seus atos. A mulher, por sua vez, sem melhores meios, mantém o casamento com o agressor, em nome dos filhos, da família e de uma inverídica promessa de mudança, até porque a capacidade de percepção e atuação daquela que se encontra em situação de opressão é mais estreita, face à dominação de que é vítima e conseqüente exploração de sua condição.

2.2 CONCEITOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Violência, segundo Fernandes (1996, p. 640) é “qualidade do que é violento; abuso da força; tirania; opressão; veemência; ação violenta; coação física ou moral”. Guimarães (2003, p. 529) aborda sobre o mesmo assunto, assim estabelece que:

Violência – Uso de força sobre alguém, para coagi-lo a submeter-se à vontade de outrem, para fazer ou deixar de fazer algo. Pode ser: física, material ou real, quando se emprega força material e outros meios que impossibilitem a resistência do paciente; moral ou ficta, quando o agente intimida o paciente com ameaça grave de mal iminente, ou se é juridicamente incapaz de livre consentimento; [...].

Constitui violência, portanto, todo ato praticado com o uso da força, no intuito de obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa, contra sua vontade, bem como todo ato capaz de ferir, machucar ou massacrar uma pessoa, propositalmente, à obtenção de algum fim. O Código Penal, em seu art. 129, §9º, já previa a violência doméstica:

Art.129

[...]

§9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda,

prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos (In: VADE MECUM RT, 2008, p. 534).

A violência doméstica é a agressão que ocorre no ambiente doméstico, no âmbito familiar, bem como em qualquer relação íntima de afeto. Homens, mulheres e crianças podem ser vítimas desse tipo de violência, vítimas sofridas, com baixa auto-estima, porque se confunde da figura do ofensor aquele de quem esperariam proteção. Ainda se pode particularizar mais a relação da violência doméstica, quando dirigida à mulher, abrangendo atos de agressão física e/ou moral, maus tratos psicológicos e abusos sexuais.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (2009), aprovada pela Organização das Nações Unidas - ONU em 1994 e ratificada pelo Brasil em 1995 (2009), entende que:

A violência contra a mulher impede e anula o exercício dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, de forma que, paralelamente à violência física, sexual e psicológica, ocorreria uma violação daqueles direitos. Daí a gravidade da violência contra a mulher, que é capaz de lesar, simultaneamente, vários bens jurídicos protegidos.

Sobre o mesmo aspecto, acrescentam Cunha e Pinto (2008, p. 48):

[...] definimos violência doméstica como sendo a agressão contra mulher, num determinado ambiente (doméstico, familiar ou de intimidade), com a finalidade específica de objetá-la, isto é, dela retirar direitos, aproveitando da sua hipossuficiência.

A violência doméstica pode ocorrer no ambiente doméstico, quando a agressão acontece dentro de casa, entre pessoas que têm ou não vínculo familiar; no âmbito da família, quando a violência é praticada entre pessoas unidas por um vínculo conjugal, parentesco ou por vontade própria; e ainda numa relação de intimidade. Com a finalidade de proteger, especificamente, a mulher, contra a violência doméstica e familiar, a Lei 11.340/06, denominada Lei Maria da Penha, visa coibir a violência contra a mulher, reafirmando que as mulheres, independentemente de raça, religião, classe e orientação sexual, gozam dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Consigne-se ainda que a violência doméstica também se concretiza em relacionamentos que ainda não podem ser considerados como família, todavia, não

interessa se o fato se deu entre marido e mulher ou entre um casal de namorados, independentemente de coabitação, ambas as mulheres, casada ou solteira, têm a proteção da Lei Maria da Penha.

O conceito de violência doméstica contra a mulher está previsto no art. 5º da lei supracitada:

Art. 5º Para efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual, ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
 I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
 II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
 III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
 Parágrafo único – As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual (VADE MECUM, 2008, p. 2021).

Em relação à proteção dos transexuais pela Lei 11.340/06, é necessário aclarar que, consoante (CHAVES; ROSENVALD *apud*, CUNHA; PINTO, 2008, p.30-31):

O transexual não se confunde com o homossexual, bissexual, intersexual ou mesmo com o travesti. O transexual é aquele que sofre uma dicotomia físico-psíquica, possuindo um sexo físico distinto de sua conformação sexual psicológica. Nesse quadro, a cirurgia de mudança de sexo pode se apresentar como um modo necessário para a conformação do seu estado físico-psíquico.

Nesse diapasão, ressalta Cunha e Pinto (2008, p. 31) que há duas posições:

Uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmute suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível) deve ser encarada de acordo com sua nova realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil.

A Desembargadora Maria Berenice Dias, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (DIAS, 2007, p. 35), acentua que:

Ao afirmar que está sob o abrigo da lei a mulher, sem distinguir sua orientação sexual, alcançam-se tanto lésbicas como travestis, transexuais e

transgêneros que mantêm relação íntima de afeto em ambiente familiar ou de convívio. Em todos esses relacionamentos, as situações de violência contra o gênero feminino justificam especial proteção.

Pode-se considerar que a Lei nº 11.340/06 protege não apenas as pessoas nascidas mulher, como também aquelas que, apesar de serem, naturalmente, do sexo masculino, consideram-se mulher, adquirindo características femininas, como por exemplo, os transexuais. Assim sendo, as medidas previstas na lei em estudo são aplicáveis não só às uniões heterossexuais, como também às uniões homossexuais entre mulheres e, ainda, aos travestis, transexuais e transgêneros envolvidos numa relação de afeto.

2.3 SUJEITO ATIVO E PASSIVO

O sujeito ativo da violência doméstica tanto pode ser homem como mulher, uma vez que a Lei 11.340/06 não se importou com o gênero do agressor, exigindo apenas que haja um vínculo de relação doméstica, familiar ou de afeto, não sendo necessário assim, um vínculo conjugal. Apesar de ser mais comum o parceiro ser o agressor, a mulher também pode agredir outra mulher. Podem ser enquadrados como o sujeito ativo o marido, companheiro, namorado, ex-namorado, a mãe, a filha, a irmã, a mulher lésbica que agride sua companheira, bem como o patrão ou a patroa da empregada doméstica.

Nesse panorama, sintetiza Dias (2007, p. 41):

A empregada doméstica, que presta serviço a uma família, está sujeita à violência doméstica. Assim, tanto o patrão como a patroa podem ser os agentes ativos da infração. Igualmente, desimporta o fato de ter sido o neto ou a neta que tenham agredido a avó, sujeitam-se os agressores de ambos os sexos aos efeitos da Lei.

Ou seja, embora a grande parte dos agressores for do sexo masculino, a mulher também pode ser o sujeito ativo da violência doméstica, exigindo-se apenas que seja comprovada a convivência doméstica ou familiar, ou que haja laços afetivos entre o agressor e a vítima. O agressor, no âmbito social, é um ser agradável, ou seja, em público se mostra uma pessoa exemplar, encantadora, não permitindo que ninguém desconfie de suas agressividades.

Corroborando o entendimento acima, estabelece Dias (2007, p. 41):

Não só as esposas, companheiras ou amantes estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica como sujeitos passivos. Também as filhas e netas do agressor como sua mãe, sogra, avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar com ele podem integrar o pólo passivo da ação delituosa.

Não é necessário que haja, entre o agressor e a vítima, uma relação conjugal, pois, além da esposa, qualquer mulher que conviva na residência do agressor, que integre a família do mesmo ou que tenha uma relação íntima de afeto com ele, pode ser sujeito passivo da violência doméstica.

2.4 FORMAS DE VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DOMÉSTICO

O art. 7º, da Lei nº 11.340/06, trata das diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, mostrando, sem nenhum artifício, os vários atos que podem caracterizar uma violência. Segundo Dias (2007, p. 39) “A absoluta falta de consciência social do que seja violência doméstica é que acabou condenando este crime à invisibilidade”. Daí a importância do art. 7º, que conceitua cada tipo de violência.

2.4.1 Violência Física

Conforme o inciso I, do art. 7º da lei em questão: “São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras, a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal”. Acerca da mesma matéria, acrescentam Cunha e Pinto (2008, p. 61) que:

Violência física é o uso da força, mediante socos, tapas, pontapés, empurrões, arremesso de objetos, queimaduras, etc., visando, desse modo, ofender a integridade ou a saúde corporal da vítima, deixando ou não marcas aparentes, naquilo que se denomina, tradicionalmente, *vis corporis*.

Em outras palavras, violência física é o emprego de força física ou de outros meios que dificultam a resistência da vítima, com o intuito de feri-la, não sendo necessárias marcas ou cicatrizes como resultado dessa agressão. São atos que podem ser considerados violência física: mordidas, chutes, tapas, empurrões, bofetadas, puxões de cabelo, beliscões, queimaduras, tentativa de asfixia, ameaça

com faca, tentativas de homicídios, dentre outros, inclusive os atos de omissão também podem constituir violência física quando a vítima for uma criança.

Não obstante a violência doméstica já configurar forma qualificada de lesões corporais, com pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, a lei Maria da Penha modificou a pena desse delito para de 3 (três) meses a 3 (três) anos. Nesse condão, afirma Dias (2007, p. 47):

A integridade física e a saúde corporal são protegidas juridicamente pela lei penal (CP, art. 129). A violência doméstica já configurava forma qualificada de lesões corporais: foi inserida no Código Penal em 2004, com o acréscimo do §9º ao art. 129 do CP: 'Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade'. A Lei Maria da Penha se limitou a alterar a pena desse delito: de 6 meses a um ano, a pena passou para de 3 meses a 3 anos.

Salienta-se, no entanto, que a pena é atribuída o delito tanto na forma culposa quanto dolosa caracteriza violência física.

2.4.2 Violência psicológica

A violência psicológica não era prevista na legislação pátria, porém a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Doméstica a incorporou ao conceito de violência contra mulher. Esse tipo de violência, apesar de não deixar marcas corporais visíveis, causa um grande abalo emocional, que, na maioria das vezes, permanecem por toda a vida da vítima, podendo ser considerada mais prejudicial que a violência física.

O inciso II, do art. 7º da Lei nº 11.340/06 conceitua violência psicológica:

A violência psicológica entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima. Ou lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise desagradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Essa violência afeta a saúde psíquica da mulher, deixando marcas que não aparecem no seu corpo, mas que atingem a sua autoestima. Dentre os atos que podem ser considerados violência psicológica, tem-se: humilhações, privação da

liberdade, ameaças de agressão, impedimento de contato com a família, impedimento ao trabalho ou ao estudo, danos propositais a objetos queridos, danos ou ameaça a pessoas queridas, etc.

A finalidade do sujeito ativo da violência psicológica é sentir-se superior à sua vítima, fazendo com que esta perca sua auto-estima, seu valor. Nesse desiderato, afirmam os autores Cunha e Pinto (2008, p. 61) que “o comportamento típico se dá quando o agente ameaça, rejeita, humilha ou discrimina a vítima, demonstrando prazer quando vê o outro se sentir amedrontado, inferiorizado e diminuído”.

A consequência da violência psicológica é a satisfação emocional do ofensor e o sentimento de inferioridade da vítima, pois aquele, ao menosprezar uma mulher, sente-se em um nível superior, o que lhe proporciona uma sensação agradável.

2.4.3 Violência Sexual

Pode-se considerar violência sexual quando o agressor força a mulher, criança ou adolescente a praticar atos sexuais, com ou sem violência física, a fim de lhe proporcionar uma gratificação sexual, sem o consentimento da vítima. O legislador foi bastante abrangente ao estabelecer, no art. 7º, inciso III, que a violência sexual é:

Qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos. (VADE MECUM, 2008, p. 2021)

A abrangência legislativa atingiu situações não tipificadas pela lei penal. Isso pode ser constatado a partir da leitura da parte final do dispositivo acima citado, o qual afirma ser violência sexual a limitação ou anulação do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. Um exemplo de tal situação é quando um pai impede sua filha maior de praticar atos sexuais com seu namorado. Além do exemplo supra, são atos de violência sexual: toques e carícias não desejadas, prostituição forçada, participação forçada em pornografia. Essas agressões, muitas vezes, provocam nas vítimas um sentimento de vergonha que faz com que elas ocultem o evento.

Se, em decorrência de uma violência sexual, a mulher engravidar, a gravidez poderá ser interrompida sem a necessidade de autorização judicial, pois a lei assegura esse exercício, mas não impõe essa condição. Em sede de conclusão, ressaltamos que o livre exercício da sexualidade da mulher está garantido. Mesmo casada ou em união estável, ela não é obrigada a ter relações sexuais com seu marido ou companheiro, pois, sem seu consentimento, a relação passa a ser considerada como violência sexual.

2.4.4 Violência Patrimonial

Violência Patrimonial é, consoante o inciso IV do art. 7º da Lei nº 11.340/06:

Qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades.

O tipo de violência em questão acontece em muitos lares quando são destruídos objetos pessoais, instrumentos de trabalho, documentos, entre outros pertences da mulher, podendo ainda ocorrer à transferência de bens ao agressor, por coação. De acordo com Cunha e Pinto (2008, p. 61), “esta forma de violência raramente se apresenta separada das demais, servindo, quase sempre, como meio para agredir, física ou psicologicamente, a vítima”.

O Código Penal, em seus artigos 181 e 182, dispõem acerca de imunidades, absolutas ou relativas nos casos de delitos patrimoniais não violentos no âmbito familiar. Quando for praticado, dentro de uma relação familiar, um crime contra o patrimônio de uma mulher, as imunidades previstas nos artigos transcritos acima não terão validade, ou seja, por exemplo, se o marido subtrair para si um objeto da esposa, não será isento da pena, pois cometeu o crime de furto contra uma mulher com que mantinha uma relação de afeto.

2.4.5 Violência Moral

A Violência Moral, entendida como “qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria”, segundo o inciso V do art. 7º da Lei 11.340/06, atinge a honra

e a imagem das mulheres. Calúnia, difamação e injúria são crimes contra a honra previstos nos arts. 138, 139 e 140, respectivamente, do Código Penal.

Os crimes especificados acima protegem a honra, porém, de acordo com Maria Berenice Dias, configuram violência moral quando a vítima e o agressor possuem um vínculo familiar ou uma relação de afeto, de sorte que:

a calúnia e a difamação atingem a honra objetiva e se consumam quando terceiros tomam conhecimento da imputação, diferente da injúria, que atinge a honra subjetiva, consumando-se quando o próprio ofendido toma conhecimento da imputação (DIAS, 2007, p. 54).

Podemos considerar a violência moral como uma violência verbal que, normalmente, ocorre junto à violência psicológica, que dizer que acusar alguém de ter cometido um fato considerado crime, sem que isso tenha sido verdade, ou, ofender a reputação de alguém, com críticas mentirosas, ou ainda, adjetivar uma pessoa pejorativamente constituem atos de violência moral.

3 ASPECTOS LEGAIS

Em relação à influência dos Tratados Internacionais, existem dois sistemas de proteção aos direitos humanos, o sistema global, composto pelos Estados que fazem parte das Nações Unidas - ONU e o sistema regional, onde são agrupados países que possuem uma aproximação no campo político, econômico e cultural ou que possuem uma mesma declaração de princípios. O Brasil faz parte do sistema regional interamericano da Organização dos Estados Americanos – OEA.

O Brasil é signatário de um tratado internacional de proteção aos direitos humanos das mulheres do sistema universal conhecido como Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher - Cedaw (1979). Foi o primeiro tratado internacional de direitos humano, voltado exclusivamente para a questão da mulher. Esta Convenção foi assinada em 1981 e ratificada pelo governo brasileiro em 1984, com algumas reservas na parte relativa à família. As reservas foram retiradas em 1994, tendo em vista o reconhecimento por parte da Constituição Brasileira de 1988 da igualdade entre homens e mulheres tanto na vida pública quanto na vida privada, e em especial na relação conjugal. Foi promulgada pelo Decreto 4.377, de 13 de setembro de 2002, que revogou o Decreto 86.640, de 20 de março de

1984. Essa Convenção trouxe de modo inovador a possibilidade da discriminação positiva, através de ações afirmativas de caráter temporário com vistas a atingir a igualdade material entre homens e mulheres.

A Cedaw (1979) tem como objetivo:

[...] erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, buscando alternativas de promover a igualdade de fato entre homens e mulheres. Retirando a mulher da condição de inferioridade que sempre ocupou historicamente, numa afronta ao princípio da isonomia e à dignidade humana, o que constitui obstáculo ao bem-estar da sociedade e da família e dificulta a participação da mulher na sociedade e no pleno desenvolvimento de suas potencialidades.

Esta Convenção, todavia, apresenta uma lacuna, pois não previu em seu texto uma referência expressa a respeito da violência doméstica e sexual contra as mulheres. O Brasil também assinou o Protocolo Facultativo à Cedaw (1999). Foi promulgado internamente em 2002. Através deste protocolo foram criados dois mecanismos de monitoramento, para dar maior efetividade à Convenção, quais sejam: possibilidade de encaminhamento de petições para denunciar violações à Convenção e possibilidade de instauração de procedimento investigatório pelo Comitê previsto nos arts. 17 a 22 da Cedaw a fim de apurar graves violações aos direitos humanos das mulheres.

Ainda, dentro do sistema global temos a Declaração de Eliminação da Violência contra a mulher, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 1993, em resposta aos anseios da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos realizados no mesmo ano. Reconheceu-se que a violência contra a mulher constitui violação aos direitos humanos das mulheres e uma manifestação histórica de desigual relação de poder entre homens e mulheres, e que esta violência constitui, também, obstáculo ao desenvolvimento, à paz e à igualdade. Na IV Conferência Mundial sobre as Mulheres em 1995, foi adotada a Declaração de Beijing: ação para a igualdade, desenvolvimento e paz. Este é outro instrumento do sistema universal que visa assegurar a implementação dos direitos humanos das mulheres com respeito à dignidade humana e à igualdade de direitos entre homens e mulheres.

A Declaração e Plataforma de Ação de Beijing aborda a questão da violência doméstica, onde cita as medidas punitivas, as ações que estejam voltadas para a prevenção, e ainda, medidas de apoio que permitam, por um lado, que a vítima e à sua família devam ter assistência social, psicológica e jurídica, necessárias à

recomposição após a violência sofrida e, por outro lado, que proporcionem a possibilidade de reabilitação dos agressores.

No âmbito do sistema regional interamericano temos a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará. Foi adotada pela Assembléia geral da OEA em 1994 e foi ratificada pelo Brasil em 1995. Esta Convenção reconheceu que a violência contra a mulher é uma violação aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, impedindo o exercício destes mesmos direitos e liberdades. Reconheceu, também, que esta violência é uma situação generalizada que atinge as mulheres indistintamente, tornando-se necessário uma atitude com o fim de acabar com este tipo de violência que priva as mulheres de sua dignidade.

A Convenção se preocupa também com a violência na esfera privada, tratando-a como violação aos direitos humanos, sendo, portanto, do interesse da sociedade e do poder público a sua prevenção e eliminação. Essa também foi inovadora, ao facilitar acesso à justiça, possibilitando a qualquer pessoa ou grupo de pessoas, bem como entidades sócias o mecanismo de petições, sempre que os Estados - parte agirem com negligência, ineficácia ou preconceito, violando o estatuído pela Convenção.

As petições devem ser encaminhadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A mesma atribui grandes responsabilidades ao Estado a fim de alcançar seus objetivos, tais como: prevenir, punir e eliminar a violência contra a mulher. Os Estados devem investigar os crimes, responsabilizar seus autores e garantir a compensação para as vítimas. Impõe também ao Estado a necessidade de incorporação em sua legislação interna de normas que sejam capazes de proteger a mulher da violência, além de expurgar normas ou costumes que incrementem a escalada da violência. Deve, ainda, o Estado enviar relatórios anuais à Comissão Interamericana de Direitos Humanos contendo informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher e as dificuldades encontradas na implementação dessas medidas citadas no art. 10 da Convenção de Belém do Pará.

A Lei Maria da Penha foi uma resposta do legislador brasileiro para adequar a legislação nacional para o “controle à violência doméstica e familiar contra a mulher, tentando assegurar à mulher sua dignidade humana e o exercício de seus direitos humano e de suas liberdades fundamentais”.

3.1 LEI Nº. 11.340/2006 - MEDIDA DE POLÍTICA CRIMINAL E REPERCUSSÕES PROCESSUAIS PENAIIS

Os frequentes casos de violência contra a mulher evidenciaram a urgência da criação de uma lei integral de enfrentamento à violência doméstica e familiar contra as mulheres. Essa necessidade teve como resposta a criação da Lei 11.340/2006, de 7 de agosto de 2006, que entrou em vigor em 22 de setembro de 2006 e foi alcunhada de Lei Maria da Penha. Pode ser vista como um microssistema de direitos por criar mecanismos para impedir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispor sobre a criação de um Juizado próprio desse tipo de violência e, ainda, estabelecer medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência.

Não são poucas as alterações estabelecidas pela Lei Maria da Penha, tanto na tipificação dos crimes de violência contra a mulher, quanto nos procedimentos judiciais e da autoridade policial. Freire, ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres (2009), “tipifica a violência doméstica como uma das formas de violação dos direitos humanos.” Altera o Código Penal e possibilita que agressores sejam presos em flagrante, ou tenham sua prisão preventiva decretada, quando ameaçarem a integridade física da mulher. Prevê, ainda, inéditas medidas de proteção para mulher que corre risco de vida, como o afastamento do agressor do domicílio e a proibição de sua aproximação física junto à mulher agredida e aos filhos.

Um dos grandes progressos trazido pela Lei Maria da Penha foi a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher – JVDfMs, que tanto têm competência cível como criminal. A prerrogativa investigatória foi devolvida à autoridade policial, que tem a função de instaurar o inquérito. A vítima não pode ser a portadora da intimação ao agressor e, tanto na fase policial como na judicial, ela sempre será acompanhada por um advogado e terá garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e da Assistência Judiciária Gratuita (DIAS, 2007, p. 67).

A Lei nº 11.340/2006 impediu a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos casos de crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme seu art. 41: “aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”. Esse impedimento se refere apenas aos crimes, podendo ser aplicada a Lei dos Juizados Especiais às contravenções cometidas contra a mulher, no âmbito das

relações domésticas e familiares. Em relação às novidades impostas pela lei em comento, Dias (2007, p. 25) assim relata:

Deve a vítima ser pessoalmente cientificada, quando o agressor for preso ou libertado da prisão, sem prejuízo da intimação de seu procurador constituído ou do defensor público (art. 21). Mais, deve o juiz adotar medidas que façam cessar a violência, por exemplo: determinar o afastamento do agressor do lar; impedi-lo que se aproxime da casa; vedar o seu contato com a família (art. 22). Também tem o dever de encaminhar a mulher e os filhos a abrigos seguros, garantindo-lhe a manutenção do vínculo de emprego (art. 9º, II). Além disso, pode decretar a separação de corpos, fixar alimentos, bem como adotar medidas outras como suspender procuração outorgada ao agressor e anular a venda de bens comuns (art. 24). A Lei proíbe a aplicação de pena pecuniária, multa ou entrega de cesta básica (art. 17) e permite a prisão preventiva do ofensor (art. 20).

A referida lei modificou o §9º do art. 129 do Código Penal, pois reduziu a pena mínima do delito de lesão corporal, que antes era de seis meses, para três meses e aumentou a pena máxima, de um ano para três anos. Foram vários os avanços proporcionados pela Lei Maria da Penha, porém, um dos mais salutar está em seu último dispositivo (art. 45), que estabelece acréscimo à Lei de Execuções Penais, para que conste em seu artigo 152, parágrafo único, com a assertiva “nos casos de violência doméstica contra a mulher, o juiz poderá determinar o comparecimento obrigatório do agressor a programas de recuperação e reeducação.” Todavia, para que esse dispositivo possa ser efetivado é necessário que haja a instalação desses espaços, conferindo efetividade às penas restritivas de direito tal importantes a proporcionar certa mudança no comportamento de quem pratica um crime, principalmente, quando não entende o caráter criminoso do seu ato.

4 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS: DIVERGÊNCIAS

A constitucionalidade da Lei Maria da Penha é um tema bastante polêmico acerca da constitucionalidade ou não do diploma legal, face à dicotomia estabelecida entre o tratamento dispensado ao homem face à mulher. Aqueles que pleiteiam pela inconstitucionalidade da Lei 11.340/06, têm-se como principal argumento que há ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que essa lei trata de maneira diferente o homem e a mulher quando sujeito passivo da violência doméstica e familiar. Somente a mulher está sujeita à proteção oferecida pela Lei Maria da Penha, ou seja, o que vai estabelecer a norma que regulamentará o julgamento do crime cometido com

violência doméstica é o gênero da pessoa. Se a vítima for uma mulher, o crime será julgado de acordo com a Lei nº 11.340/2006, se for um homem, será com base na Lei nº 9.099/1995. Daí o caráter discriminatório da nova lei.

De acordo com esta corrente, o art. 41 da lei em comento é totalmente inconstitucional, pois, ao determinar que a Lei nº 9.099/95 não é aplicada aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena, o legislador feriu os art. 98, inciso I, da Constituição Federal. Assim sendo, a todos os crimes considerados de menor potencial ofensivo deveria ser aplicada a Lei dos Juizados Especiais, ainda que praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. A Constituição Federal consagra, diversas vezes, o princípio da igualdade. Além de estar prevista em seu preâmbulo, a igualdade é o primeiro direito fundamental previsto, consoante art. 5º, caput e inciso I, da Carta Magna. Ainda, o art. 226 da Constituição, em seus parágrafos 5º e 8º, trata do princípio da igualdade entre o homem e a mulher: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A corrente que considera a Lei Maria da Penha inconstitucional acredita que há tratamento diferenciado à mulher, dita como ser eternamente vulnerável, proporcionando-lhe uma extrema proteção e deixando o homem desprotegido, havendo, com isso, uma violação ao direito à igualdade entre os sexos, assegurado pela Constituição Federal. Segundo (SANTIM *apud* CUNHA; PINTO, 2008, p. 32):

A pretexto de proteger a mulher, numa pseudopostura 'politicamente correta', a nova legislação é visivelmente discriminatória no tratamento de homem e mulher, ao prever sanções a uma das partes do gênero humano, o homem, pessoa do sexo masculino, e proteção especial à outra componente humana, a mulher, pessoa do sexo feminino, sem reciprocidade, transformando o homem num cidadão de segunda categoria em relação ao sistema de proteção contra a violência doméstica, ao proteger especialmente a mulher, numa aparente formação de casta feminina.

A Lei nº 11.340/2006 não respeitaria o princípio da igualdade, já que não considera que o homem, assim como a mulher, pode ser vítima de violência praticada pela sua parceira. A Lei nº 10.455/2002 já havia proporcionado uma maior proteção à vítima de violência doméstica, quando previu, no parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/1995, a medida cautelar que consiste no afastamento do agressor do lugar de convivência com a vítima. Ainda, a Lei 10.886/2004 elaborou um subtipo de lesão corporal, referente à violência doméstica, aumentando a pena mínima de três para

seis meses. Essas leis não limitaram, a um só gênero, o direito, diferente da Lei Maria da Penha, que ampara apenas as pessoas do sexo feminino, o que reforça a sua inconstitucionalidade.

O art. 33 da Lei nº 11.340/2006 também careceria de constitucionalidade, pois confere às varas criminais tanto a competência criminal quanto a cível, para processar e julgar as causas provenientes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, ou seja, esse dispositivo disporia acerca da competência de juízo, invadindo, dessa maneira, a competência dos tribunais, uma vez que o art. 96, inciso I, alínea a da Constituição Federal afirma que:

Art. 96. Compete privativamente:

I – aos tribunais:

a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos (VADE MECUM, 2008, p. 61).

Percebe-se, portanto, que haveria ofensa ao dispositivo supracitado. O art. 33 da Lei Maria da Penha apoderar-se-ia da competência do Poder Judiciário, rompendo a norma que garante a independência entre os poderes. Segundo Bastos, promotor de Justiça do Rio de Janeiro: “[...] nada impede que os Estados, através de Lei de iniciativa do Presidente do Tribunal, atribuam aos JECRIMs competência para processar e julgar os crimes decorrentes de violência doméstica e familiar contra a mulher”.

Não obstante serem vários os argumentos apresentados pela corrente que considera a Lei nº 11.340/2006 inconstitucional acredita-se ser, esta, indubitavelmente, repleta de constitucionalidade, tese acolhida neste estudo, pois a Constituição Federal estabelece a igualdade entre os sexos, todavia, admite um tratamento desigual às pessoas desiguais. Para comprovar tal constatação, podemos mencionar como exemplo a licença-maternidade, que possui prazo maior do que a licença-paternidade. Outro exemplo é a aposentadoria da mulher, que exige tempo de contribuição e idade inferiores ao exigido ao homem. Ratificando, ainda, a desigualdade entre os gêneros, a Constituição Federal, em seu art. 7º, inciso XX, garante a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Levando-se em consideração que a superioridade física do homem em relação à mulher é um fato de grande notoriedade e que as mulheres têm sido vítimas de violência doméstica em proporções muito maiores às dos homens, tornasse imprescindível um tratamento diferenciado em favor das mulheres. Nesse contexto, faz-se necessário mencionar as palavras de Dias (2007, p.56):

O modelo conservador da sociedade coloca a mulher em situação de inferioridade e submissão tornando-a vítima da violência masculina. Ainda que os homens também possam ser vítimas da violência doméstica, tais fatos não decorrem de razões de ordem social e cultural. Por isso se fazem necessárias equalizações por meio de discriminações positivas, medidas compensatórias que visam remediar as desvantagens históricas, conseqüências de um passado discriminatório.

O homem também pode ser vítima de violência doméstica, contudo, os casos em que isso acontece são bem mais raros do que aqueles em que a mulher é a vítima, pois, conforme Vecchiatti (2009) “inexiste uma generalizada violência doméstica contra os homens como existe em relação às mulheres”.

A Lei Maria da Penha foi criada para colocar em prática o princípio da isonomia, não apenas o aspecto formal da isonomia deve ser respeitado, como também o aspecto material, ou seja, deve ser dispensado tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida da desigualdade. Essa questão fica lúcida aos olhos de Piovesan e Pimentel (2009) que em consonância sintetiza:

Se, para a concepção formal de igualdade, esta é tomada como pressuposto, como um dado e um ponto de partida abstrato, para a concepção material de igualdade, esta é tomada como um resultado ao qual se pretende chegar, tendo como ponto de partida a visibilidade às diferenças. Isto é, essencial mostra-se distinguir a diferença e a desigualdade. A ótica material objetiva construir e afirmar a igualdade com respeito à diversidade e, assim sendo, o reconhecimento de identidades e o direito à diferença é que conduzirão a uma plataforma emancipatória e igualitária.

Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso, a Lei nº 11.340/2006 resguarda direitos de quem se encontra em situação de vulnerabilidade, uma vez que protege as mulheres vítimas de violência dentro de suas próprias casas. Por oportuno, faz-se mister mencionar as palavras de Dias (2007, p. 56):

[...] o tratamento favorável à mulher está legitimado e justificado por um critério de valoração, para conferir equilíbrio existencial, social etc. ao gênero

feminino. É a igualdade substancial e não só a formal em abstrato perante o texto da Constituição (art. 5º, I). Portanto, a Lei Maria da Penha é constitucional porque serve à igualdade de fato e como fator de cumprimento dos termos da Carta Magna.

Na mesma linha de ponderação, faz-se referência a trecho da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 (*apud*, VECCHIATTI, 2009):

O tratamento distinto não se dá unicamente em razão do sexo, como pressuposto, mas em virtude das circunstâncias a que estão sujeitas as mulheres, inclusive em atenção à diferença de força física, que potencializa a violência. Incontestavelmente a mulher necessita de uma maior proteção em relação ao homem, sendo várias as razões.

A superioridade física do homem sobre a mulher sempre foi evidente, fazendo com que ele vencesse a “guerra dos sexos” e ganhasse autoridade para determinar os rumos familiares. As religiões também contribuíram para inferiorização da mulher, uma vez que sempre alçam ao homem o papel de hierarquicamente superior à mulher, como chefe da família, a mulher sempre foi considerada um ser submisso ao homem, quando solteira era prisioneira do pai, que se dava o direito de escolher com quem a filha iria se casar, após o casamento, a mulher se tornava prisioneira do marido, considerado chefe da sociedade conjugal (VECCHIATTI, 2009).

A Lei nº 11.340/2006 nada tem de inconstitucional, pois através dela é que se busca estabelecer a igualdade material entre os sexos masculino e feminino. O legislador, ao estabelecer que a Lei nº 9.099/95 não seria aplicada aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, agiu de forma legítima e regular, tendo em vista que a brandura da resposta penal sugerida por essa lei acarretou a banalização do delito cometido contra a mulher.

Em relação ao art. 33 da Lei Maria da Penha, o qual estabelece que, enquanto não forem criados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, “as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher”, não há qualquer inconstitucionalidade, uma vez que esse artigo dispõe acerca da competência de juízo, ou seja, sobre a competência das varas, que é matéria processual e não de simples procedimento, e, segundo o art. 22, inciso I, da Constituição Federal: “compete privativamente à União legislar sobre direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. Ademais, até que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a

Mulher estejam em funcionamento, serão competentes as varas criminais à apreciação da matéria.

Nesse mesmo Dias (2007, p. 58), acrescenta:

Não há inconstitucionalidade no fato de lei federal definir competência. Ao assim proceder, não transborda seus limites. Nem é a primeira vez que o legislador assim age. Situação semelhante já ocorreu quando foi afastada a incidência da Lei dos Juizados Especiais no âmbito dos crimes militares. Também a Lei 9.278/1996, ao regulamentar a união estável, definiu a competência do Juízo da Vara de Família.

Não obstante a resistência surgida a partir da edição da Lei nº 11.340/2006, que determinou que os juízos, que antes só discorriam sobre uma matéria, a criminal, prestariam jurisdição, ainda que cautelar e temporária, em outra matéria, a cível, constata-se, a partir dos argumentos acima, que o art. 33 da lei em comento não invadiu a esfera de competência do poder judiciário, não sendo, portanto, inconstitucional.

Em sede de conclusão acerca da constitucionalidade da Lei Maria da Penha, cabe mencionar o entendimento de Piovesan e Pimentel (2008):

A Lei Maria da Penha, ao enfrentar a violência que de forma desproporcional acomete tantas mulheres, é instrumento de concretização da igualdade material entre homens e mulheres, conferindo efetividade à vontade constitucional, inspirada em princípios éticos compensatórios.

Atente-se que a Constituição dispõe do dever do Estado de criar mecanismos para coibir a violência no âmbito das relações familiares (artigo 226, parágrafo 8º). Inconstitucional não é a Lei Maria da Penha, mas a ausência dela. Ante o exposto, considerando ser “indiscutível sua constitucionalidade, devemos concentrar esforços para garantir sua operacionalidade” (PEREIRA *apud*, DIAS, 2007, p.59). A Lei Maria da Penha concretiza a igualdade entre o homem e a mulher, fazendo com que o objetivo real da Constituição Federal seja atingido, o que é totalmente constitucional, posicionamento abraçado por este estudo, seguindo corrente crescente da jurisprudência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao fim desta jornada, percebe-se que a violência em geral é uma mazela social grave que atinge todos os países e necessita de enfrentamento honesto, e, no particular da violência doméstica, tem-se que não é um sintoma só brasileiro, pois decorre de um problema humano ancestral, mas nesta Era da Informação, todos devem ter acesso a mecanismos que possibilitem uma atuação social responsável e objetiva a conscientizar os demais que o avanço rumo à Modernidade aponta nos Princípios basilares dos Direitos Humanos, que dispensam proteção à fauna, à flora e a todos os seres humanos, não se podendo suportar que homens subjuguem mulheres, pela simples necessidade de ostentar seu espúrio poder. Vive-se ou se tenta viver num panorama de igualdade, respeito e liberdade.

Em março deste ano o Conselho Nacional de Justiça promoveu a 3ª Jornada da Lei Maria da Penha, criada pelo Fórum Permanente de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, formado por magistrados dos Juizados e Varas especializados em violência contra mulher, que ao final, concluiu pela necessidade de implementar medidas à efetivação da Lei Maria da Penha, pois ainda é elevado o número de mulheres vítimas da violência doméstica, apesar da efetividade jurisdicional tenha sido crescente, é preciso ainda mais, e foi para isso que o Fórum foi instituído, de sorte que a jornada discutiu o que fazer para melhorar, segundo as palavras da Conselheira Andréa Pachá: “A possibilidade de trocar essas informações e experiências é uma forma de consolidar ainda mais a aplicabilidade” (In, EM/SR Agência CNJ de Notícias).

Ou seja, é só através da prática diária que se poderá vencer a violência que corre por baixo das instituições, em especial, aquela que ocorre dentro das nossas casas, fruto da ignorância, do recalque e da ira, pois somente com dignidade pode a família ser construída em alicerces fortes de respeito a seus integrantes, para assim, verdadeiramente contribuir à construção de uma sociedade melhor, mais justa e consciente, as mulheres e filhos vítimas de hoje poderão ser os frutos da renovação, pois só a transformação do próprio destino que conduzirá ao Novo. O orgulho da dignidade humana é elemento essencial do indivíduo, homem ou mulher, com direito a viver em paz!

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. 2009, **Violência doméstica e familiar contra a mulher: lei "Maria da Penha"**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 09 jun. 2009.

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

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Conflito de Competência** – “Lei Maria da Penha” - Inconstitucionalidade dos Artigos 33 e 41 - Inexistência - Competência Atribuída Provisoriamente ao Juízo Comum - Ausência de Violação ao Princípio da Isonomia. Jurisprudência do Processo 1.0000.07.451540-4/000. Relator: Vieira de Brito. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=00&ano=07&txt_processo=451540&dv=4&complemento=000&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F06%2F2009&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&pesquisar=Pesquisar>. Acesso em: 01 jun. 2009.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Jurisprudência do Processo. Apelação Criminal nº 1.0672.07.249026-7/001 - Comarca de Sete Lagoas - Apelante(s): Ministério Público Estado Minas Gerais - Apelado(a)(s): José Geraldo Ramalho - Relator: Exmo. Sr. Des. Vieira De Brito. Ementa: Apelação - Lei 11.340/06 (Maria da Penha) - Constitucionalidade - Pedido de Aplicação das Medidas Protetivas - Recurso Provido. Não há violação do princípio da igualdade se a Lei infraconstitucional busca dar um maior equilíbrio na relação entre os sexos. Data da Publicação: 05 set. 2008.

CFEMEA - Centro Feminista de Estudos e Assessoria. **Lei Maria da Penha: do papel para a vida**. Brasília, 2007.

CONVENÇÃO Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Convenção de Belém do Pará. 2009. **Agende Ações em Gênero Cidadania e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.agende.org.br/convencoes/belem/bel_em.php>. Acesso em: 02 jul. 2009.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

EN/SR Agência CNJ de Notícias. (2009). Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=7093:cria-do-forum-permanente-de-juizados-de-violenciadomestica-e-familiar-contra-a-mulher&catid=1:notas&Itemid=169>. Acesso em: 01 jul. 2009.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. Silveira, M. Lucia. 2009. **Mulheres - O que está no ar**. A propósito da IV Conferência Mundial da Mulher em Pequim. Disponível em: <<http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2108>>. Acesso em: 02 jun. 2009.

FREIRE, Nilcéa. **Lei Maria da Penha.** 2009. Disponível em: <http://www.violenciamulher.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=1181&catid=1:artigos-assina-dos&Itemid=5>. Acesso em: 03 jun. 2009.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro. **Dicionário brasileiro Globo.** São Paulo, Globo, 1996.

GUIMARÃES, Deocleciano Torriri. **Dicionário Técnico Jurídico.** São Paulo, Rideel. 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIMENTEL, Sílvia. (2009), **Lei Maria da Penha: Inconstitucional não é a Lei, mas a ausência dela.** Disponível em: <<http://www.campanha16dias.org.br/Ed2007/Artigos/index.asp?Art=94>>. Acesso em: 01 jun. 2009.

SABADELL, Ana Lúcia. (2005), Perspectivas jussociológicas da violência doméstica: efetiva tutela de direitos fundamentais e/ou repressão penal. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 840, 2005, p. 429-456. Material da 4ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Ciências Penais – UNISUL – REDE LFG – IPAN.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Lotti. (2009), **Da Constitucionalidade e da conveniência da Lei Maria da Penha.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11030>>. Acesso em: 02 jul. 2009.

A PRÁTICA PEDAGÓGICA PRAGMATISTA NA EDUCAÇÃO POPULAR

LA PRÁCTICA PEDAGÓGICA PRAGMATISTA EN LA EDUCACIÓN POPULAR

DANIEL ALVES MAGALHÃES*
HELENO FERREIRA BRANDÃO**

RESUMO

Este artigo estuda a utilização do método dialético da filosofia pragmatista na educação popular. Busca demonstrar a importância da Pedagogia da filosofia dialética pragmatista, que propicie a libertação dos meninos e meninas de rua que estudam na FUNDANOR (Fundação de Amparo ao Menor), da cidade de Palmeira dos Índios, no Estado de Alagoas, transformando-os em cidadãos conscientes de seus direitos e deveres. Trata-se de uma Pedagogia que acaba com o ensino passivo, repetitivo e alienante que vem sendo trabalhado na educação tradicional, exigindo a participação ativa dos professores em favor de uma sociedade, onde a ética, a moral e a cidadania sejam o caminho para a libertar os oprimidos dos opressores.

PALAVRAS-CHAVE: Filosofia Pragmatista. Método Dialético. Educação Popular.

RESUMEN

Este artículo examina el uso del método dialéctico de filosofía em la educación pragmatista em educación popular. Busca demostrar la importancia de la enseñanza de la filosofía dialéctico pragmatista, que propicie la libertación de los niños y niñas que estudian em la calle FUNDANOR (Amparo Fundación del Menor), em la ciudad de Palmeira de los Índios em el estado de Alagoas, su transformación em ciudadanos conscientes de sus derechos y deberes. Se trata de una Pedagogía que termina com la enseñanza del passivo, repetitivo y alienante que se está trabajando em la educación tradicional, que requiere la participación activa de los docentes em favor de una sociedad donde la ética, la moralidad y la ciudadanía es el camino para la libertación los oprimidos de los opresores.

PALABRAS CLAVE: Filosofía Pragmatista. Método Dialéctico. Educación Popular.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A construção de uma prática pedagógica possível para as camadas populares para o Estado de Alagoas é o desafio com que se defrontam, nos seus dia-a-dia, os educadores comprometidos com a superação das desigualdades sociais e das injustiças, presentes na nossa sociedade. Não se trata apenas de reverter os altos

* Doutor em Educação, pela UFPB. Professor de Filosofia da Universidade Federal de Alagoas (Aposentado). Professor de Filosofia Geral da FESP-FACULDADES E-mail: danielmagalhaesm@bol.com.br.

** Mestre em Ciências Jurídicas, pela UniGrendal. Professor de Direito da Faculdade Maurício de Nassau. E-mail: helenofb@hotmail.com

índices de evasão e repetência, que caracterizam o sistema educacional do nosso Estado, mas de construir uma teoria da educação popular que garanta aos filhos dos trabalhadores acesso a conhecimentos básicos.

Portanto, a prática pedagógica filosófica pragmatista com enfoque dialético pode resultar em uma educação popular que promova a transformação dessa realidade. É esse enfoque dialético da filosofia pragmatista que trará à tona uma verdade: os meninos e meninas de rua da cidade de Palmeira dos Índios, no Estado de Alagoas que fazem história, mas sob as condições que herdou e não que escolheram.

Neste sentido, pretendemos, neste artigo, discutir a necessidade de uma prática pedagógica filosófica pragmatista que conduza à superação da fragmentação do conhecimento em favor da visão de conjunto da realidade, que produzam crianças e adolescentes livre da opressão que tenham consciências de suas próprias existências.

Visa, portanto, conscientizar, principalmente, os educadores para a prática da pedagogia do diálogo, voltada para formar cidadãos que realmente saibam se posicionar no mundo e, com isso, mudar o Nordeste brasileiro, cujos governantes, ainda têm utilizado a educação popular apenas como prática eleitoral.

E o que é preciso fazer para mudar essa situação? Indagações desse tipo têm sido feitas por educadores pragmatistas preocupados com a necessidade de mudança na prática pedagógica filosófica, para melhoria de vida das classes trabalhadoras. E, as respostas, têm apontado, entre outras coisas, para a vontade política.

Portanto, começaremos este artigo, dando uma visão panorâmica da influência da dialética na educação filosófica pragmatista, analisando, desde os seus primeiros passos na Grécia Antiga, com a arte do diálogo, chegando na Modernidade, onde analisaremos o trabalho de Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), passando pelo método dialético, para finalmente estabelecer-se à relação entre concepção dialética, prática pedagógica filosófica pragmatista e educação popular, destacando, assim, a necessidade do diálogo para a libertação e crescimento das pessoas envolvidas na relação ensino-aprendizagem deste tipo de educação, o que pode vir a representar a libertação dos oprimidos pelos opressores.

2 O QUE É DIALÉTICA?

Na Grécia Antiga, a palavra “dialética” expressava um modo específico de argumentar que consistia em descobrir as contradições contidas no raciocínio do adversário (análise), negando, assim, a validade de sua argumentação e superando-a por outra (síntese). Filosoficamente falando, dialética é a arte de argumentar ou discutir, ou seja, a dialética é a arte da discussão, da busca não apenas de convencer, mas também de levar à compreensão.

Assim, a dialética compreende o raciocínio que busca a verdade por intermédio da conciliação das contradições. Neste sentido, Melo Neto (2001, p. 9) afirma que:

A resposta à questão acerca do conceito de dialética apresenta grande dificuldade, considerando-se que os autores a definem e a interpretam de várias maneiras (...). Mesmo diante dessas dificuldades, pode-se ver, contudo, que a dialética é uma das expressões filosóficas muito usadas e que a sua universalidade tem sido, segundo Azevedo (1996: 2), ‘muito estudada, no sentido de individuar na gênese da palavra e seu significado profundo’.

Sobre a origem da dialética, vários filósofos têm sido apontados como seus concebedores. Aristóteles (384-233 a.C.) apontou Zenão de Eléia (488-430 a.C.). Outros têm considerado Sócrates (469-399 a.C.) o pai da dialética, que significava, inicialmente, a arte do diálogo, passando, pouco a pouco, a ser a arte de demonstrar, no diálogo, uma determinada tese por meio de uma argumentação que fosse capaz de definir e distinguir claramente os conceitos envolvidos na discussão. É assim que pensa também Gadotti (2001, p. 15), quando diz que:

Sócrates utilizando-se da dúvida sistemática, procedendo por análises e sínteses, elucidava os termos das questões em disputas, fazendo nascer a verdade como um parto no qual ele (o mestre) era apenas um instigador, um provocador e o discípulo o verdadeiro descobridor e criador.

Porém, o verdadeiro pensador dialético mais radical da Grécia Antiga e, conseqüentemente, o fundador da dialética, foi Heráclito de Éfeso (540-480 a.C.). Para ele, tudo existe em constante mudança e esta se dá por meio do conflito entre os contrários. Assim, tem-se o frio-calor, vida-morte, bem-mal, saúde-doença etc. No fragmento 91, Plutarco (45-125 d.C.) (apud OS PRÉ-SOCRÁTICOS, 1996, p. 97), afirma:

Em rio não se pode entrar duas vezes no mesmo, segundo Heráclito, nem substância mortal tocar duas vezes na mesma condição; mas pela intensidade e rapidez da mudança dispersa e de novo reúne (ou melhor, nem mesmo de novo nem depois, mas ao mesmo tempo) compõe-se e desiste, aproxima-se e afasta-se.

Este fragmento de Heráclito tornou-se famoso, pois nele o filósofo afirmou que o homem não toma banho duas vezes no mesmo rio, numa demonstração de que, na segunda vez, nenhum dos é mais o mesmo, ambos terão mudado. Ele sintetiza a idéia da realidade em fluxo, simbolizada pelo rio que representa o movimento encontrado em todas as coisas.

A tese Heráclito foi duramente criticada pelos os gregos, o que lhe conferiu o título de “obscuro”, porque ele não teria conseguido, na visão de seus contemporâneos, explicar claramente a idéia de movimento, de mudança, pois, ao afirmar que os seres se transformam e deixavam de ser aquilo que eram, parecia negar a existência de estabilidade do ser.

Assim, também, pensa Melo Neto (1996, p. 13), quando diz que:

[...] os gregos não entenderam Heráclito e o denominaram de ‘obscuro’. (...) Contudo, o que os deixava perplexo era a questão do movimento e da mudança, presentes no seu pensamento. Como seria possível algo deixar de ser aquilo que é e tornar-se outro?.

Por isso, os gregos preferiram a explicação de outro filósofo da época: Parmênides de Eléia (510-470 a.C.). Ao contrário de Heráclito, Parmênides sustentava que o movimento era uma ilusão e que tudo era imutável. Com isso, estava declarada a guerra entre essa linha de pensamento, denominada metafísica e a dialética de Heráclito, prevalecendo aquela sobre esta.

Contrário aos ensinamentos de Heráclito, Parmênides transmitiu a idéia de que a essência do ser é imutável e que qualquer movimento ou mudança que nele ocorra é meramente superficial. Essa ideia de inércia é a base da metafísica. Embora não tenha impedido que se desenvolvesse o conhecimento científico dos aspectos mais estáveis da realidade, a metafísica dificultou bastante o aprofundamento desses conhecimentos.

Portanto, a concepção metafísica de Parmênides acabou prevalecendo ao longo da história sobre a dialética de Heráclito, segundo Konder (1986, p. 09), porque:

Correspondia, nas sociedades divididas em classes, aos interesses das classes dominantes, sempre preocupadas em organizar duradouramente o que já está funcionando, sempre interessadas em 'amarrar' bem tanto os valores e conceitos como as instituições existentes, para impedir que os homens cedam à tentação de querer mudar o regime social vigente

Por isso, ficou a dialética em posições secundárias, exercendo influência limitada durante muitos séculos. Para não ser sufocada e desaparecer totalmente sob o poder da metafísica, a dialética buscou assegurar à Filosofia um espaço próprio desligando da Teologia (ideologia dominante da época). Só com o Renascimento é que ela saiu dos subterrâneos em que tinha sido obrigada a viver durante vários e vários séculos.

Assim, a Concepção Dialética da História, oposta à Concepção Metafísica da Idade Média, começa a criar forma com o filósofo social e pedagogo suíço Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Porém, é só a partir de Hegel, que a dialética retornou como tema central da Filosofia. O método dialético elaborado por ele foi o primeiro grande esforço para permitir entender o quadro histórico anteriormente criado pela metafísica e, ao mesmo tempo, representou, pela primeira vez, a concepção de mundo como processo global constituído por uma infinidade de processos particulares imbricados uns nos outros.

Hegel, em sua Filosofia da História, acabou sendo comparado a Heráclito, não apenas pela semelhança das ideias, como também pela obscuridade com que as expunha. Ele definiu a dialética como a conciliação dos contrários nas coisas e no espírito. Assim, o processo dialético de Hegel, passou a consistir de três momentos: tese, antítese e síntese. Uma tese opõe-se a uma antítese; o conflito destas vai originar uma síntese. Para ele, as coisas se encontram em perpétuo movimento. Por isso, esta síntese, que traz consigo os germes de seu próprio contrário, vai criar uma nova tese, que por sua vez, originará uma antítese, e assim por diante, indefinidamente.

No entanto, Hegel não conseguiu se libertar completamente da tradição contemplativa da forma metafísica de pensar, justamente porque concebeu a história da humanidade a partir de um princípio espiritual absoluto (a Idéia Absoluta). Só em Karl Marx (1818-1883) que rompeu com o Idealismo da dialética hegeliana, a tradição contemplativa é substituída por uma noção aberta, que constitui a história real da humanidade.

3. A FILOSOFIA DIALÉTICA PRAGMATISTA

A filosofia dialética pragmatista, fundada no pensamento pedagógico dialético, afronta à questão da formação das crianças e adolescentes como uma tarefa social. Ao contrário, o compromisso das pedagogias tradicionais é com a formação destes seguimentos individuais: a formação do líder, do dirigente que defenda a continuidade de uma “ordem social” em que predominam os interesses da burguesia.

Não centra no “educando” ou no “educador” o ato pedagógico, como quer a pedagogia liberal do nosso tempo, fugindo da questão central da formação das crianças e adolescentes que serão futuros trabalhadores e suas condições reais de vida na sociedade, que, segundo Marx (1978, p. 229) são suas “múltiplas determinações”.

Para a filosofia dialética pragmatista, a questão central da Pedagogia está relacionada com as crianças e adolescentes enquanto ser político, a libertação histórica e concreta, principalmente, dos meninos e meninas de rua que estudam na Educação Popular. Hoje, mais do que na época de Marx, a filosofia dialética pragmatista, que atua na educação popular, opõe-se à concepção positivista, notadamente sob a sua forma funcionalista.

Para a filosofia dialética pragmatista o questionamento e a problematização da Educação Popular dão origem ao filosofar e desencadeiam um processo que permite aos indivíduos superar a ingenuidade e o dogmatismo. Mas nem por isso a educação neste nível de ensino, através da filosofia dialética pragmatista, se ajusta a uma perspectiva edificante salvadora e redentora da condição humana, ela tão somente põe em contato com problemas e questões que podem despertar o educando para o filosofar.

Filosofar este que, para Emmanuel Kant (1724-1804), está na gênese da própria Educação, pois o educar não pode consistir numa atividade de transmissão de conteúdos, antes sim, num processo de constituição de sentido que torna possível o pensamento. Neste sentido, Kant (1991, p. 31), diz que o “homem pode ser adestrado, instruído mecanicamente, mas que também pode ser educado. E, ao contrário ao adestramento, sob o qual não se distinguem homens e animais, a educação nos permite aprender a pensar”.

Mas, sob que base se dá esta educação para o pensar? A resposta pode ser alcançada na tese defendida pelo educador brasileiro Paulo Freire (1921-1997) sobre

o papel da dialogicidade. O diálogo, como fenômeno humano, para Freire (1987, p. 78), é “este encontro de homem, mediatizados pelo mundo”. Para ele, a educação para o pensar através do diálogo, é “uma exigência existencial” (FREIRE, 1987 p. 79). Assim, na concepção deste educador, através do diálogo pode-se estabelecer atividades educacionais, tanto formal como informal, que incidem no próprio filosofar.

Portanto, o diálogo se torna ponto central da atividade filosófica na Educação Popular, pois, “não há diálogo verdadeiro se não há nos seus sujeitos um pensar verdadeiro” (FREIRE, 1987, p. 82). Paulo Freire é enfático ao dizer que sem o diálogo não há comunicação e sem esta não há verdadeira educação. Portanto, é no diálogo que a filosofia dialética pragmatista se apresenta na educação popular como questionamento e como problema.

A figura filosófica de Sócrates representa bem esta situação. Com ele a filosofia dialética pragmatista surge como diálogo. É interessante notar que junto a esta atitude questionadora aparece também a idéia de uma busca filosófica, a qual se coloca numa perspectiva pedagógica. Atualmente, esta perspectiva socrática do ensino filosófico é novamente reivindicada enquanto uma possibilidade de se educar crianças e adolescentes que estudam na educação popular. É assim, que pensa Lipman (1990, p. 150), quando diz:

O diálogo filosófico representa uma experiência intelectual compartilhada na qual uma série de indivíduos isolados são transformados numa comunidade de investigação. Em tal comunidade, as conversações são estimuladas pelo espírito de investigação e guiados por considerações lógicas e filosóficas. Os participantes descobrem em si mesmos a necessidade de serem racionais em vez de controversos. Nesse processo, torna-se pensadores autocríticos e responsáveis.

Esta característica dialógica da educação da filosofia dialética pragmatista, já presente nas teorias de Paulo Freire, não só é responsável pelo questionamento filosófico, como também torna possível que este ato seja fonte de outras investigações da filosofia pragmatista na educação popular. Este processo fundante da reflexividade individual é, ao mesmo tempo, fundante da sociabilidade, pois ele põe, lado-a-lado, “educação popular e investigação temática”, uma vez que, para Freire (1987, p. 102), ambas, “se tornam momentos de um mesmo processo”.

Assim, o questionamento filosófico serve como uma ponte entre o indivíduo e a sociedade, ele nos torna indivíduos e cidadãos, nos permite sair da condição humana particular e ingressar na condição humana genérica. No entanto, este diálogo

radical não apresenta-se espontaneamente, ao contrário, a espontaneidade somente tende a retardar o desenvolvimento crítico do indivíduo. A quem cabe o papel de catalisador deste processo?

Aí surge à figura insubstituível do professor, uma vez que a ele cabe coordenar este processo dialógico que permitirá as crianças e adolescentes que estudam na educação popular um rigor no tratamento das questões, estimulando-os as perspicácias dos mesmos, com relação aos diferentes níveis das discussões e das problematizações, perspicácias estas que serão de fundamental importância para posteriores elaborações temáticas. O professor, na filosofia dialética pragmatista, tem um papel pedagógico de extrema importância. Ele não cria cidadãos, tão somente conduz as crianças e os adolescentes a adquirir o seu estado de cidadania, a tornarem-se cidadãos.

4 A FILOSOFIA DIALÉTICA PRAGMATISTA E A EDUCAÇÃO POPULAR

Em que consiste, afinal, a filosofia dialética pragmatista e qual a sua relação com a educação popular? Para responder essas duas questões talvez seja útil começar recordando o sentido etimológico da palavra dialética, para, num segundo momento, verificarmos qual a sua relação com a educação popular. O termo “dialética” deriva de “*dialegesthai*”, que significa, falar com, discorrer, relacionar etc. Pressupõe, portanto, interlocutores, diálogo.

Mas não se trata de um dialogar qualquer. Segundo Nettleship (apud PEREIRA, 1987, p. XXXIII), a palavra passou do simples significado de discorrer para o de “discorrer com fim de atingir a verdade, e este discorrer pode executar-se através de palavras entre duas pessoas ou ser o diálogo silenciosamente conduzido pela alma consigo mesmo”.

É, porém, nas palavras de Platão (1987, p. 352), que vemos a filosofia dialética pragmatista na educação popular como responsável na capacitação das crianças e adolescentes tanto para o perguntar, quanto para responder com sabedoria: “Estabelecerás então para eles a lei de que devem sobretudo aplicar-se à educação pela qual se tornarão capazes de interrogar e de responder da maneira mais sábia? Estabelecê-la-ei, juntamente contigo”.

Mas não se trata de um diálogo qualquer, e sim de um diálogo filosófico pragmatista que possui características definidas: realiza-se como experiência

intelectual compartilhada por meio da qual indivíduos isolados dão lugar a uma “Comunidade de Investigação” (esta expressão, Matthew Lipman presume ter sido cunhada pelo fundador do Pragmatismo Charles S. Peirce (1839-1914) em alusão aos cientistas que, por empregarem procedimentos semelhantes na busca dos mesmos objetivos, formariam uma espécie de comunidade, na qual todos colaborariam para o êxito comum.

Lipman, por sua vez, inspirado também por John Dewey (1859-1952), propõe que a noção seja estendida ao processo educacional, de modo que a sala de aula seja convertida numa “comunidade de investigação filosófica”), as conversas realizadas nessa comunidade são estimuladas pelo espírito de investigação e guiadas por considerações filosóficas, lógicas e dialéticas; o envolvimento nessas conversas levam os participantes a descobrirem a necessidade de serem racionais em vez de controversos; ao longo desse processo, esses participantes tornam-se pensadores críticos e responsáveis. A ênfase, portanto, está na lógica dialética. Assim, entendido como condição necessária para o desenvolvimento do pensar, o diálogo, desde que seja disciplinado pelas regras da lógica dialética, assume importância capital na concepção filosófica pragmatista para atuar na Educação Popular.

A bem da verdade, a lógica dialética não constitui propriamente um método de investigação, mas um instrumento indispensável a qualquer investigador, independentemente do procedimento metodológico empregado. Daí a lógica dialética possuir um certo caráter universal. E, vale lembrar que, no terreno da Filosofia, há múltiplas possibilidades de opções metodológicas, como por exemplo, a dialética socrática, o método fenomenológico, o método estruturalista, o método positivista, o método dialético idealista, o materialismo histórico dialético, entre outros. Nenhum deles, porém, pode prescindir das ferramentas da lógica dialética.

Convém, agora, avançar um pouco mais nessa discussão, procurando verificar como atividade pedagógica exercida no interior da educação popular, a experiência proporcionada pela filosofia dialética pragmatista consiste realmente num diálogo autêntico. Se o objetivo da Educação Popular deve ser o aprimoramento do raciocínio dos alunos para que eles possam libertassem da opressão que se encontram e se o caminho para que isso aconteça começa com o desenvolvimento da sua linguagem, então, a principal contribuição que a filosofia dialética pragmatista, pode oferecer para a realização deste objetivo é proporcionar aos alunos e domínio das regras da lógica dialética, requisito básico para o aprimoramento de seu

desempenho linguístico. A linguagem é, pois, ao mesmo tempo, criadora e criatura, afirmação e negação da realidade histórica e social, produto e produtora da atividade prática do homem, isto é, da práxis humana.

Na realidade, a necessidade que caracteriza o problema possui também uma dimensão objetiva. Primeiro, porque, como ser histórico, o homem que sente a necessidade não é mera subjetividade, mas um ser concreto que é “síntese de múltiplas determinações” (MARX, 1978, p. 116), sujeito, portanto, a condicionamentos sociais expressos em valores, preconceitos, visões de mundo, que interferem em suas escolhas e preferências, conferindo-lhes um caráter também objetivo.

Assim, quando uma criança ou um adolescente que estuda na educação popular propõe para a discussão um tema que lhe pareça relevante, não está fazendo uma escolha meramente individual e objetiva, mas também, em parte, está agindo em resposta a esses condicionantes sociais que atuam sobre ele. Não se trata, porém, de um determinismo absoluto, visto que a relação entre o sujeito e o meio social e cultural em que ele vive é dialético, de ação recíproca, de modo que, Para Marx e Engels (1991b, p. 56), “as circunstâncias fazem os homens, assim como os homens fazem as circunstâncias”.

Segundo, porque é a realidade concreta, da qual emergem as necessidades sentidas pelo homem, que, em última instância, determina o caráter real ou fictício dessas necessidades, além de prover as condições para sua superação. Essa dupla dimensão subjetiva/objetiva, segundo Saviani (1987, p. 22), constitui uma “unidade dialética”.

Sem essa dimensão objetiva da necessidade e do problema, não há como distinguir o problema do pseudoproblema: aqueles que são sentidos apenas subjetivamente, independentemente das circunstâncias em que se manifestam, ou, que são captados apenas em seu aspecto fenomênico, sem que seja explicitada sua essência. Aqui, vale lembrar que compete ao professor realizar essa distinção, pois é ele, e não o aluno, quem possui uma compreensão sintética, mesmo que possa ser precária, da prática social em que brotam os problemas que deverão ser objeto da reflexão filosófica.

Mas, será a lógica dialética suficiente para elevar o pensamento a um patamar superior a lógica formal? Para Lefebvre (1979, p. 21), só “a lógica dialética acrescenta, à antiga lógica, a capacidade das transições, dos desenvolvimentos, da ‘ligação interna e necessária’ das partes no todo”. Ora, sem um método de reflexão que

propicie captar o real tal como ele se apresenta: “móvel, múltiplo, diverso, contraditório” (LEFEBVRE, 1979, p. 170), o filosofar jamais poderá se constituir num autêntico pensamento de ordem superior como quer Matthew Lipman, por mais bem formulado que seja esse pensamento do ponto de vista da lógica formal. Pelo contrário, se não usar uma lógica dialética como quer Paulo Freire, ter-se-á uma visão abstrata, distorcida, falseada da realidade, que nada ou muito pouco acrescenta à compreensão que dela possui o senso comum.

Com efeito, a contradição e o devir geralmente se ocultam para o senso comum que percebe mais facilmente a identidade imediata e abstrata. A filosofia dialética pragmatista, ao contrário, em seu caráter racional precisa ir mais longe. Para Lefebvre (1979 p. 193): “Somente uma abordagem dialética, (no caso aqui, a Filosofia Dialética Pragmatista – D. A. M.) que capte a contradição e o movimento do real, é capaz de suportar o senso comum e produzir um saber qualitativamente superior, mas elaborado”.

Neste sentido, o que faz a diferença entre o pensar da filosofia dialética pragmatista e o pensar do senso comum, é justamente, a capacidade que tem a primeira de captar a realidade como devir, isto é, de captá-la dialeticamente. Além disso, na perspectiva dialética, da mesma forma como não existe separação absoluta entre verdade e erro, também não há uma linha de demarcação entre a verdade absoluta e a verdade relativa, pois segundo Lefebvre (1979 p. 98):

Cada etapa do desenvolvimento do conhecimento traz consigo novos grãos, e ‘grãos’ de uma verdade cada vez mais aguçada e precisa, mas extensa, para essa colheita de verdades. Cada verdade atingida é relativa; mas o conjunto das verdades atingidas e determinadas como relativas faz parte do conhecimento objetivo absoluto.

Assim é que, por exemplo, a teoria da relatividade de Albert Einstein (1879-1955), não suprime a teoria do espaço e da gravitação de Isaac Newton (1642-1727). Esta subsiste como etapa da pesquisa e como uma aproximação que carece ser complementada fora dos limites de sua aplicação. É o que faz a teoria de Einstein: complementa-a para além de seus próprios limites.

Uma verdade científica, portanto, é, ao mesmo tempo, relativa e absoluta. É assim que pensa Lefebvre (1979, p. 99), quando afirma:

É relativa num sentido; é destinada a transformar-se, aparecer sob novos aspectos, a ser superada por leis ou teorias mais precisas, de maior aproximação. Mas, em certo sentido, é absoluta. Superação não significa supressão. Essa verdade subsistirá em seu lugar, em seu grau de objetividade e de precisão, em certa escala.

Assim, do ponto de vista dialético, uma mesma verdade pode ser, concomitantemente, relativa e absoluta. Desse modo, a oposição entre absoluto e relativo é posto sobre novas bases: não há mais relação de exclusão, como na lógica formal, mas de interação. Portanto, a lógica dialética, que incorpora e supera a lógica formal, permite explicitar as contradições e o movimento e revelar as ideologias como tais, desmistificando-as.

Portanto, à filosofia dialética pragmatista aplicada na educação popular, têm um papel fundamental no processo de transformação social, mas, para isso acontecer, ela deve se converter de força espiritual em força material e apossar-se daqueles que estudam na educação popular. Isto porque, quando estudamos Marx, vemos que a filosofia dialética passa a ser consciência, fundamento teórico e instrumento da práxis como atividade humana transformadora da natureza e da sociedade.

Neste sentido, Vázquez (1986, p. 117), diz que “a relação entre teoria e prática é para Marx: prática, na medida em que a teoria, como guia da ação, molda a atividade do homem, particularmente a atividade revolucionária: teórica, na medida em que essa relação é consciente”. O próprio Marx (1991a, p. 14), como um verdadeiro pragmatista, resumiu essa nova concepção da filosofia dialética em sua famosa décima primeira tese sobre Feuerbach, quando afirma: “Os filósofos se limitaram a interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo”. Transformar os meninos e meninas de rua que estudam na educação popular da FUNDANOR (Fundação de Amparo ao Menor) da cidade de Palmeira dos Índios do estado de Alagoas, a exemplo do que fez Marx no passado, é o desejo, hoje, da filosofia dialética pragmatista aplicada na educação popular.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos com este artigo discutir a prática pedagógica da filosofia dialética pragmatista aplicada na educação popular como forma libertadora dos meninos e meninas de rua da FUNDANOR da cidade de Palmeira dos Índios, no Estado de Alagoas. Partindo das primeiras noções de dialética na Grécia Antiga, com a arte do

diálogo, passando pelo período da Modernidade, discutimos a dialética hegeliana e a dialética marxista, onde procuramos demonstrar que o método dialético envolve tanto analisar o mundo quanto rever as interpretações em que se baseiam aqueles que adotam este método, cujo fundamento central é afirmar a identidade dos contrários. Diferenciando os posicionamentos de Hegel e Marx, buscamos deixar claro que, ao se falar de dialética e método dialético, não se pode deixar de falar suas três principais características: o movimento, a totalidade e a contradição.

Após a apresentação da dialética e da filosofia dialética pragmatista, o presente artigo chegou ao ponto nevrálgico da questão discutida: existe relação da teoria marxista com o tema da nossa pesquisa? Com auxílio de Matthew Lipman, Paulo Freire e Carl Marx, apresentamos a filosofia dialética pragmatista na educação popular como uma prática pedagógica libertadora. Não importa a nomenclatura; o caso é que se trata de um empenho em compreender a questão educacional a partir do desenvolvimento histórico objetivo. Portanto, trata-se da visão da pedagogia pragmatista crítica, determinada pela ótica do materialismo histórico, ou seja, a compreensão da história a partir do desenvolvimento material, da determinação das condições materiais da existência humana.

O artigo expõe a filosofia dialética pragmatista através da pedagogia do diálogo de Paulo Freire que conduz a uma Educação Popular libertadora; que propõe a discordância, movimento, visão de conjunto; não aceita a reprodução, a conservação; é contínua, renovadora e conflituosa, no sentido de desafiar o poder do futuro, de ser transformadora. Trata-se, como vimos, de uma filosofia que se origina na liberdade e conduz para a liberdade; que supera a fragmentação do conhecimento em favor da visão de conjunto da realidade. Produz, enfim, meninos e meninas de rua da cidade de Palmeira dos Índios, em cidadãos livres e, por conseguinte, felizes.

REFERÊNCIAS

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

GADOTTI, Moacir. **Concepção dialética da educação**. 12. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2001.

KANT, Immanuel. **Pedagogia**. Madrid: Ediciones Akal, 1991.

KONDER, Leandro. **O que é dialética**. 14. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

LEFEBVRE, Henri. **Lógica formal/lógica dialética**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

LIPMAN, Matthew. **A filosofia vai à escola**. 3. ed. Tradução de Maria Alice de Brzezinski Prestes e Lucia Maria Silva Kremer. São Paulo: Summes Editorial, 1990.

MARX, Carl. **Contribuição para crítica da economia política**. Tradução de Edgar Malagodi. São Paulo: Abril Cultural, 1978 (Coleção Os Pensadores).

_____. **Teses sobre Feuerbach**. São Paulo: Hucitec, 1991a.

_____; ENGELS, Friedrich. **Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Moraes, 1991b.

MELO NETO, José Francisco. **Heráclito**: um diálogo em movimento. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 1996.

_____. **Dialética**: uma visão marxista. *In*: MELO NETO, José Francisco (Org.). **Dialética**. João Pessoa: Editora Universitária da UFPB, 2001, pp. 83-121.

NETTLESHIP, P. Dialética. *In*: PEREIRA, M. H. da R. (Org.). **Introdução de a República de Platão**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987, pp. V-LIII.

PLATÃO. **A República**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

PLUTARCO. Fragmentos sobre a natureza. *In*: **Pré-Socráticos**: fragmentos, doxografias e comentários. Tradução de José Cavalcanti de Souza. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pp. 87-101 (Coleção Os Pensadores).

SAVIANI, Dermeval. A Filosofia na formação do educador. *In*: SAVIANI, Dermeval. **Educação**: do senso comum à consciência filosófica. Campinas: Autores Associados, 1987, pp. 17-30.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. **Filosofia da Práxis**. 3. ed. Tradução de Luiz Fernando Cardoso. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1986.

PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO BRASIL: ASPECTOS GERAIS

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN BRAZIL: GENERAL ASPECTS

ADRIANA SOARES BRANDÃO DE SOUZA*

LUCIANA VILAR DE ASSIS**

RESUMO

O presente artigo científico trata das Parcerias Público-Privadas (PPP) dentro da perspectiva constitucional brasileira. Este estudo, fundamentado em pesquisa bibliográfica, tem como objetivo primordial perscrutar sobre as parcerias público-privadas nos aspectos relacionados com a utilidade pública, seus benefícios para a população e a lei 11.079/2004 que regulamenta as PPP. Analisam-se suas vantagens e desvantagens para a sociedade, por ser de interesse público. Essas parcerias caracterizam-se como um contrato de prestação de serviços de médio e longo prazo firmado pela Administração Pública. Destarte, pesquisa-se, também, os aspectos históricos do desenvolvimento dessas parcerias, traçando paralelos comparativos, bem como o seu sistema normativo. Portanto, o presente tema torna-se pertinente em virtude de que essas parcerias público-privadas representam uma ferramenta importante como coadjuvante no esforço do Estado brasileiro para a promoção do crescimento social e econômico. É inegável que bons frutos dessas parcerias têm sido colhidos já, pela população, como: recuperação de estradas, recuperação e administração de metrô, hospitais, escolas, e outros. Mesmo assim, torna-se imprescindível analisar sua atuação e, também, sua legitimidade constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Parcerias Público-Privadas. Concessão. Serviços Públicos. Constituição. Administração Pública.

ABSTRACT

This research paper deals with Public-Private Partnerships (PPP) in the Brazilian constitutional perspective. This study, based on a literature review, has the primary objective peer on public-private partnerships in aspects of public utility, its benefits for the population and the law 11.079/2004 regulating the PPP. It analyzes their advantages and disadvantages for society to be of public interest. These partnerships are characterized as a contract of service of medium and longterm agreement for Public Administration. Thus, also, if you research the historical aspects of the development of these partnerships, parallel comparative mapping, as well as its legal system. Therefore, this issue becomes relevant because of these public-private partnerships represent an important tool as an adjunct in the Brazilian state effort to promote social and economic growth. It is undeniable that good fruits of these partnerships have already been collected by the population, such as road rehabilitation, recovery and administration of subways, hospitals, schools, and others. Even so, it is essential to analyze its performance and also its constitutional legitimacy. **KEYWORDS:** Public-Private Partnerships. Concession. Public Services. Constitution. Public Administration.

* Graduada de Direito da FESP. 2014. E-mail: dribrandaotp@hotmail.com.

** Mestre em Ciências Jurídicas, pela UFPB. Analista Judiciário do TJPB. Professora das Disciplinas Direito Administrativo I e II e Direito Econômico, da Fesp Faculdades. E-mail: lvilar@ibest.com.br.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como escopo analisar, na bibliografia específica, os aspectos mais relevantes acerca da Lei 11.079/2004, também conhecida como a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP). Estas parcerias, apesar dos riscos, têm se tornado uma ferramenta apropriada para grandes investimentos públicos, desenvolvimento de infraestrutura em vários setores como por exemplo: estradas, administração e melhorias de metrô e aeroportos, entre outros.

Inspiradas na doutrina neoliberal, as PPP's, mesmo antes da Lei 11.079/2004, já existiam na modalidade de concessão patrocinada, onde o particular juntamente com o setor público investiam quantias expressivas na efetivação de projetos. Portanto, foi a partir desse contexto que as PPP's passaram a ter um regime jurídico próprio.

Antes, porém, as concessões de serviços públicos eram reguladas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com outras formas entre Estado e o setor privado, como: Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPS) e também através de contratos de gestão com Organizações Sociais (OS). Em um cenário onde o poder público encontra dificuldades de executar projetos de interesse da população, principalmente de infraestrutura, ora pela excessiva burocracia, ora pela falta de recursos suficientes do Estado, as parcerias público-privadas tornaram-se a solução ideal para tanto.

Apesar de serem bastante úteis, as PPP's tornam-se alvo de questionamentos nos meios jurídicos, pois há aqueles que duvidam da constitucionalidade das Parcerias Público-Privadas. As PPP, apesar de serem utilizadas em larga escala em muitos países, principalmente na Europa, em virtude das vantagens que representam, aqui no Brasil, levantam-se discussões sobre se estão amparadas na Constituição Federal de 1988, ou não.

Não somente as questões jurídicas que essas PPP's provocam, ainda assim, apresentam alguns riscos, os quais serão abordados no decorrer desse trabalho. Portanto, a escolha desse tema justifica-se pela sua relevância, pois as PPP's apresentam-se como alternativa viável para atender as demandas sociais por melhorias nos mais diversos setores de serviços.

A problemática do presente estudo resume-se nos questionamentos de alguns

juristas sobre a constitucionalidade das Parcerias Público-Privadas, bem como suas vantagens e desvantagens para a sociedade. Destarte, uma análise ampla dos aspectos relacionados à implantação das PPP no Brasil, é o objetivo principal desse artigo.

2 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – BREVE HISTÓRICO

A Europa foi o berço das PPP's. Seu marco inicial ocorreu, principalmente, com a política de privatizações implantada pelo governo Thatcher, na Inglaterra, inspirada na doutrina neoliberal que tem como um dos objetivos diminuir o poder do estado e aumentar o poder do capital, com vistas a criar maior espaço para a atuação das forças do mercado, inclusive na realização de obras e serviços públicos. Crise de recursos governamentais, política neoliberal, foram, certamente, os principais motivos para o surgimento das Parcerias Público-Privadas, nos seus moldes peculiares de cada governo.

Em um mundo dominado pela doutrina neoliberal, onde o acúmulo de capital e o lucro são mais importantes do que as necessidades do ser humano – capitalismo globalizado, as Parcerias Público-Privadas são bem aceitas e por isso a adoção pelos governos torna-se cada vez mais realidade. De forma lógica, há de se convir que essas PPP's, desde que respeitadas as regras impostas pela lei e sem a interferência e manobras de corruptos, são muito oportunas e benéficas para a população.

De acordo com Lima (2014): “O conceito de PPP surgiu na Inglaterra como uma sucessão de experiências de privatizações que o país vivenciou, essas privatizações consistiram em transferir a propriedade e operação de um empreendimento público para o setor privado”. Não importando o título que tenha, as PPP's têm sido cada vez mais adotadas pelos governos. Capitaneada pela Inglaterra, onde essa modalidade de parceria deu certo, firmando-se e sendo praticadas de forma corriqueira.

Atualmente, em virtude das vantagens, como: praticidade, menos burocracia, capital disponível, entre outras, as PPP's vêm sendo utilizadas de forma crescente. Portanto, sendo a Inglaterra pioneira na implantação das Parcerias Público-Privadas, com o intuito de traçar um paralelo comparativo dessas PPP's com as do Brasil, com vistas a proporcionar uma melhor compreensão do tema proposto, segue-se uma abordagem histórica sobre as PPP daquele país.

As Parcerias Público-Privadas tiveram início na Inglaterra na década de 1990. Elas estão inseridas em um rol de reformas estruturais implementadas pelo governo inglês nos últimos anos, inspirado no modelo neoliberal, que entre outras coisas, estimula as privatizações e a participação cada vez maior do capital privado e a mínima participação do estado no financiamento de serviços de infraestrutura e outros.

Segundo Sunfeld (2007, p. 396):

O Reino Unido (especialmente a Inglaterra) tem sido pioneiro em implementar reformas que buscam a redução do papel do Estado (privatização e liberalização econômica), a transformação do seu papel na vida econômica (regulação) e a flexibilização da sua gestão). O conceito das PPP, desenvolvido no início dos anos 1990, marca uma mudança estrutural na forma de financiamento e provisão de serviços de infraestrutura.

A implantação das PPP's na Inglaterra, fato ocorrido na última década do século XX, não aconteceu por simples escolha do governo, mas como alternativa para a solução dos problemas financeiro-econômicos que aquele país enfrentava à época, tendo servido como exemplo para muitos países em situação semelhante e, inclusive para o Brasil.

Segundo Brito (2005, p. 13):

Os anos 90 foram marcados pela tentativa de viabilizar projetos de infraestrutura e de provisão de serviços públicos por meio de parcerias com o setor privado. No Reino Unido, esse movimento tem grande intensidade, mas, além da busca por financiamento privado, o objetivo maior passou a ser a eficiência na contratação da prestação de serviços públicos. De acordo com o modelo britânico, o risco associado a um empreendimento seria transferido para os agentes privados e deveria estar demonstrada a observância do imperativo do bom emprego dos recursos (good value for money). Não haveria taxas de retorno asseguradas aos investimentos nem pisos de lucratividade. O projeto de maior envergadura e considerado bem sucedido foi a construção, no ano 2000, do túnel sob o Canal da Mancha, ligando a Inglaterra e a França (Channel Tunnel Rail Link), que teria custado cerca de £ 4 bilhões.

Mais uma vez percebe-se nas alegações da autora supracitada, a carência de recursos daquele país, à época, para que pudesse viabilizar projetos de infraestrutura, buscando no setor privado, mediante parcerias, o capital necessário para a realização desses projetos. O ícone e o exemplo do sucesso dessas parcerias, entre outros, pode ser exatamente a construção do Canal da Mancha, como já dito. Atualmente, a Inglaterra e outros países do continente europeu e de outros continentes, adotam cada

vez mais as Parcerias Público-Privadas.

Quanto aos motivos que levaram o governo Inglês a adotar cada vez mais as PPP's, o Tribunal de Contas da União (2013) publicou uma exposição de motivos realizado pelo *European Investment Bank*- EIB (2005), conforme abaixo descrita:

Os principais fatores que se apresentam como justificativas para a adoção massiva das PPP na Inglaterra são: - a expectativa de melhoria dos serviços públicos; - a crença de que as empresas privadas podem ser mais eficientes e melhor geridas do que as empresas públicas; - a expectativa de melhoria do value for money (eficiência) no uso dos recursos públicos, em benefício da sociedade; - a possibilidade de transferência e de compartilhamento de riscos com o - setor privado;

- a expectativa de capacitar-se e adquirir expertise pelo acesso ao setor privado; - a superação de dilemas fiscais, uma vez que se possibilita o aumento de investimentos públicos por meio da participação de recursos privados; - o engajamento dos cidadãos e grupos cívicos na governança e no monitoramento dos serviços. No entanto, na Inglaterra, as PPP tem um sentido muito mais abrangente do que o conceito utilizado no Brasil. As PPP inglesas se referem a qualquer colaboração estabelecida entre organizações públicas e empresas privadas. A longa trajetória de cooperação com o setor privado institucionalizou a relação público-privada e influenciou a proliferação de um conjunto de instrumentos e mecanismos que compõem o quadro das PPP naquele país. De forma geral, as PPP são definidas como uma relação de compartilhamento de riscos baseada numa aspiração consensual entre o setor público e o privado (incluindo o terceiro setor) de alcançar um resultado desejado de política pública. Normalmente, isso assume a forma de uma longa e flexível relação, baseada num contrato, visando à entrega de um serviço publicamente financiado (EIB, 2005 apud BRASIL, TRIBUNAL DE CONTAS..., 2013).

Assim, conforme visto, as PP'Ps na Inglaterra são bastante estruturadas e sólidas, significando que esse sucesso consolidou-se ao longo do tempo nessa forma de concessão pública. Entretanto, quanto ao Brasil, a implantação das PPP's é ainda muito recente.

3 SURGIMENTO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO BRASIL

Para que se chegasse à implantação das Parcerias Público-Privadas no Brasil, alguns acontecimentos econômicos na esfera estatal ocorreram. Sobre isso Brito e Silveira (2005, p. 7) concluem:

Os anos 80 marcaram o início de profundas modificações na ação econômica estatal pelos governos dos países membros da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tendo na vanguarda as administrações Reagan e Thatcher, respectivamente nos EUA e no Reino Unido, esse processo traduziu-se numa ampla tendência de desregulamentação setorial, particularmente no âmbito financeiro,

acompanhada de reversão da progressividade da ordem tributária e indução seletiva à competição internacional. Com variada intensidade, esses movimentos estenderam-se a praticamente todos os países do globo, refletindo-se no padrão das relações entre os setores público e privado.

Essas mudanças de ordem econômica iniciadas nos anos 80, em virtude da crise internacional e das pressões desencadeadas pelo movimento inspirado na doutrina neoliberal para que os governos promovessem mudanças profundas nas suas economias, acabaram por adotar as Parcerias Público-Privadas. Referindo-se a isso, Di Pietro (2005, p. 121) afirma:

Com o objetivo de sanear o desequilíbrio fiscal dos Estados e de melhorar a prestação dos serviços estatais se propagaram pelo mundo uma série de soluções neoliberais, que colocavam o Estado em uma posição de atuação subsidiária na prestação daqueles serviços que poderiam ser prestados pela iniciativa privada sem prejuízo ao interesse público.

Assim, sem outra solução para a crise, restaram aos governos tentar as PPP's para saírem desse impasse, o que ocorreu, da mesma forma, no Brasil. Aqui, essas parcerias ainda não se solidificaram plenamente, mas caminha de forma progressiva. Segundo Bresser-Pereira (1999, p. 16):

No Brasil, após a redemocratização, foram iniciadas reformas no aparelho Estatal nas diferentes áreas e níveis, sendo a redefinição do papel do Estado um tema recorrente na década de 1990. Um dos divisores de águas concernente à Reforma da Administração Pública brasileira é o Plano Diretor de Reforma do Estado de 1995, quando o Brasil abandonou as políticas desenvolvimentistas e começou a seguir as recomendações do Consenso de Washington. Com o Plano Diretor do Estado, as reformas seguiram no sentido das privatizações, concessões e permissões do setor público, cujo marco ocorre com a nova modelagem de contrato administrativo de concessão do público para o privado.

Portanto, levando-se em consideração os fatos relacionados às PPP's, no que tange à sua aceitação como mecanismo auxiliar na implementação de projetos públicos, é bastante perceptível a sua utilidade pública, principalmente no Brasil, onde o excesso de burocracia e a ineficácia administrativa do governo são fatores ainda predominantes no cenário nacional.

Conceitualmente, as PPP's, segundo Lima (2014):

[...] é uma modalidade de contrato a ser desenvolvida em paralelo aos contratos de concessão já existentes, permitindo um amplo leque de atividades que incluem principalmente projetos de infra-estrutura. Em sentido mais amplo, representa o trabalho conjunto dos setores público e privado, em

cooperação, para oferecer infra-estrutura e serviços à população alcançada pelo empreendimento.

Para Di Pietro (2012, p. 148), As parcerias público-privadas resumem-se em:

[...] um contrato administrativo de concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

É preciso realçar que as PPP's são bastante diferentes da privatização, pois, nesta modalidade, não existe venda de ativos; o setor público apenas concede o direito a um operador privado, de investir em certo serviço público, por um determinado período de tempo.

Portanto, a história da parceria público-privada no Brasil começa legalmente a partir da promulgação da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Licitações e Contratos da Administração Pública. Em seguida, em 1995 essa lei foi substituída pela Lei nº 8.987 de 13 de fevereiro – Regime de concessão e prestação de serviço público, que no mesmo ano, em 7 de julho, foi substituída pela lei nº 9.074 –outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Finalmente, em 30 de dezembro de 2004 foi promulgada a Lei nº 11.079 criando as PPP's.

As normas gerais para licitação e contratação das PPP's foram publicadas com a Lei nº 11.079/04, cuja intenção primordial, no início, era atrair a iniciativa privada a investir no setor de infraestrutura e serviços públicos, oferecendo garantias como forma de persuasão.

Quanto aos propósitos que justificam a adoção de tal sistema, devem estes ser pautados nos princípios gerais do Direito Administrativo, com a finalidade de alcançar o interesse da população. Segundo Meirelles (2009, p. 404):

As PPP representam uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública, principalmente nos setores de rodovias, ferrovias, hidrovias, portos, energia etc., como alternativas à falta de recursos estatais para investimentos nessas áreas. [...] contrato administrativo de concessão, mas uma concessão especial, porque o particular presta o serviço em seu nome, mas não assume todo o risco do empreendimento, uma vez que o Poder Público contribui financeiramente para sua realização e manutenção.

A promulgação da lei das parcerias público-privadas, em nosso ordenamento

jurídico, deveu-se, principalmente, ao reconhecimento público da incapacidade do Estado em realizar, por si só, investimentos em infraestrutura e serviços públicos, por diversos motivos, tais como: excesso de burocracia e dificuldades orçamentárias do Estado. Sobre isso, Lodovici, Bernareggi e Fingermann (2005) afirmam:

No Brasil, inúmeras são as causas determinantes do surgimento da PPP's a qual decorre mais do que de uma opção de natureza político-ideológica da própria crise do Estado brasileiro, cuja vertente financeira o incapacita a realizar os investimentos que a sociedade requer. Se, de um lado, o setor público não tem condições de atender às demandas sociais, a iniciativa privada busca mercados alternativos para utilização de sua capacidade empresarial, financeira e administrativa ociosa, em função do longo período recessivo que o país vem atravessando.

Portanto, diante das dificuldades financeiras do Brasil, optar pelas Parcerias Público-Privadas, foi a solução encontrada pelo governo para dar prosseguimento principalmente às obras de infraestrutura tão reclamadas pela população carente desses serviços. Não obstante, as vantagens das PPP, convém ressaltar que elas, estão impedidas pela lei de exercerem funções de regulação, jurisdicionais e de poder de polícia, pois são atividades que demanda o poder de império do Estado.

3.1 A ORDEM ECONÔMICA BRASILEIRA E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A ordem econômica das é ditada pela concepção política do Estado, ou seja, o Estado define sua função, seu campo de atuação e o âmbito reservado à iniciativa privada, de acordo, também, com as circunstâncias econômicas do país e até internacional. Segundo Grau (2003, p. 92):

[...] a atuação estatal na atividade econômica, geralmente, constitui-se intervenção. no âmbito das atividades econômicas em sentido amplo, há, entretanto, aquelas que consistem em meios de satisfazer direta e imediatamente, necessidades indisponíveis para a comunidade, concernentes à prestação de serviços públicos. sem poder deixar de ser realizados, são sempre subordinados ao regime de direito público, competindo ao poder público prestá-los, diretamente ou atribuindo essa tarefa a agentes privados, por meio de concessão ou permissão

Dessa forma, fica claro o quanto a prática das PPP's está sob a égide das leis, não podendo, portanto, ser taxada, levemente, de inconstitucional. Pois, antes de tudo, trata-se de uma concessão pública, prevista e regulamentada na lei. Específica. Sobre isso, Di Pietro (2010, p. 327) afirma:

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Nesse mesmo raciocínio, sobre o conceito de concessão de serviço público a alguém que se propõe a prestá-lo em nome próprio, Bandeira de Mello (2005, p. (2006, p. 662, apud PEREIRA, 2006, p. 7) afirma:

Concessão de serviço público é o instrumento através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que o aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta a risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas dos usuários do serviço.

A concessão a entidades privadas de execução e exploração de serviços públicos tornou-se mais usual a partir do Programa Nacional de Desestatização (PND) na década de 1990, transformando-se hoje uma rotina adotada pelo Governo, a exemplo do que acontece em outros países. Referindo-se a isso, Bandeira de Melo (2005, apud PEREIRA, 2006, p. 7):

A outorga a operadores privados da exploração de serviços públicos toma impulso com o Programa Nacional de Desestatização (PND)¹³, em 1990, que teve entre os objetivos fundamentais 'reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público'. As privatizações das empresas prestadoras de serviços públicos, na linha do PND, pressupunham a delegação, pelo Poder Público, da concessão ou permissão do serviço objeto da exploração, observada a legislação específica. Em sintonia com essas iniciativas reformulantes, em 1995 foi sancionada 'a Lei nº 8.987 que regulamentou o regime geral de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da Constituição Federal. Seguem-na as leis específicas de diversos setores econômicos e que se criam as respectivas agências reguladoras 1996: ANEEL, 1997: ANATEL e ANP, 2001: ANTT e ANTAQ, 2005: ANAC'. (PEREIRA, 2006, p. 7).

A regulamentação acima descrita, do regime geral de concessão e permissão de serviços reflete a preocupação e a seriedade do governo no trato com essa modalidade de concessão, e ainda, deixa transparecer o objetivo de transferir para o setor privado a função de executor desses serviços. Sob esse prisma, Cretella Neto (2005, p. 116) conclui:

[...] na linha preconizada pela Reforma Administrativa, o Estado desonerou-se da função de executor dos serviços públicos, de que não deixou de ser o titular, e assumiu o papel de regulador e fiscal da exploração dessas atividades econômicas por concessionários privados.

A primeira forma de PPP's regulada pela lei é a de concessão patrocinada, que envolve obrigatoriedade de contraprestação pecuniária do parceiro público adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, ao parceiro privado. Sobre isso, Di Pietro (2005, p.123) declara:

A concessão patrocinada é contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, precedida ou não de obra pública, para que o execute, em seu próprio nome, mediante tarifa paga pelo usuário, acrescida de contraprestação pecuniária paga pelo parceiro público ao parceiro privado.

A segunda forma de Parcerias Público- Privadas é a concessão administrativa prevista pela Lei 11.079. Segundo Meirelles (2006, p. 250):

[...] esta modalidade de concessão é paga integralmente pela Administração, uma vez que ela é a usuária direta ou indireta do serviço, e permite a inserção do setor privado em serviços até o momento não tão atrativos, como por exemplo, a construção e administração de presídios e hospitais.

Levando-se em consideração as dimensões continentais do Brasil, e por isso, a dificuldade de gerir eficazmente os serviços e a administração de diversos setores de interesse da população, o governo acertou nas medidas supramencionadas.

3.2 ÓRGÃO GESTOR DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Quanto ao Órgão Gestor das Parcerias Público-Privadas, instituído por decreto, ele tem as seguintes competências:

- I) definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;
- II) disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;
- III) autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;
- IV) apreciar os relatórios de execução dos contratos (DI PIETRO, 2010, p. 325).

Essas atribuições são básicas, essenciais e indispensáveis para que as PPP ocorram sob a observância das leis a elas destinadas.

A constituição do órgão está disciplinada no § 1º e contará com representantes do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (que coordenara os trabalhos), do Ministério da Fazenda e da Casa Civil da Presidência da República. Além disso, em cada reunião do órgão deverá participar um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise (§2º). Embora o órgão tenha competência decisória sobre a contratação, depende, para esse fim, conforme artigo 14, § 3º, de manifestação prévia e fundamentada do Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto, e do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o artigo 22. (DI PIETRO, 2010, p.325).

Assim, para se evitar riscos e desvantagens, é necessário que todo esse regramento seja obedecido e realizado com total lisura, pois é nesse momento que muitas vezes aparecem interesses pessoais e escusos. De acordo com a autora supracitada, com relação à solicitação, o órgão gestor não a realiza, restringindo-se apenas a autorizar a abertura do procedimento e aprovar o edital; a licitação é realizada pelo próprio Ministério ou Agência Reguladora, nas respectivas áreas de competência (art. 15). Este Comitê Gestor de Parceria Público-Privada (CGP) foi estabelecido, na esfera federal, através do Decreto n° 5.385, de 4 de março de 2005, alterado pelo Decreto n° 6.037, de 7 de fevereiro de 2007” (DI PIETRO, 2010, p. 326).

É nesse exato período de tempo, da criação dessas Leis e Decretos, pertinentes as PPP, que se configurou o início da implantação das Parcerias Público-Privadas, de fato e de direito, podendo ser considerado como o marco. Um aspecto

importante a ser considerado, também, refere-se à possibilidade da Administração Indireta propor parcerias, sem a intermediação do Comitê Gestor.

Sobre isso, Di Pietro (2010, p. 326) afirma:

Salvo com relação às agências reguladoras, a lei não define competências nem faz qualquer referência à hipótese em que a parceria seja proposta por entidades da Administração Indireta conforme o permite o artigo 1º, parágrafo único. Isto permite a conclusão de que cada entidade, tendo personalidade jurídica própria, tomará as próprias decisões quanto às parcerias, pela aplicação do princípio segundo o qual não existe tutela sem lei que a preveja. Sendo as entidades da Administração Indireta criadas por lei, com esfera de competência própria, a interferência da Administração Indireta fica limitada ao que dispuser a lei.

Segundo Di Pietro (2010, p. 326):

Ainda de aplicação restrita à união são as normas relativas ao controle estabelecidas mais para definir competências do que alterar as formas de controle já previstas no direito positivo: - o artigo 14, § 4º, prevê o controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, ao exigir que lhes sejam remetidos, com periodicidade anual, os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada (Instrução Normativa nº 52, de 4 de Agosto de 2007, do Tribunal de Contas da União); - o § 6º do mesmo dispositivo garante o controle pelo particular, ao exigir que referidos relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio da rede pública de transmissão de dados, salvo quanto à informações classificadas como sigilosas; - o artigo 15 outorga competência aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada. Isso tudo não afasta a aplicação dos dispositivos da Constituição referentes a controle (político, financeiro, administrativo, judicial), nem dos contidos nas Leis nºs 8.987 (art.30) e 9.074 (art.36), sobre controle pelo poder concedente e controle popular, exercido, como direito, pelo usuário do serviço, conforme previsto no artigo 7º da Lei nº 8.987, como também não afasta o controle exercido pelo Ministério Público.

Portanto, fica a Administração Indireta, mesmo assim, submetida à Lei, pois tomando-se como exemplo o Estado de São Paulo, as competências em matéria de parceria público-privada ficam concentradas nas mãos da Companhia Paulista de Parcerias, devendo, contudo, submeter-se às políticas e diretrizes definidas por outros órgãos da Administração Pública com competência específica sobre a matéria.

3.3 VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS PROJETOS DE PPP

Não obstante as Parcerias Público-Privadas já estarem consolidadas em vários países, bem como se consolidando no Brasil, portanto, consideradas vantajosas, algumas desvantagens, que poderão ser evitadas, existem. Segundo Lima (2014): “todo empreendimento é passível de vantagens e desvantagens. Assim, no contexto das Parcerias Público-Privadas, podem advir dessas parcerias, benefícios e riscos”. Aponta ainda o autor:

Aponta como vantagem de maior destaque a própria natureza da PPP, e especialmente do seu financiamento pelo setor privado (que é verificado como regra geral), que demanda uma análise excepcionalmente rigorosa dos custos e cronograma de construção e da possibilidade dos custos efetivos serem suportados, direta ou indiretamente, pelos beneficiários que usufruirão do projeto uma vez concluído. Outra vantagem prende-se ao ganho de eficiência microeconômica das PPP, decorrentes do fato de que o mesmo agente privado irá construir e utilizar o ativo posteriormente para ofertar o serviço, que é o objetivo do contrato. As PPP têm a vantagem de a obra ser financiada com recursos privados, o que permite ao governo aumentar o investimento em infraestrutura sem aumentar seu endividamento, utilizar a maior capacidade administrativa e de inovação, e transferir, pelo menos, parte do risco do investimento para o setor privado. Entretanto podem existir algumas desvantagens. Uma delas refere-se à preocupação no retorno do investimento de longo prazo, uma vez que as regras que regem a PPP podem sofrer alterações a cada mudança de governo. Além da mudança de governo ser um fator comprometedor para o sucesso da PPP, outro agravante é o lançamento simultâneo de projetos diante da limitação de capital, o que pode permitir que sejam postos em prática projetos não prioritários, em detrimento daqueles de maior relevância. (LIMA, 2014).

As PPP's no nosso país não são diferentes das de outros países no que se refere aos propósitos básicos, mas a regulação é, obviamente, própria, portanto, diferente, existindo, ainda, pelas peculiaridades e circunstâncias locais, alguns riscos, tais como: o comprometimento irresponsável de recursos públicos futuros, onde o administrador pode aplicar recursos em concessões até 35 anos, conforme prevê a lei, sem pensar nos reflexos desses vultosos investimentos, o abuso populista no patrocínio estatal – o administrador que, via concessão patrocinada ou administrativa resolve custear, em troca de votos, aquela atividade que ele julga importante para a coletividade.

Existem ainda os riscos que o particular, o capitalista, assume quando contrata um projeto de PPP, sendo os principais: os riscos de mercado, influenciado pelas condições macroeconômicas do país ou até mesmo mundiais, riscos de demanda, que é a flutuação da quantidade de usuários na atividade concedida, risco

legal, através da instabilidade do marco legal e regulamentar da atividade concedida e riscos políticos, como por exemplo: os precatórios que já tiveram 3 alterações, sendo a primeira quando do advento da Constituição de 1988, a emenda constitucional nº 30 e a emenda constitucional 62 que parcela em 15 anos os precatórios não pagos. Além de eventuais riscos provenientes dos contratos que advém da inter-relação de diversos contratos existentes nas PPP. Portanto, os órgãos reguladores das PPPs e a sociedade civil organizada, como um todo, precisam estar atentas para que esses riscos não se confirmem.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As PPP's, embora de forma diferenciada, tiveram início na Inglaterra na década de 1990. No decorrer dos anos subsequentes, as PPP's foram sendo aperfeiçoadas e moldadas de acordo com as necessidades de cada país. A força propulsora para a criação da Parceria Público-Privada foi, certamente, a falta de recursos necessários do poder público, para atender as demandas sociais por investimentos principalmente em infraestruturas, e ainda a implementação da doutrina neoliberal no mundo capitalista. Para o setor privado representou a oportunidade de investimento e crescimento.

No Brasil, as Parcerias Público-Privadas representam uma saída para o setor público brasileiro na realização dos investimentos necessários ao desenvolvimento econômico e social do país. Para o setor privado, representa uma alternativa de negócio com riscos mínimos, considerando as expressivas garantias apresentadas e a contraprestação da Administração Pública em complemento às tarifas cobradas dos usuários.

A promulgação da Lei nº 11.079 de 30 de Dezembro de 2004, trouxe a segurança jurídica necessária para a implementação das PPP's. Entretanto, não se pode olvidar dos imprescindíveis mecanismos que possibilitam a atuação eficaz do controle e o acompanhamento da execução dos contratos celebrados para que as PPP's possam representar uma forma eficiente e ilibada de gestão do patrimônio público, mesmo que de forma indireta.

É conveniente observar, porém, que esses novos acordos formais entre o setor público e a iniciativa privada, de certa forma, ainda recentes no mundo, e não diferentemente no Brasil, apesar de transparecerem vantajosos e oportunos, é

necessário que estejam sob uma permanente vigilância nesses contratos para que não aconteçam fatos que se constituam em desvantagens. Portanto, a análise constante dos resultados e dos riscos destes contratos, torna-se bastante pertinente.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 31 dez. 2004. Seção 1, n. 252. p. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 5 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: maio 2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102408>>. Acesso em: abr. 2014.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Reflexões sobre a reforma gerencial brasileira de 1995. **Revista do Serviço Público**. Brasília, DF, 1999, v. 50, n. 4, p. 5-30, 1999.

_____. **A crise da América Latina: Consenso de Washigton ou Crise Fiscal?** Pesquisa e Planejamento Econômico. 1991. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-AcriseAmericaLatina.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2014.

BRITO, Bárbara Moreira Barbosa; SILVEIRA, Antônio Henrique Pinheiro. Parceria público-privada: compreendendo o modelo brasileiro. **Revista do Serviço Público**, Brasil, v. 56, n. 1, jan/mar. 2005.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à lei das parcerias publico-privadas - PPP**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSSALTER, Phillipe. A private finance initiative. **Revista de Direito Público Econômico**, Belo Horizonte, n. 6, p. 127-180, 2004.

DI PIETRO, Maria S. Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5. ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Parcerias na administração pública**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2010.

LIMA, Jacqueline Baptista de S.; PAULA, Luciane Maria Argenta de M.; PAULA, Rogério Carvalho. **Entendendo a parceria público-privada no Brasil: uma análise preliminar**. Disponível em: <<http://www.unifra.br/pos/gestaoemturism/parcerilaspUBLICOPRIVADAS>>. Acesso em: 5 maio 2014.

LODOVICI, E. Samek; BERNARGGI, G. M. FINGERMAN, Henrique (orgs.). **Parcerias público-privadas: cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas locais**. São Paulo: Summus, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

PEREIRA, Carlos Eduardo Queiroz. **Parcerias público-privadas: novo modelo brasileiro de concessão de serviços públicos e novos desafios para o controle**. Brasília: Universidade de Brasília Instituto Serzedello Corrêa, 2006. (Trabalho de conclusão de curso de pós-graduação *latu senso* em Direito Público e Controle Externo sob a orientação do Professor Benjamin Zymler). Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2053994.PDF>>. Acesso em: 24 mai. 2014.

SUNFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 15-44.

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO: CONTROVÉRSIA NA COMPROVAÇÃO DA EXCLUSIVIDADE

BIDDING WAIVER: CONTROVERSY IN PROOF OF EXCLUSIVE ABSTRACT

IVANA KARLA LIMA DE LUCENA*
LUCIANA VILAR DE ASSIS**

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as hipóteses de inexigibilidade de licitação, derivada da inviabilidade de competição de acordo com o art. 2º, art. 25, da Lei 8.666/93, ressalta-se também o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que discorre sobre as exceções de licitação, que aqui serão discorridas e entendidas para situações concretas. A finalidade, em suma, deste trabalho será entender os meios de legalidades a serem seguidos, discorrendo sobre cada um deles e subscrevendo-os, também as formas dispostas nas legislações congruentes entre si. Elencar ainda suas características, princípios, tipos, modalidades, e principalmente na contratação direta de Inexigibilidade de Licitação, quando a licitação é descabida de competição, por várias situações, ou seja devido ao objeto ser singular, não tendo outro igual, ou então por que somente existe um ofertante de serviços ou produtos, sendo este o único a atender as necessidades da população. Contudo a Administração Pública deve ser cuidadosa ao contratar. A licitação é obrigatória e é um procedimento que deve ser obedecido por todos os gestores públicos, onde deve-se escolher sempre a melhor proposta, no sentido de alienar, adquirir, locar, contratar obras e serviços e tudo o que competir as necessidades humanas. Portanto, a Administração Pública além de ter a discricionariedade, pode realizar as contratações de acordo com a exigência de cada necessidade, considerando o mercado de concorrentes, e módulos para contratação, seguindo a boa fé, a legalidade e a probidade de todos os envolvidos nos atos dos certames e processos em geral.

PALAVRAS-CHAVE: Inexigibilidade. Competição. Exclusividade.

ABSTRACT

This paper aims hypotheses unenforceability of bidding, derived from competition impossibility according to art. 2, art. 25 of Law 8.666 / 93, also points up the art. 37, item XXI of the Federal Constitution, which discusses the exceptions licitação, will be elaborated upon and understood in to concrete situations. Analysis, in short, this work is to understand the means of legalities to be followed, talking about each of them and endorsing them, also forms arranged in congruent laws each other. Also to list its characteristics, principles, types, methods, and especially in direct contracting for Exemption from Tender, when the bid is misplaced competition for various situations, that is due to the object is unique, having no other equal, or why there is only one bidder services or products, which is the only one to meet the population's needs.

* Aluna concluinte do curso de Direito da Fesp Faculdade, semestre 2014.2.

** Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direito Econômico. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Licenciada em Letras pela Universidade Federal da Paraíba. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Professora do Curso de Direito na Instituição de Ensino Superior FESP Faculdades, titular das disciplinas Direito. Email: lucyvilar@hotmail.com

However, the public administration must be careful when hiring. Bidding is mandatory and is a procedure that must be obeyed by all public officers, where one should always choose the best offer, to sell, purchase, lease, hire works and services and all that competing human needs. Therefore, the Government in addition to the discretion, may make contracts according to the requirement of every need, considering the market competitors, and modules for hiring, following good faith, legality and probity of all those involved in acts of competitions and processes in general.

KEYWORDS: Unenforceability. Competition. Discretion.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho tem como finalidade demonstrar a inviabilidade de licitação na contratação direta, onde é dispensado o processo normal licitatório e evidenciado o administrativo. O que será abordado no decorrer desse estudo primordialmente serão as definições gerais e particulares do ato de licitar e seus procedimentos, suas particularidades no processo de inexigibilidade de licitação, em específico no que se refere à comprovação de sua condição para publicação de tal informação, verificando também, no geral, conceitos, princípios, modalidades e demais informações pertinentes ao tema, tudo elencado na Lei de Licitações n^o 8.666/93.

A administração pública, quando necessita adquirir bens e serviços, deve obrigatoriamente, realizar processo licitatório, atendendo todos os requisitos, desde a fase interna (preparatória) até a externa (execução). Existem algumas particularidades para se concretizar a contratação da Licitação, em específico, na Inexigibilidade. Para as demais modalidades existem valores preestabelecidos para tipificar cada uma, sendo cada procedimento, criteriosamente, especificado.

2 SOBRE O CONCEITO DE LICITAÇÃO

Licitação, no direito administrativo, é o procedimento utilizado que visa contratação de bens ou serviços necessários a atividade da Administração Pública, isto é, realizar algum tipo de contrato com o particular (MAZZA, 2013). Há alguns pressupostos para realização de licitação que são: lógico (vários ofertantes), fático (interesse em disputa), jurídico (contrato).

O objetivo da licitação é garantir a melhor proposta atendendo o instrumento convocatório (Edital), sendo regulado pela Lei 8.666/1993. A Constituição Federal no seu art. 37, inciso XXI, impôs algumas normas a considerar:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Para Mello (2012, p.491) licitação é conceituada como sendo um:

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

Di Pietro (2014, p.316) define licitação como sendo “um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual”. A esse respeito é importante citar o art. 3º da Lei de Licitações nº 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL, 1993).

Para Meirelles (2009, p.274). “Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”. Enfim, a licitação na sua amplitude é uma celebração de contrato com interessados em fornecer o que se necessita a administração pública, em menor preço e boa qualidade.

3 PRINCÍPIOS VINCULADOS À LICITAÇÃO

Para o procedimento ser realizado de forma coerente a licitação terá que ocorrer observando alguns princípios de acordo com a disposição legal supracitada. Os princípios foram elaborados para dar maior transparência ao processo e serem utilizados sempre que necessários para todas as fases e atos praticados no certame.

Segundo Mello (2012) e Di Pietro (2014), tais princípios são os seguintes: publicidade, oficialidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, ampla defesa e contraditório, moralidade e impessoalidade, proibidade administrativa, legalidade e igualdade, os quais são sucintamente comentados a seguir com o intento de apenas enfatizar a essência de cada um deles.

3.1 PUBLICIDADE

De acordo com o princípio da publicidade é permitido o amplo acesso de todos os interessados e também pra averiguar todos os atos praticados no processo, dependendo da licitação a publicidade será amplificada para suprir a totalidade da demanda interessada, já que a administração tem como interesse atender o maior número de licitantes.

O § 3º do art. 3º da Lei 8.666/93, tem a seguinte redação, “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura” (BRASIL,1993). Este princípio permite que qualquer cidadão acompanhe todos os atos da Administração Pública, para que não ocorra qualquer crime contra sua conduta.

A publicidade pode ser interna (atos de servidores públicos) e externa (atos, fases, contratos entre outros). A lei que regulamenta os documentos públicos em geral é a Lei n º 11.111/2005 (NOHARA, 2014). Portanto, todos os atos devem ser divulgados, um desses, por exemplo, é art. 21 da Lei 8666/93 que exige que os avisos de licitação contemplem o resumo dos editais, assim o princípio assegura o controle e conhecimento (JUSTEN FILHO, 2014).

3.2 OFICIALIDADE

O princípio da oficialidade para a administração pública significa, que a autoridade terá que impulsionar o processo para dar celeridade e realizar todas as diligências cabíveis ao bom andamento dos atos pela entidade competente (DIAS, 2012). Assim não cabe que o particular provoque o poder público para ser instaurado procedimento, o próprio órgão terá que atuar com interesse e sanar quaisquer problemas e dúvidas que surjam no processo licitatório (BRASIL,1993).

3.3 VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Conforme estabelece o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, todos os atos pertinentes ao Edital terão que ser cumpridos, pois iniciado o procedimento nada será alterado com exceções. Assim, o edital terá que ter todas as normas, procedimentos e etapas discriminados com clareza para que possa atender a todos os licitantes idôneos.

Nesse sentido o art 3º da Lei de Licitações tem a seguinte redação, *in verbis*:

A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL,1993).

Importante citar aqui também o art. 41 da Lei de Licitações, *in verbis*: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. (BRASIL, 1993). E o art. 43, inciso V, “A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital” (BRASIL, 1993).

3.4 JULGAMENTO OBJETIVO

O julgamento objetivo equiparado ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório e ao da legalidade, está expresso no art. 45 da Lei das Licitações, com

a seguinte redação:

Art.45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. (BRASIL, 1993).

Este artigo determina que o julgamento das propostas tem que ser realizado de acordo com os critérios estabelecidos no instrumento convocatório como aptos para classificá-las, possibilitando dessa maneira a escolha da melhor entre elas (MAZZA, 2013). Observa-se que esses critérios não poderão ocasionar o uso de preceitos de conveniência ou oportunidade para as autoridades responsáveis pela condução e encerramento da licitação.

É importante salientar que o estatuto federal das licitações veda a fixação de meios de apreciação por intermédio de termos discricionários ou vagos, buscando evitar assim o risco de uma análise feita por elementos materialmente insuperável por parte dos licitantes e dos órgãos de controle.

3.5 AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO

Para ser válido o princípio da ampla defesa e do contraditório, é necessário ter litigantes que discutam distintamente sobre um mesmo assunto, o art. 87 da Lei 8.666/1993 tem a seguinte redação para este princípio:

Art.87 Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:
I - advertência;
II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;
III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;
IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. (BRASIL, 1993).

Assim, para cada ato existe uma sanção, que será pela uma simples advertência, como também, multa pecuniária e suspensão de licitar por determinado tempo e ainda considerado inidôneo. Inexiste, assim, qualquer limite, por menor que

seja, à aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório nos casos de revogação ou anulação do processo administrativo, devendo os licitantes ser intimados para manifestarem-se, previamente, sobre a intenção da administração de desfazer a licitação (MELLO, 2012). É esse, certamente, o entendimento que mais se adéqua aos princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

3.6 MORALIDADE E IMPESSOALIDADE

Moralidade e impessoalidade são princípios que estão direcionados para a moral, onde todo o comportamento será baseado dentro da legalidade e boa-fé na forma de proceder em todas as situações, o texto da Constituição Federal em seu art. 5º inciso LXXIII dispõe:

Art. 5º [...]

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência [...] (BRASIL, 1988).

Por conseguinte a ética sempre será regra para condutas da administração pública. O princípio da moralidade se designa em relevante norte para o administrador público, já que a administração não pode agir de forma que desabone a boa conduta de seus atos. A boa-fé tem que concretizar os atos realizados pela Administração. Di Pietro (2014) ensina que a moralidade é “princípio deve ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública”.

Por sua vez, Meirelles (2009) diz que o princípio da impessoalidade deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas. Isso significa dizer que neste princípio não deve haver interesse pessoal, o agente público deve agir sempre a favor do bem comum e não em defesa de interesses pessoais ou de terceiro interessado, revelando assim a sua vinculação ao princípio da moralidade administrativa.

3.7 PROBIDADE ADMINISTRATIVA

A origem deste princípio é a boa-fé e honestidade por parte dos seus administradores, caso contrário a pessoa que cometa a improbidade terá sanções em âmbito civil, penal e administrativa, como demonstra o art. 37, § 4º da Constituição Federal “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”. (BRASIL,1988).

Também na Lei 8.666/93 em seus artigos 89 e 99, respectivamente, outras punições foram disciplinadas:

Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. (BRASIL, 1993).

As penas de multas cominadas nos arts. 89 a 98 desta Lei consistem no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.

3.8 LEGALIDADE

Ao analisar o princípio da legalidade, é de suma importância destacar o art. 5º inciso II da Constituição Federal com a redação:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]; (BRASIL,1988).

Portanto, qualquer ato administrativo pertinente ao processo licitatório, deve obedecer as determinações constantes da Lei 8.666/93. Este princípio define as

diretrizes e limites da atuação do gestor público, que por sua vez só pode agir de acordo com a legislação. Sendo assim, a Administração Pública atuará exclusivamente se existir uma previsão legal expressa, pois essa é a regra básica quanto ao direito público, segundo a qual o exercício do poder pelos órgãos do Estado deve ser absolutamente de acordo com o direito. Todos procedimentos estão dependentes ao comando da lei e às exigências do bem comum (DI PIETRO, 2014).

3.9 IGUALDADE

Igualdade, também conhecido como princípio da isonomia, significa que não é permitido que os editais sejam direcionados para determinadas empresas ou participantes, assim prejudicando outros. Ainda é importante destacar que o objetivo deste princípio é determinar que não haja diferença entre os licitantes e que o processo ocorra em plena isonomia para todos (PAULO, 2011).

A finalidade da licitação deve ser sempre atender o interesse público, buscar a proposta mais vantajosa, existindo igualdade de condições, bem como os demais princípios resguardados pela Constituição de 1988. Vale ressaltar que nem sempre a posposta mais vantajosa é a de menor preço e que o respeito ao princípio da isonomia deve ser respeitado (MAZZA, 2013).

4 SOBRE OS TIPOS DE LICITAÇÃO

Os tipos de licitação estão listados no art.45 da Lei 8666/1993 com a seguinte redação:

Art.45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (BRASIL, 1993).

Esses são os critérios utilizados e são taxativos. No ato convocatório não é possível adotar nenhum tipo de critério diferente do artigo supracitado, assim o tipo de licitação produz reflexos sobre o julgamento das propostas bem como em todo o procedimento licitatório. No menor preço, aquele que apresentar a proposta mais vantajosa de acordo com o edital levando em consideração seu preço menor preço (MAZZA, 2013).

Na melhor técnica exclusivamente para contratação de serviços de natureza intelectual, o edital determinará o preço máximo que pretende pagar. Ganhará aquele que apresentar a habilitação, a proposta técnica e proposta de preço mais satisfatória a administração pública (JUSTEN FILHO, 2014).

A técnica e preço também é exclusiva, porém para contratação de bens e serviços de informática, onde podemos destacar a Lei nº 8.248/91 no seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991. (BRASIL, 1991).

E, por último, o maior lance ou oferta, este adotado para alienações de bens ou concessão de direito real de uso, será o vencedor aquele que apresentar o maior lance, acima do estimado pela administração pública. Meirelles (2009) complementa o raciocínio a cerca da licitação dizendo que: como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a administração e, para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos, tendo como pressuposto a competição.

5 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Todas as modalidades de licitação estão previstas na Lei 8.666/93 no seu art. 22, *in verbis*:

Art. 22. São modalidades de licitação:
I - concorrência;
II - tomada de preços;
III - convite;
IV - concurso;
V - leilão. (BRASIL, 1993)

Cada modalidade de licitação segue um procedimento distinto do outro onde, de acordo com a formalidade do certame, será executado. São divididos em: comuns (pregão, convite, tomada de preços e a concorrência) e as especiais (leilão e concurso). Respectivamente, um é para compras de bens ou serviços e outro é para venda de móveis e imóveis e contratação de pessoal especializado (DIAS, 2012).

É proibida a criação de outra modalidade de licitação por entes municipais, estaduais e Distrito Federal, uma vez que a competência para criação de novas modalidades é da União. O pregão foi criado pela Medida Provisória n° 2.026/2000, assim com a Lei n° 10.520/2002, disciplinou novos paradigmas, ampliando assim a modalidade para toda a administração pública (JUSTEN FILHO, 2014).

5.1 CONCORRÊNCIA

Concorrência é a modalidade que a administração se utiliza para aquisições e contratações de obras e serviços de grande porte. Todos os interessados que tiverem objeto igual ao serviço solicitado poderá concorrer, independentemente de registro ou convite. O prazo será de 30 (trinta), dias para tipo menor preço e 45 (quarenta e cinco) dias para tipo melhor técnica ou técnica e preço, contados da publicação do Diário Oficial ou Jornal de grande circulação.

Os valores limites para compras e serviços R\$ 650.000,00 e de obras e serviços de engenharia R\$ 1.500.000,00, de acordo com o art. 23 da Lei 8.666/93, conforme abaixo.

I - para obras e serviços de engenharia:
a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
 - c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
 - II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
 - a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
 - b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
 - c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais)
- (BRASIL,1993)

As modalidades de licitação, além de serem utilizadas de acordo com o procedimento, levarão em consideração o valor da contratação do objeto licitado e também o processo interno do administrador, pois este sabe o que vai adquirir devido a obrigação de planejamento realizado anteriormente (MAZZA, 2013). Sendo assim, a escolha da modalidade de licitação está sempre relacionada ao objeto necessitado no seu valor, qualidade e quantidade do produto ou serviço e execução.

5.2 TOMADA DE PREÇO

Tomada de preço é a modalidade que restringe aos interessados previamente cadastrados ou que comprovam preencher as condições para cadastramento até o terceiro dia anterior da data de abertura das propostas. Prazo de 15 (quinze) dias para tipo menor preço e de 30 (trinta) dias para o tipo melhor técnica ou técnica e preço, contados da publicação do Diário Oficial e Jornal de grande circulação. Seus valores limites são de R\$ 80.000,00 até 650.000,00 de compras e serviços e de R\$ 150.000,00 até 1.500.000,00 de obras e serviços de engenharia, de acordo com artigo supracitado (BRASIL, 1993).

5.3 CONVITE

Convite é a modalidade com procedimento mais simplificado dentre as modalidades mais comuns da licitação, os convidados que necessariamente não precisam ser cadastrados e os interessados que devem ser cadastrados e solicitem o edital no prazo de até 24 (vinte e quatro) horas antes da licitação. O prazo será de 5(cinco) dias úteis, contados a partir da expedição do convite ou ainda de efetiva disponibilidade do edital. Seus valores para compras e serviços são R\$ 8.000,00 até 80.000,00 e para obras e serviços de engenharia de R\$ 15.000,00 até 150.000,00, como citado anteriormente. (BRASIL, 1993).

5.4 CONCURSO

É a modalidade utilizada para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante uma instituição, todos podem participar atendendo o edital e tem um prazo de 45 dias contados da publicação do edital na imprensa oficial. (BRASIL, 1993). É, portanto, uma modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital (DIAS, 2012).

5.5 LEILÃO

Leilão é a modalidade para venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para alienação de bens imóveis, para quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação, prevista no art. 19, da Lei das Licitações, conforme:

Art.19 Os bens imóveis da Administração Pública, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, poderão ser alienados por ato da autoridade competente, observadas as seguintes regras:
I - avaliação dos bens alienáveis;
II - comprovação da necessidade ou utilidade da alienação;
III - adoção do procedimento licitatório, sob a modalidade de concorrência ou leilão. (BRASIL, 1993).

Existem dois tipos de leilão: o comum e o administrativo. O comum, é aquele exclusivo do leiloeiro oficial, é regulamentado pela legislação federal pertinente, podendo a Administração determinar as condições específicas. Já o leilão administrativo é feito por servidor público. Esta modalidade não exige qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes, considerando que a venda é realizada à vista ou em prazo curto. Porém, pode-se exigir um depósito de determinado percentual quando o pagamento não for feito à vista, como uma garantia.

5.6 PREGÃO

Pregão é a modalidade para aquisição de bens e serviços comuns, onde a disputa é através de sessão pública, onde tem credenciamento, proposta, lances e habilitação para quem preencheu os requisitos anteriores, respectivamente, qualquer interessado pode participar, seu prazo são de 8 (oito) dias contados da publicação do edital, sem limites de valor.

A Lei que regulamenta o pregão é a 10.520/02:

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei. Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. (BRASIL, 2002).

Existem dois tipos de pregão: o presencial regido pelo Decreto nº 3.555/2000 e o outro eletrônico nº 5.420/2005. Seja na versão presencial ou eletrônica, o pregão não determina limites para os valores, sendo que a disputa ocorre durante sessão pública. O vencedor é o concorrente que oferece o menor preço (NOHARA, 2014).

6 DINÂMICA DA CONTRATAÇÃO DIRETA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, *in verbis*:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

Exceto quando se tratar de Dispensa e Inexigibilidade de Licitação, na Lei de Licitações em seu art. 24 dos incisos de (I a XXIV) e do art. 25 incisos (I a III). As exceções de licitar instituem regras para contratar, nos casos de contratações diretas, que são as dispensadas quando a Administração Pública aliena seu patrimônio de acordo com seu interesse onde está listado no seu art. 17 da Lei de Licitações (BRASIL, 1993).

Já as licitações inexigíveis, tem peculiaridades, pois os fornecedores são únicos, de acordo com o art. 25 da lei de licitações, *in verbis*:

Art.25 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (BRASIL, 1993)

No decorrer do explanado, foi demonstrado como procede os processos licitatórios em suma. Sobre o assunto Meireles (2009, p.283) aduz que: “Ocorre Inexigibilidade de licitação quando há impossibilidade jurídica de competição entre contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração”.

Para Justen Filho (2014, p.287) a inviabilidade de competição é “uma consequência, que pode ser produzida por várias causas, as quais consistem nas diversas hipóteses de ausência de pressupostos necessários à licitação”. Assim sendo, a impossibilidade de licitar está tão quanto ligada a impossibilidade de produtos ou serviços ou meios incongruentes da necessidade humana de demonstrar concorrência no determinado ramo.

6.1 ELENCO EXEMPLIFICATIVO DE SITUAÇÕES GERADORAS DA INEXIGIBILIDADE

Na Inexigibilidade de licitação e a aplicação concreta do seu procedimento estão elencados requisitos excepcionais, onde são necessárias hipóteses para caracterização desta modalidade de licitação direta. Nestas condições, a discricionariedade do administrador ressalta ainda mais a caracterização de que não precisa de licitação, com razões motivadas onde o preço e o fornecedor são singulares a disponibilidade das necessidades (JUSTEN FILHO, 2014).

Em específico para esta contratação como existe somente um tipo de dinâmica comercial, as oscilações de preços e demais circunstâncias devem ser observadas e comprovadas mediante órgão competentes. Existem duas categorias para configurar a contratação, isto é, devido à singularidade de licitantes, onde não é possível a competição e a outra a peculiaridade do desenvolvimento do trabalho (notória especialização).

6.2 FATORES CONTROVERSOS NA COMPROVAÇÃO

No âmbito da comprovação uma das questões que merecem destaque é o meio como será demonstrada tal situação da empresa de acordo com o art. 25, inciso I da Lei 8.666/93. A exclusividade da empresa não pode simplesmente ser decretada por si, deverá seguir uma norma padrão para obter esta certificação.

Importante destacar que o Tribunal de Contas da União vem fiscalizando este dispositivo no que se refere a atestados, certidões e documentos desta natureza. Eis o verbete:

SÚMULA 255-TCU. Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade (TCU, 2010).

No caso das atribuições às Juntas Comerciais (órgão de registro do comércio) e a entidades sindicais patronais a competência de fornecer atestado de exclusividade não é atribuição destes, de tal maneira que Departamento Nacional de Registro do Comércio expediu a Instrução Normativa nº 93/2002 do DNRC/MICT, que dispõe,

em seu art. 11:

Junta Comercial **não atestará comprovação de exclusividade, a que se refere o inciso I, do art. 25, da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993**, limitando-se, tão somente, à expedição de certidão de inteiro teor do ato arquivado, devendo constar da certificação que os termos do ato são de exclusiva responsabilidade da empresa a que se referir (BRASIL, 2002).

Assim, as Juntas Comerciais simplesmente deverão registrar tais informações para tornar público, sendo que a atribuição de demonstrar que é exclusivo será da própria empresa licitante por meio de declaração ou o próprio contrato de representação comercial. Contudo, situações como estas estão a todo momento surgindo como meio de fraudar licitações.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, foram abordados meios de contratação entre a Administração Pública e empresas privadas. Todos os atos administrativos deverão ser regidos de acordo com a Lei 8.666/93. Sobre os princípios foram explanados as condutas dos agentes públicos e obedecendo ao que a lei determina.

Em especial este trabalho expôs as disposições do art. 25, I, da Lei 8.666/93 nas dificuldades e qualidades específicas para sua contratação. Para que se justifique o processo licitatório o bem e/ou o serviço deve ser comum a mais de um fornecedor, atendendo assim o princípio da isonomia, pois sempre que haja possibilidade de licitar, o procedimento será realizado dentro da legalidade atendendo todos os requisitos e formalidades nos ditames das licitações.

Já o art.37 inciso XXI da Constituição Federal discorre da obrigatoriedade de licitação para obras, serviços, compras, alienações, concessões e permissões, sobre este assunto também está em acordo com o art.175 da Lei 8.666/93. Desta feita, sempre se busca a proposta mais vantajosa para licitação, no sentido de contratar a licitante para atender de forma mais vantajosa ao interesse público, a legalidade e a boa-fé do agente e dos licitantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988, 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Publicado no DOU em 22.06.1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em 14 de nov. 2014

_____. **Instrução Normativa DNRC nº 93 de 05 de dezembro de 2002.** Dispõe sobre expedição de certidões, a sua utilização em atos de transferência de sede, abertura, alteração e inscrição de transferência de filiais, proteção ao nome empresarial, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=75269>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Direito administrativo.** 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DIAS, Licínia Rossi Correia. **Direito administrativo I.** 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 3. ed. São Paulo Saraiva, 2013.

PAULO, Marcelo Alexandrino Vicente. **Direito administrativo descomplicado.** 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários a lei de licitações e contratos administrativos.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TCU, Súmulas anotadas do TCU - 251 até 262. *In*: Portal **Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 20 Dez. 2010. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/jurisprudencia/sumulas/tcu/175938-sumulas-anotadas-do-tcu-251-ate-262>. Acesso em: 15 nov. 2014

A FRAGILIDADE DA CARTA CONVITE: UM “CONVITE” ÀS FRAUDES EM PROCESSOS LICITATÓRIOS

THE FRAGILITY INVITATION LETTER: AN “INVITATION” FRAUD IN BIDDING PROCESSES

ALUSKA MAGNA DE MACÊDO MOURA*
LUCIANA VILAR DE ASSIS**

RESUMO

Este artigo é de suma importância para conhecimento de todos interessados na área do direito administrativo, por se tratar de um estudo direcionado a modalidade de licitação mais simples presente no ordenamento jurídico brasileiro, a carta convite, no tocante a sua fragilidade e facilitação para formação de esquemas de fraudes em processos licitatórios, bem como a possível existência de conflito entre a Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações) e a Lei nº 12.527/2011 (Lei da Transparência), destacando ainda, a grande inconstitucionalidade da mesma, no que tange à violação as regras e princípios constitucionais norteadores do processo licitatório. Abordar tal assunto se faz necessário, para que a sociedade tome conhecimento acerca da corrupção que ronda a administração pública, ocasionada por atos ilegais praticados por gestores e servidores públicos corruptos, com intenção de fraudar licitações públicas, para se beneficiarem e beneficiarem terceiros envolvidos no esquema fraudulento, e com isso, deixando de atender o bem comum.

PALAVRAS-CHAVE: Fragilidade da Modalidade de Licitação Carta Convite. Fraudes em Licitações Públicas. Inconstitucionalidade da Carta Convite.

ABSTRATC

This article is of paramount importance to the knowledge of all stakeholders in the area of administrative law, because it is a study directed the simplest form of this bid in the Brazilian legal system, the invitation letter, regarding its fragility and facilitation training fraud schemes in procurement processes as well as the possible existence of a conflict between the Law 8.666/93 (Public Procurement Law) and Law nº. 12,527/2011 (Transparency Law), also highlighting the great unconstitutionality of the same, as regarding the violation of the constitutional rules and guiding principles of the bidding process. Addressing this subject is needed, so that society learns about the corruption that haunts the government, caused by illegal acts perpetrated by managers and corrupt public servants, with intent to defraud public auctions, to benefit and benefit others involved in the scheme fraudulent, and thereby failing to serve the common good.

* Concluinte do curso de Direito da Fesp Faculdades, 2014.2. Servidora da Justiça Federal da Paraíba, desde abril 2013. E-mail: aluskamagna@gmail.com.

** Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direito Econômico. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Licenciada em Letras pela Universidade Federal da Paraíba. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. Professora do Curso de Direito na Instituição de Ensino Superior FESP Faculdades, titular das disciplinas Direito Administrativo e Direito Econômico. E-mail: lucyvilar@hotmail.com.

Keywords: The Fragility of the Modality Invitation Letter. Fraud in Public Tenders. Unconstitutionality of the Invitation Letter.

1 INTRODUÇÃO

Neste estudo partimos do pressuposto de que juridicamente, a modalidade de licitação, carta convite, não está demonstrando coerência com o regramento contido em institutos como a Carta Magna vigente e a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei da Transparência), notadamente quanto à publicidade dos atos administrativos, cuja Lei nº 8.666/93, isenta completamente a publicação de seu edital, admitindo apenas a fixação do mesmo em lugar de fácil acesso violando, dessa forma, princípios constitucionais e normas infraconstitucionais que tratam do direito de acesso à informação.

A abordagem do presente artigo voltou-se para a discussão a respeito da modalidade de licitação, carta convite, no que alude à violação de princípios constitucionais norteadores do processo licitatório, a possível existência de conflito entre a Lei nº 8.666/93 e a Lei nº 12.527/2011 (Lei da Transparência), bem como, da sua inconstitucionalidade conforme dispositivos da Constituição Federal.

A fundamentação foi estruturada com alicerce no regramento contido na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 12.527/11, aliado ao fato de que, o direito fundamental de acesso à informação deve ser executado em conformidade com os princípios basilares da administração pública, tendo como pressuposto que a não exigência da publicação do edital de carta convite, completa por contribuir para as fraudes em licitações públicas.

O direito ao acesso a informações, através da publicidade dos atos administrativos, é direito protegido de todo e qualquer cidadão em um Estado Democrático de Direito, ou seja, a esperança de manter-se informado de como estão sendo aplicadas as verbas públicas pelos seus gestores e servidores públicos. A situação jurídica a ser posta em foco nesse trabalho de pesquisa é a violação aos princípios constitucionais, bem como a Lei nº 12.527/2011 (Lei da Transparência), no que alude à publicação dos atos administrativos, em especial, da não obrigatoriedade de publicação do edital de Carta Convite, contribuindo diretamente para a fraude em licitações.

Vale salientar que a discussão apresentada não se trata de situação de simples conflito de normas federais infraconstitucionais, mas, de violação a preceitos

constitucionais esculpidos na Constituição Federal de 1988, nossa Lei Maior, os quais são considerados pelos operadores do direito, como sendo base fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, verdadeiros alicerces, invioláveis.

2 A FRAGILIDADE DA CARTA CONVITE CONTRIBUINDO PARA A FRAUDE EM PROCESSOS LICITATÓRIOS

A Lei nº 8.666/93 trata de assunto muito pertinente e constantemente discutido na atualidade: as licitações públicas. O mencionado preceito define, por meio de normas gerais cogentes, as formas e meios pelos quais o poder público precisa seguir no instante das aquisições de bens e contratação de serviços destinados aos órgãos públicos.

A mencionada lei, ainda, dispõe sobre a importância de licitar para se conseguir o aumento da concorrência do mercado, objetivando garantir à administração pública, a melhor vantagem e, conseqüentemente, o melhor preço nas contratações. Corroborando com essa ideia, Figueiredo (2002, p. 19) aduz que:

Os órgãos públicos de todas as esferas de governo, quer seja municipais, estaduais ou federais, para as prestações dos serviços públicos inerentes às suas finalidades, **necessitam adquirir** no mercado local, estadual, nacional e internacional, com o mesmo tratamento e igualdade de disputa dada ao setor privado, um grande número de bens e/ou serviços úteis (grifo do autor).

No entanto, percebe-se que, mesmo diante de tantas exigências normativas norteando todo o processo licitatório obrigando o poder público a fazer estritamente o que a norma determina, ainda assim, ocorrem inúmeras fraudes e vários tipos de atos ilícitos através da carta convite, práticas estas realizadas por servidores públicos corruptos, com objetivo de se beneficiar de dinheiros sacados dos cofres públicos.

O desatendimento às regras e princípios constitui a forma mais astuta de desvio de poder, ocorrendo, com isso, a quebra da isonomia em meio aos licitantes, razão essa onde o Judiciário tem se posicionado pela anulação de editais, haja vista, que o interesse público não está configurado em tais certames.

3 LICITAÇÃO: ASPECTOS HISTÓRICO E CONCEITUAL

Foi exatamente na Idade Média que surgiu a conceituação de licitação. Segundo Truran (2007), foram nos Estados medievais da Europa, que os procedimentos de licitação começaram a serem utilizados através de um sistema chamado “Vela e Prego”, esse versava em anunciar a obra cobiçada e, enquanto queimava uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas, quando a chama se extinguia, entregava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço para o Estado.

Em nosso País, a licitação surgiu há mais de 140 (cento e quarenta) anos através do Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862, sendo o procedimento chamado de “arrematação”, devido à origem do nome licitação que veio da palavra latim *licitatione*, ou seja, arrematar em leilão. Após a criação do Decreto de 1862, a licitação foi consolidada pelo Decreto nº 4.536, de 1922, que organizou a contabilidade da União. Em 25 de fevereiro de 1967, o direito público brasileiro através do Decreto-lei nº 200, estabeleceu a reforma administrativa federal e instituiu, no seu art. 127, modalidades de licitação concorrência, tomada de preços e convite, cujas normas do referido decreto, em 1968, foram estendidas aos estados e municípios (TURAN, 2007).

Após a promulgação da Carta Magna em 1988 pode-se observar que, no art. 37, inciso XXI, consta a obrigação de licitar como princípio fundamental:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Em 1993, surge a Lei nº 8.666 reforçando o art. 37, inciso XXI, da Carta Magna, voltando-se à aplicação nos procedimentos licitatórios no âmbito do poder público brasileiro. Meirelles (2010, p. 27) conceitua licitação como “um procedimento administrativo por onde a administração pública seleciona a proposta que oferece mais vantagem para o contrato de seu interesse”.

Para Dromi (*apud* DI PIETRO, 2012), a licitação é:

Um procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

No entendimento de Mello (2014, p. 532), essa conceituação perpassa a seguinte compreensão:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Portanto, o que existe na licitação é a vontade de ambas as partes, ou seja, tanto a vontade do poder público, como também a necessidade das empresas privadas em quererem participar do procedimento licitatório e ofertar produtos e/ou serviços com melhores preços, para atender ao interesse da administração pública.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º, dispõe que, “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração [...]” (BRASIL, 1993). Observa-se na conceituação citada, que a licitação prima pela aplicação do princípio fundamental da isonomia, ou seja, prima pela competição igualitária perante a lei, em que o poder público submete as empresas privadas ao processo seletivo, objetivando garantir chances iguais a todos os participantes e possibilitar o número máximo de concorrentes, para, ao final, adquirir produtos e/ou serviços de forma mais lucrativa para a administração pública e, com isso atender ao interesse público.

3.1 MODALIDADE DE LICITAÇÃO

Por modalidade de licitação, aprende-se que é a forma específica com que se realiza o certame competitivo entre os fornecedores, mediante critérios definidos em normas e princípios constitucionais, norteadores do processo licitatório que tem por objetivo abarcar o maior número de participantes interessados em contratar com a administração pública, e com isso, conseguir a proposta mais vantajosa para o poder público.

Na Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), em seu art. 22, prevê cinco tipos de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. Cada modalidade está definida no mencionado dispositivo. No parágrafo 8º, temos a vedação à invenção de outras diferentes modalidades de licitação ou ajuste das referidas neste artigo. Com o advento da MP nº 2.026, de 4 de maio de 2000, surge o Pregão, como uma nova modalidade de licitação a ser usada apenas pela União. A Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que passou a tratar do assunto não reproduziu a ressalva que impedia o emprego do pregão por Estados, Distrito Federal e Municípios, motivo esse que possibilita aos entes federativos utilizá-lo.

3.1.1 Modalidade de Carta Convite

A modalidade Carta Convite é considerada a forma mais simples dos tipos de licitações contidas na Lei nº 8.666/93. Normalmente é indicada em motivo de ser um procedimento de baixa despesa e de rápida conclusão, observando, assim, a celeridade processual e um rápido atendimento às necessidades do poder público.

Nas palavras de Justen Filho (2009. p. 389),

[...] convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas (§ 3º do Art. 22, lei 8.666/93).

Nos casos pertinentes à licitação Carta Convite, a Lei de Licitações dispõe sobre os valores previstos para obras e serviços de engenharia, que são de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e, para compras e serviços, não referidos a engenharia, o valor é de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), tendo em vista o valor estimado da contratação (BRASIL, 1993).

Gasparini (2012) enfatiza que a cobrança de se convidar “no mínimo” três empresas, que operam no mercado com o serviço, produto ou realizem obras que o poder público careça, deve sempre primar pela impessoalidade; porquanto se poderiam preterir outros interessados, privilegiando assim, outras empresas em possíveis esquemas fraudulentos, o que é inaceitável. Um alcance para se restringir

esta prática, encontra-se na normatização inscrita no artigo 22, §6º, da Lei aqui em comento que preleciona, *in verbis*:

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo mais de 03 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (BRASIL, 1993).

A respeito do assunto, Gasparini (2012, p. 332) ressalta que:

É a modalidade de licitação aberta sem publicidade, indicada para contrato de pequena monta. Nessa modalidade são exigidos no mínimo, três interessados escolhidos pela entidade obrigada a licitar e por ela tida como habilitados, e permite a participação de interessados cadastrados que manifestarem interesse com antecedência de até vinte quatro horas da data designada para apresentação das propostas.

Porém, o que encontramos no âmbito do poder público, são inúmeros gestores e servidores públicos viciados em práticas ilícitas, que tiram proveito de suas funções, burlando leis e princípios constitucionais, objetivando beneficiar-se de dinheiro público por meio de fraudes em licitações públicas, principalmente na licitação, carta convite. Com isso, percebe-se, de forma assustadora, o aumento de fraudes por meio desta modalidade, tendo em vista que sua fragilidade contribui para o crescimento da corrupção ao orçamento público de forma mais fácil.

4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

A Lei nº 8.666/93 segue princípios padronizados, balizadores fundamentais dos processos licitatórios que devem obrigatoriamente ser seguidos pelo Poder Público, bem como por aqueles que participam do referido processo, em virtude da obediência ao princípio da legalidade. Com isso, a administração pública só poderá fazer ou deixar de fazer o que a norma permite.

No entanto, para que os atos e procedimentos licitatórios alcancem o êxito e legitimidade jurídica, a Lei de Licitações nº 8.666/93, traz em seu art. 3º, um rol taxativo de princípios constitucionais que jamais poderão deixar de ser observados nos processos licitatórios de aquisição de compras ou de contratação de serviços, seja ela na esfera Federal, Estadual ou Municipal.

Na visão do Melo (2010, p. 3), no que se acena aos princípios balizadores dos procedimentos licitatórios:

A regra geral nas licitações públicas é que venha ser observado cada um desses princípios, pois eles foram criados para que o processo licitatório possa ter a maior transparência possível, sendo para as empresas que querem contratar com o poder público uma espécie de arma em eventuais recursos administrativos.

Dessa forma, pode-se dizer que a administração pública tem o dever de observar e seguir normas e princípios contidos na Lei Maior e nas leis infraconstitucionais, para que seus atos e processos, não sejam considerados nulos. Ademais, sabe-se, que a não observância a tais princípios, abre brechas para que empresas interessadas em firmar contratos com a administração pública impetrem com eventuais recursos administrativos, acarretando atrasos nas aquisições ou serviços destinados a atender o ente público, violando o princípio da celeridade processual.

4.1 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade tem grau de grande importância não só para o erário, mas também para a sociedade de modo geral, tendo em vista, que é pela publicidade dos atos administrativos, antes, durante e depois, que se tem um poder público transparente que propicia a todos, acompanhar de fato onde a verba pública está sendo aplicada pelo gestor público responsável.

Segundo Meirelles (2010, p. 32-34) “não há, e nem pode haver, licitação sigilosa. Se seu objeto exigir sigilo em prol da segurança nacional, será contratado com dispensa de licitação. Nunca, porém, haverá licitação secreta, porque é da sua natureza a divulgação de todos os seus atos [...]”.

Cita, ainda, Meirelles (2010, p. 34), a abrangência da publicidade da licitação é ampla, pois:

[...] abrange desde a divulgação do *aviso* de sua abertura até o conhecimento do edital e de todos os seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres e decisões relacionados com o processo licitatório, desde que solicitados em forma legal e por quem tenha legitimidade para pedi-los. Essa publicidade se fará, conforme o caso, pela fixação do edital em recinto aberto ao público, pelas publicações no órgão oficial, pela divulgação na

imprensa particular e pelos demais meios de comunicação em massa [...], conforme a modalidade e importância da licitação. Completa-se a publicidade do procedimento licitatório com a abertura dos envelopes de documentação e propostas *em público* e com a subsequente publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente [...]. Sem essa publicidade a licitação e o contrato tornam-se passíveis de anulação (grifo do autor).

Argumentando a esse respeito, Niebuhr (2000, p. 104) assevera que:

[...] a publicidade é essencial ao Estado de Direito, à democracia, à cidadania e à legitimidade. Portanto, todo e qualquer cidadão, deve ser informado e incentivado a fiscalizar e se inteirar de todos os procedimentos realizados pelos governantes, para isso a publicidade dos atos é imprescindível para a sociedade.

Portanto, vê-se que a publicidade é regra, existindo apenas duas exceções, por interesses sociais ou por imperativos da segurança do Estado, conforme dispõe o art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 5º [...] XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. [...] (BRASIL, 1988).

Dessa forma, são ressalvadas exclusivamente as hipóteses citadas no final do inciso supramencionado, nos demais casos, a publicidade é regra, não podendo deixar de ser cumprida, sob pena de nulidade do processo licitatório. Di Pietro (2012) afirma que este não se limita à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

5 COLISÃO ENTRE AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS

A Lei nº 12.527/2011, chamada Lei da Transparência, que surgiu para regular o acesso à informação, criou procedimentos a serem observados não só pelas entidades públicas, mas também pelos órgãos públicos integrantes da administração direta e indireta, entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como no que tocar às entidades privadas sem fins

lucrativos que recebam recursos públicos diretamente do orçamento ou mediante subvenções sociais, contrato de gestão, termo de parceria, convênios, acordo, ajustes ou outros instrumentos congêneres.

A mencionada lei dispõe no art. 3º, *in verbis*, que:

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;
II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações (BRASIL, 2011).

Ainda, no art. 7º, do mesmo diploma legal, *in verbis*, consta o direito de obter informação:

Art. 7º O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter:

[...]

VI - informação pertinente à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação, contratos administrativos (BRASIL, 2011).

Portanto, há de se notar, que os órgãos e entidades públicas são submetidos à regra da publicação dos atos públicos, objetivando garantir a todos os interessados, o acesso à informação, para conhecimento e acompanhamento da aplicação da verba pública, verificando a existência ou não da prática de improbidade administrativa por parte dos servidores e gestores públicos.

Diferentemente do disposto acima, verifica que na Lei nº 8.666/93, no § 3º, do art. 22, a licitação, carta convite, é isenta da publicação dos resumos de editais para abertura de procedimentos licitatórios, exigindo apenas a fixação da cópia do documento convocatório em local apropriado, colidindo, portanto, com dispositivos da Lei nº 12.527/2011, que tem como regra, a publicação de todos os atos processuais.

No entanto, apenas a fixação do aviso em lugar de simples acesso, também se afigura dúbia, uma vez que o conceito de local de fácil acesso e visibilidade fere o princípio vital da ampla publicidade, criando com isso, meios acentuados de desvios de verbas públicas em benefício de gestores e de terceiros envolvidos no esquema fraudulento, causando sérios prejuízos não só aos cofres públicos, mas, como também, a toda coletividade.

Assim sendo, para que seja possível verificar a adequação do preço do serviço contratado com os valores habituais de mercado, é realizada, pela Administração Pública, uma pesquisa de preço com empresas do ramo, as quais poderão participar do certame, definindo, por conseguinte, o valor orçado para a contratação que será realizada. Tendo em vista que os referidos orçamentos constituem parte do procedimento administrativo previsto nos arts. 38 e seguintes, da Lei 8.666/93, estes não podem ser acobertados pelo sigilo, como preconiza o art. 6º, da Lei 12.462/2011 (CARVALHO, 2014).

6 CONFLITO DE NORMAS INFRACONTITUCIONAIS COM PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A publicidade como princípio, insculpido no *caput* do art. 37, da Lei Maior, exige uma atividade administrativa transparente ou visível. Assim, todos os atos do poder público devem ser públicos, de conhecimento geral, em razão do disposto no art. 5º, inciso XXXIII, da CF, conforme disposto *in verbis*:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Porém, de combinação com o artigo supracitado, no que se alude à publicidade, existem duas exceções que a administração pública pode negar o acesso à informação, que são: quando o sigilo for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, não sendo o caso da licitação carta convite.

Observa-se ainda, colisão do § 3º, do art. 22 da Lei nº 8.666/93, com o art. 37, da Constituição Federal, *in verbis*, no que se refere à publicação dos atos administrativos:

Art. 22 [...]

§ 3º [...] a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (BRASIL, 1993).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...] (BRASIL, 1988).

Acima, temos o conflito de norma infraconstitucional com norma constitucional, onde a primeira, isenta a modalidade carta convite da publicação de seu edital ou termo de convocação, violando o princípio da publicidade. Dessa forma, por tudo exposto, fica fácil comprovar a colisão do dispositivo § 3º, do art. 22 da Lei nº 8.666/93 com normas e princípios constitucionais, devendo tal dispositivo ser extirpado do acenado diploma legal. Ademais, normas e princípios constitucionais têm grau de supremacia em nosso ordenamento jurídico e, quando em conflito com as normas infraconstitucionais, a primeira deve sempre prevalecer sobre a segunda.

Portando, notar-se que na modalidade de licitação carta convite, é evidente a presença de erros formais advindos da própria lei, como é o caso do art. 3º, que determina que as licitações destinam-se a garantir a observância dos princípios constitucionais, inerentes à administração pública, dentre os quais, destacamos o princípio da publicidade, e, mais adiante, em seu artigo 22, §3º, isenta a publicação para realização de licitações do tipo carta convite, violando princípios constitucionais já mencionados, que são considerados, alicerces, norteadores da administração pública.

Nesse aspecto, na identificação e superação de antinomias, a Constituição tem especial relevo. Não sendo adequados à interpretação que dá à norma um sentido incompatível com os mandamentos constitucionais, os princípios constitucionais são vetores para interpretação de todas as normas, constitucionais ou infraconstitucionais. É, portanto, inconstitucional, a interpretação cujo resultado seja contrário aos valores enunciados na Lei Maior. A aplicação da norma deve buscar atender aos fins sociais a que ela se destina, bem como a atender o bem comum.

7 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A MODALIDADE CARTA-CONVITE

Na verdade, a licitação carta-convite, por ser considerada modalidade de licitação “simples”, seu procedimento acaba violando vários princípios gerais norteadores do processo licitatório, como os princípios da publicidade, da isonomia, da competitividade. Com isso, os demais possíveis participantes são tolhidos do

direito de concorrerem, pelo motivo de não terem obtido conhecimento acerca da efetivação do certame licitatório, ou seja, há uma restrição de participantes por falta de ampla publicidade, impedindo a possibilidade da administração pública, selecionar a proposta mais vantajosa.

Observa-se, que a Lei nº 8.666/93 é bastante clara quando descreve em seu artigo 3º, que, “a licitação destina-se a garantir a observância dos princípios constitucionais, a selecionar a proposta mais vantajosa para a administração pública, bem como, a ser processada e julgada em estrita conformidade com princípios básicos”. Também se observa que, a Constituição Federal, no *caput* do art. 37, faz menção à exigência de qualquer dos Poderes públicos, em obedecerem aos princípios constitucionais.

Ademais, o art. 5º, inciso XXXIII, da Lei Maior, que trata dos direitos e direitos individuais e coletivos dispõe que:

Art. 5º [...]

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Conforme demonstrado anteriormente, a modalidade de licitação, Carta Convite, viola tanto leis, como também, princípios constitucionais. É importante frisar, que não é o direito administrativo que estabelece os fins do Estado, mas sim, a Constituição Federal que fixa esses fins, notadamente quando a Carta Magna apresenta-se como uma Constituição dirigente composta de normas que estabelecem fins, metas e diretrizes vinculantes obrigatórias para o Estado. Cumpre ao direito administrativo, tão somente realizá-las com as características de ser concreta, direta e imediata, a sua atuação.

Portanto, a administração pública limita sua atividade a determinados fins e princípios, que, quando não observados, implicam desvio de poder e, por conseguinte, a nulidade dos atos da administração pública.

8 DA FRAGILIDADE DE FRAUDE NA MODALIDADE CARTA CONVITE

Nas palavras de Ferreira (2010, p. 983), fraude significa “logro; abuso de confiança; ação praticada de má fé; contrabando, clandestinidade; falsificação,

adulteração”. De acordo com Gasparini (2012), pode-se entender que a ação de fraudar o caráter competitivo da licitação, surge como o ato de enganar, burlar, iludir.

A fraude em licitações públicas, normalmente é gerada pela corrupção que é definida como o abuso do poder público em benefício do privado, onde os agentes públicos, utilizando-se da prerrogativa do poder discricionário da administração pública, buscam beneficiar pessoas jurídicas, escolhidas pelos corruptos, objetivando que estas, obtenham lucros extraordinários usufruindo assim das vantagens que lhe são concedidas, ocasionando a ineficiência no uso dos recursos públicos, causando sérios prejuízos à sociedade.

Segundo o Brasileiro (2014, p. 6), fraude pode ser definida como sendo:

[...] uma forma de irregularidade envolvendo práticas criminosas para obter uma injustiça ou vantagem ilegal. Refere-se a atos cometidos com a intenção de enganar, envolvendo mau uso dos ativos ou irregularidades intencionais de informação financeira, ou para ocultar mau uso dos ativos ou para outros propósitos por meio de: manipulações, falsificações ou alterações de registros e documentos, supressão de informações dos registros ou documentos; registro de transações sem substância; e mau uso de normas contábeis.

Portanto, como se observa na citação acima, são ilimitadas as variedades de fraudes. Estas variam conforme a posição do agente, suas atribuições, o setor de atividades no órgão, sua imaginação, audácia e habilidade, que poderão ocorrer antes, durante ou depois da fase licitatória.

Ocorre que, muitas vezes, não raras, após a entrega da mercadoria, ou da efetiva prestação do serviço, os fornecedores que não concordam em participar do esquema fraudulento, são retalhados pelos gestores corruptos, e com isso, como punição, não recebem o pagamento ou recebem com grande atraso, ou às vezes apenas por via judicial.

Conforme colocado por Carvalho (2014), “esse é um dos motivos pelos quais os preços oferecidos ao setor público muitas vezes são maiores que os praticados na iniciativa privada, pois os empresários embutem o risco do negócio”. Demitrow (2008, p. 4), sobre o assunto aqui em comento, dispõe que:

Para combater a corrupção nas licitações públicas, é preciso analisar os pontos fracos nos processos, para que desta forma sejam criadas barreiras que interrompam a ação dos corruptos. O combate à corrupção deve se dar de forma ampla e contínua, não analisando casos separadamente, mas sim como um todo, buscando restringir os feitos ocorridos anteriormente, das mais diversas formas, assim evitando que novas redes organizacionais ilícitas, tanto públicas como privadas, se formem.

As fraudes em licitações especialmente na modalidade, carta convite, vem crescendo de forma assustadora. Talvez, pelo fato de ser considerada a modalidade mais simples, e por isso, possibilita aos fraudadores meios de burlarem a lei, direcionando licitações para empresas de seu interesse, objetivando que estas sejam vencedoras do certame e, de maneira ilícita, extrair dinheiro dos cofres públicos, por meios de contratos, a fim de beneficiar a todos envolvidos no esquema de fraude.

Porém, essa forma exigida pela Lei nº 8.666/93 para que a administração pública, apenas afixe em local apropriado a cópia do instrumento convocatório, acaba causando grande fragilidade à modalidade, carta convite, fazendo com que esta, viole vários princípios constitucionais que regem a licitação, dentre em destaque, o princípio da publicidade, que quando aplicado corretamente, contribui para juntar o número máximo de participantes em licitações públicas, mas, quando burlado, acaba impedindo que as empresas concorrentes tenham conhecimento do certame, facilitando que agentes públicos corruptos direcionem licitações para empresas de seu interesse, e com isso se beneficiem de dinheiros dos cofres públicos (BRASIL, 1993).

Contudo, vale esclarecer que, a adoção do princípio da celeridade na modalidade carta convite, se dá pelo simples fato de que a mesma é realizada em menor prazo. Porém, a compra de bens patrimoniais e de serviços destinados ao ente público deve ser célere, mas, desde que não tragam prejuízos a Administração Pública.

No entanto, para que processo de licitação na modalidade carta convite esteja dentro dos padrões da celeridade e economicidade, terá que atender as necessidades da administração pública, com eficiência nos serviços ou produtos adquiridos através de processo licitatório dentro da legalidade e licitude dos agentes condutores.

Nesse sentido, ocorrendo poucos participantes nos certames licitatórios, provavelmente ocorrerão mais fraudes, ou seja, as tendenciosas “cartas marcadas”, onde o ordenador de despesas concomitantemente com servidores responsáveis pela condução do certame licitatório escolhe o licitante para ser vencedor da licitação, objetivando tirar proveito e vantagem pessoais, infringido, assim, o princípio da supremacia do interesse público.

Para se evitar tais conjecturas, a melhor solução seria dar maior publicidade do edital da carta convite, em diversos veículos de comunicação, como: publicação na imprensa oficial, em jornal de grande circulação local, *internet*, entre outros,

tornando o princípio da publicidade, uma prática recorrente no ambiente público. E, com isso, se consegue ter maior competitividade com oportunidades iguais aos interessados que quiserem contratar com o poder público, e, por outro lado, a administração pública teria como contratar propostas mais vantajosas, preservando do interesse público.

9 INCONSTITUCIONALIDADE DA MODALIDADE CARTA CONVITE

Verifica-se que é evidente o descumprimento de normas e princípios constitucionais, como também, a colisão entre leis infraconstitucionais na modalidade de licitação carta convite. Dentre as maiores violações detectadas, pode-se citar a violação ao princípio da publicidade, quando a Lei nº 8.666/93 que rege as licitações, isenta a administração pública da publicidade do edital de convocação da modalidade carta convite, impedindo, dessa maneira, as pessoas interessadas em participar do certame, bem como a sociedade, terem acesso à informação (BRASIL, 1993).

De acordo com a Constituição Federal e com tudo que foi explanado até aqui, a declaração de inconstitucionalidade na modalidade Carta Convite é cabível, nos termos do art. 97, por violar normas e princípios constitucionais insculpidos na Lei Maior, cuja realização poderá ser feita somente pelos Tribunais (BRASIL, 1988).

É sabido que apenas o Supremo Tribunal Federal é responsável pelo controle abstrato, direto e concentrado da constitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público, mediante as ações adequadas, como a ação direta de inconstitucionalidade ou a ação declaratória de constitucionalidade. Portanto, por tudo exposto, reconhece-se que, na modalidade carta convite, existe uma série de fragilidades, sendo esta considerada um procedimento bastante problemático que dá margem à corrupção, imoralidade e qualquer tipo de negociação que por ventura possa favorecer um dos licitantes em um contrato com o poder público. Segundo, o Tribunal de Contas da União, esta é a modalidade licitatória que mais possui jurisprudência.

Não podemos deixar de mencionar, ainda, o novo marco legal acerca de licitações e contratos da Administração Pública que é de fundamental importância para o desenvolvimento nacional. Conforme notícia veiculada em 12 de dezembro de 2013, no Portal de Notícias da Agência Senado, onde informa que a Comissão Especial do Senado aprovou a ampla reforma da Lei nº 8.666/93, advinda do projeto

de lei PLS 559/2013, apresentado em 05 de dezembro de 2013, pela Senadora Kátia Abreu (PMDB-TO), ficam instituídas normas para licitações e contratos da administração pública, prevendo, entre outras matérias, a extinção da modalidade carta convite (BRASIL, 1993).

Segundo a matéria acima mencionada, o Projeto de Lei nº 559/2013, traz avanços institucionais significativos com intenção de dar a nação uma nova conjuntura moderna e eficiente, para aquisições e serviços contratados pela administração pública (BRASIL, 2013).

Destaca-se, ainda, a importância de mencionar que desde 1993, ano da publicação da Lei nº 8.666/93, a legislação voltada para compras públicas no Brasil vem sofrendo mudanças pontuais, efetuadas por meio de 80 (oitenta) normas, das quais 61 (sessenta e uma) Medidas Provisórias e 19 (dezenove) Leis e que, nesses 20 (vinte) anos de existência, já foram apresentadas mais de 600 (seiscentas) propostas de mudanças: 518 (quinhentos e dezoito) na Câmara dos Deputados e 157 (cento e cinquenta e sete) do Senado.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se falar do tema licitações, é importante mencionar que não se trata apenas de um método administrativo regido restritamente pela lei, mas, de um mecanismo previsto pela Constituição Federal, para que o Estado faça de forma transparente, a melhor gerência possível dos recursos públicos, para garantir a máxima satisfação dos direitos sociais.

Contudo, observa-se que a fragilidade da modalidade carta convite tem contribuído de forma acentuada para o esquema de fraudes em processos de licitatórios realizados pela administração pública. Talvez, pelo fato de ser considerada uma licitação “simples” em que a norma isenta a publicação do edital de convocação e, por esta razão, acaba facilitando para que quadrilhas formadas por servidores públicos criem esquemas fraudulentos objetivando sacar dinheiro dos cofres públicos, em benefício próprio e de terceiros envolvidos no esquema, contrariando uma gama de normas e princípios norteadores das licitações públicas.

Sendo assim, para evitar que a licitação, carta convite, seja dirigida, necessário seria a modificação da lei de licitações, criando dispositivos que obrigassem tal modalidade a atender rigorosamente ao princípio da publicidade,

publicando todos os seus atos realizados antes, durante e depois da licitação, haja vista que a publicidade tem como alvo, não só expandir a competitividade do certame, mas também, buscar atingir o número máximo de propostas, para que o gestor público possa homologar a mais benéfica para contratação com a administração pública.

Dessa forma, percebe-se, que o princípio da publicidade é que assegura o amplo acesso à informação e, por conseguinte, garante a igualdade de direitos aos participantes que quiserem contratar com o poder público. Ademais, sabe-se que é por este princípio constitucional disposto no caput do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, que a administração pública está vinculada diretamente a ter como regra a publicidade de seus atos públicos, sob pena de serem considerados nulos.

Assim, quem fraudava licitação, está fraudando normas de direito constitucional e de direito administrativo, conspirando contra o atendimento das necessidades da sociedade, que são sempre crescentes. Importante esclarecer que fraude é diferente de erro, pois, embora possa causar prejuízo, o erro acontece involuntariamente, por omissão, desatenção, desconhecimento, má interpretação, ignorância, imperícia ou imprudência. Por exemplo, a falta de uma cláusula na minuta do contrato, estimativa inadequada de quantidade, aquisição de produto ruim em função de uma especificação mal feita, falta de um parecer jurídico, dentre outros.

Importante também ressaltar que o elemento determinante na fraude é a vontade, a intenção. São exemplos de fraudes em uma contratação a apresentação de certidões de regularidade adulteradas, atestados e documentos falsos, conluio entre as empresas e servidores da organização, jogo de planilha, superfaturamento, direcionamento, dentre outros.

Portanto, observa-se, que a permanência da modalidade de licitação carta convite é um verdadeiro desastre para a administração pública, haja vista que todas justificativas e fundamentações apontadas acima, evidenciam que tal modalidade, ao mesmo tempo que pode ser muito conveniente para o administrador público, pode, igualmente, ser muito danosa para a administração pública, pelo fato de que, sendo esta frágil, acaba servindo de base para que verbas públicas sejam desviadas com objetivo de satisfazer as necessidades pessoais do gestor público e de terceiros envolvidos no esquema fraudulento e, não, com finalidade em atender às necessidades sociais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/store/legislacao/constituicao/crfb.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2014.

_____. **Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. **AMPERJ Legislação**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/store/legislacao/leis/L9868.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2014.

_____. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. **AMPERJ Legislação**. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/store/legislacao/leis/l12527.pdf>>. Acessado em: 04 set. 2014.

_____. **Projeto de Lei do Senado, nº 559 de 2013**. Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=115926>. Acesso em: 03 set. 2014.

_____. SENADO, Agência. **Portal de Notícias**. 05/12/2013. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/05/nova-lei-de-licitacoes-acaba-com-carta-convite-e-tomada-de-precos>> Acesso em: 01 set. 2014

BRASILIANO, A. C. R. **A nova lei anticorrupção: como cumprir com as determinações e suas interpretações**. Data da publicação: 16/05/2014. Disponível em: http://www.iiabrasil.org.br/new/2014/eventos/Semin_POA2014/Brasiliano.pdf>. Acesso em: 04 set. 2014.

CARVALHO, José Carlos Oliveira de. **Por dentro das fraudes**. 2014. Disponível em: <http://www.oliveiraecarvalho.com/downloads/Fraudes%20-%20Obra%20%20Por%20Dentro%20das%20Fraudes.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2014.

DEMITROW, M. L. M. **A corrupção nas licitações públicas e os mecanismos de controle**. 2008. Disponível em: <<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1453&idAreaSel=16&seeArt=yes>>. Acesso em: 04 set. 2014.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 25 ed. São Paulo, Atlas, 2012.

FERREIRA, A. B. H. **Dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 5 ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIREDO, J. R. **Licitações públicas para principiantes: O bê-a-bá das Licitações Públicas**. Florianópolis: Insular, 2002.

GASPARINI, D. **Direito administrativo**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, M. **Manual de direito administrativo**. 7 ed. Rio de Janeiro, Lúmen Juris, 2009.

MEIRELLES, H. L. **Licitação e contratos administrativos**. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores. 2010.

MELLO, C. A. B. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELO, R. A. **Princípios Básicos que Regem as Licitações Públicas**. Publicado em: 18/06/2010. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4234> Acesso em: 03 set. 2014.

NIEBUHR, J. M. **Pregão presencial e eletrônico**. 3 ed. Curitiba: Zênite, 2005.

PORTAL G1. **MP denuncia 13 pessoas por fraude em licitações em Juazeiro do Norte**. Data da Publicação: 21/02/2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/ceara/noticia/2013/02/mp-denuncia-13-pessoas-por-fraude-em-licitacoes-em-juazeiro-do-norte.html>>. Acesso em: 04 set. 2014

TRURAN, M. H. **Business Online**. Porto Alegre, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.licitacao.net/businesses.htm>>. Acesso em: 04 set. 2014.

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL*

ENVIRONMENTAL LICENSING AND ENVIRONMENTAL IMPACT ASSESSMENT

ERIC WAGNER DE OLIVEIRA ELIAS**

RESUMO

O referido estudo consiste em uma abordagem preliminar sobre a relação entre o licenciamento ambiental e a avaliação de impacto ambiental, tendo a abordagem se voltado para a demonstração de que o processo de licenciamento ambiental se configura como sendo um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente que tem por objetivos: o regulamento e o ordenamento das atividades humanas sobre o meio ambiente; garantir a utilização dos recursos naturais de forma racional e o direito das atuais e futuras gerações de habitar em um meio ambiente ecologicamente equilibrado. A sua concepção metodológica consistiu na aplicação das técnicas da pesquisa bibliográfica e documental, bem como do método dedutivo de análise, favorecendo assim a abordagem cujo intento foi de descrever os mecanismos inerentes e essa relação. Sem a pretensão de esgotar o assunto, o estudo detalha aspectos relativos a parte operacional do licenciamento ambiental, evidenciando os tipos de licenças e os tipos de projetos, empreendimentos e atividades para os quais a avaliação de impacto ambiental é exigida, tendo por base prescrição expressa na legislação ambiental brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Licenciamento Ambiental. Impacto Ambiental. Tipos de Licenças. Legislação Ambiental Brasileira

ABSTRACT

This study consists of a preliminary approach on the relationship between environmental licensing and environmental impact assessment, with the approach being aimed at demonstrating that the environmental licensing process is configured as an instrument of the National Environmental Policy that its objectives are: the regulation and ordering of human activities on the environment; guarantee the rational use of natural resources and the right of current and future generations to live in an ecologically balanced environment. Its methodological conception consisted in the application of bibliographic and documentary research techniques, as well as the deductive method of analysis, thus favoring the approach whose intent was to describe the inherent mechanisms and this relationship. Without intending to exhaust the subject, the study details aspects related to the operational part of the environmental licensing, highlighting the types of licenses and the types of projects, ventures and activities for which the environmental impact assessment is required, based on the express prescription in Brazilian environmental legislation.

KEYWORDS: Environmental Licensing. Environmental Impact. Types of Licenses. Brazilian Environmental Legislation.

* Pesquisa apresentada no Curso de Especialização em Direito Ambiental – Universidade Brasil, 2010.

** Graduado em Comunicação Social pela UFPB. Especialista em Direito Ambiental pela Universidade Brasil. Email: ewjpb79@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Sabe-se que, todos os modelos de desenvolvimento econômico no percurso histórico do modo de produção capitalista, apropriaram-se dos recursos naturais de forma demasiadamente ilimitada gerando impactos de toda ordem, ocasionando como consequência, sobretudo, a perda da qualidade de vida das sociedades.

Tomando-se por base essa linha de raciocínio, verifica-se que, empiricamente, é possível constatar o seguinte: a escassez de água potável, o aquecimento global, o aumento do buraco da camada de ozônio, a extinção de espécies animais e vegetais, e a falta de tratamento dos resíduos de todas as ordens, são alguns dos problemas ambientais que constantemente agravam-se.

Assim sendo, esse estudo cuja concepção metodológica consistiu na aplicação das técnicas da pesquisa bibliográfica e documental, bem como do método dedutivo de análise, favorecendo assim a abordagem ora apresentada, cujo intento foi de descrever os mecanismos inerentes e essa relação, mostra que os impactos ambientais são ocasionados por confrontos diretos ou indiretos entre o homem e a natureza.

Exemplos bem conhecidos de impacto ambiental são os desmatamentos, as queimadas, a poluição das águas, o buraco na camada de ozônio, entre outros. Atribui-se a causa desses problemas às práticas econômicas, sociais, culturais e políticas geradas dentro do modo de produção acima citado. Na legislação ordinária brasileira, esse princípio da ordem econômica se materializa no art. 4º, inciso I da Lei 6.938/81, que estabelece como o primeiro dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA: a “compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (BRASIL, 1981).

Desse modo, as instituições que exploram atividades econômicas de naturezas diversas devem honrar o princípio de preservação do meio ambiente e apreender que os padrões econômicos legalmente desejáveis, são aqueles que satisfaçam aos critérios de conservação do nosso patrimônio ambiental. Essa diretriz conformativa se ajusta no que diz o *caput* do art. 225, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Dessa forma, para alcançar os objetivos previstos no supracitado artigo da Constituição, a sociedade organizada ou não, possui um papel marcadamente

importante e ativo, contribuindo e fiscalizando, principalmente adotando hábitos e ações que promovam a reversão da atual tendência pela implantação de modelos de desenvolvimento sustentável.

Quanto ao Estado fica como responsabilidade: estabelecer um conjunto de políticas direcionadas a promover a tutela ambiental; propiciar as bases concretas da sustentabilidade do desenvolvimento, adequando às condutas e práticas dos agentes privados à necessidade de conservação dos recursos ambientais; controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias, que comprometam a qualidade de vida e o meio ambiente.

Neste sentido, o licenciamento ambiental tem se destacado como o mais importante mecanismo estatal de defesa para controle e conservação do meio ambiente, sobretudo no aspecto da atenuação dos impactos decorrentes de atividades produtivas, uma vez que é por meio dele que a administração pública, nas suas três esferas, impõe condições e limites e controle para o exercício de cada uma das atividades econômicas que potencial ou efetivamente são causadoras de impacto. Tais intervenções devem atender aos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente.

Desta forma, admite-se que, uma discussão mais ampla desse tema é extremamente necessária, haja vista que, o licenciamento ambiental, deve ser considerado um notório instrumento de tutela preventiva ao meio ambiente. Essa maneira de visualizar essa questão decorre da observação de que isso é consequência do seguinte aspecto: não só por licenciar o desenvolvimento das atividades econômicas, mas por ter a capacidade e competência de ordenar, gerir e propor a adoção de medidas mitigadoras em caso de impactos considerados prejudiciais ao meio ambiente.

É nessa perspectiva que direcionou-se esse estudo cujo objetivo precípuo é de relacionar o licenciamento ambiental com a avaliação de impacto ambiental, enfatizando a importância de ambos, para que o desenvolvimento econômico possa ocorrer em bases sustentáveis e que as questões ambientais estejam na ordem de prioridade das políticas públicas, haja vista a importância destas para o alcance do equilíbrio entre a exploração de atividades produtivas e qualidade ambiental.

2 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL

Primeiramente, ao abordar o tema licenciamento ambiental, deve-se considerar a advertência feita por Lanfredi (2002, p.69), diante do seguinte comentário:

Embora antigo, o fenômeno da agressão ao meio ambiente era considerado como consequência normal do progresso tecnológico e econômico, só começando a exigir tratamento jurídico especial após a Segunda Grande Guerra, no final dos anos 50. Inexistia, até então, uma consciência social sobre o problema ambiental.

Complementando o que foi dito sobre o referido fenômeno, Oliveira (1999, p.11) afirma:

É exatamente por este instrumento, o licenciamento ambiental, que o Poder Público, ao examinar os projetos a ele submetidos, verifica sua adequação aos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente. Avalia as consequências positivas e negativas, em termos ambientais, de sua implantação, tendo em vista o bem comum e decide pela autorização ou não de sua implantação, formulando as exigências cabíveis para minimização de seus impactos ambientais negativos ou maximização de seus impactos positivos.

Considerando essa perspectiva, admite-se que não se pode falar de avaliação de impacto ambiental, sem tecer comentários sobre as políticas ambientais, dado que, os critérios adotados na liberação de licenças ambientais são baseados em estudos que possam mostrar os impactos atinentes a área de influência do projeto que está sendo analisado.

Faz-se oportuno acrescentar, com base em Jungstedt (2002, p. 276), a seguinte conceituação, extraída da Resolução CONAMA nº237, mostrando que os estudos ambientais são:

Todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentando como subsídio para análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

Nessa esteira de entendimento, os critérios exigidos para o detalhamento de

tais estudos, vão depender das especificidades da atividade, do seu porte e também dos riscos envolvidos, pois nem todas as atividades licenciáveis, requerem o prévio estudo de impacto ambiental, conforme se depreende do argumento que segue adiante.

2.1 COMENTÁRIO SOBRE AS POLÍTICAS AMBIENTAIS NO BRASIL

Traçando um breve resgate histórico das leis ambientais brasileira, constatou-se que, pelo fato do Brasil ter sido dependente jurídica, política e economicamente de Portugal, até o início do século XIX, as primeiras normas jurídicas ambientais brasileiras foram definidas, em sua maioria, pela Coroa Portuguesa, e algumas, pelas Coroas Espanhola e Holandesa, nos breves momentos de colonização.

É interessante registrar que, com o interesse de proteger os bens da Coroa, através da formulação das primeiras leis disciplinadoras portuguesa, o meio ambiente passa a ser tratado como um bem jurídico; tais formulações ficam em vigência até a elaboração do Código Civil de 1916. Argumentando a esse respeito Waive (1999, p.4) expõe que:

[...] as normas jurídicas ambientais que foram ditadas pelas autoridades da Coroa Portuguesa e estrangeiras, estas últimas apenas durante os curtos períodos de dominação espanhola e holandesa, ocorridos respectivamente nos séculos XVI e XVII, mas mister frisar, sempre com o intuito de resguardar os interesses financeiros reais nas terras colônias brasileiras.

Assim, ante ao exposto, constata-se que tais normas jurídicas, serviram ao longo de décadas, desde o Brasil colônia até meados de 1970, para salvaguardar os interesses da Coroa e particulares. Seguindo esse raciocínio Miralé (2004, p.116) esclarece que:

Toda essa legislação, antiga, complexa, esparsa e inadequada, deixava imune (se é que não o incentivava) o esbulho do patrimônio natural, despojado do seu caráter de bem comum e tratado ignominiosamente como propriedade privada, gerido e explorado sem escrúpulo, com discricionariedade acima de qualquer legislação coerente, de qualquer interesse maior. [...] segundo depoimento de historiadores, impunham-se mais os interesses particulares e subalternos do que o público; o interesse nacional nem era sequer sonhado.

Ao aprofundar suas reflexões Miralé (2004, p.118), expões sobre a forma

como a questão ambiental era tratada no período do Brasil pré-republicano, ao destacar o seguinte fato:

Nossa história, infelizmente, é de uma depredação ambiental impune. Na prática, somente eram punidos os delitos que atingissem a Coroa ou os interesses fundiários das classes dominantes. O patrimônio ambiental coletivo, como o conhecemos hoje, era inimaginável. Não por falta de doutrina que se encontrava alhures, mas por força do estreito e fechado círculo dos interesses familiares, feudais e oligárquicos.

Verifica-se, portanto, que, efetivamente, a tutela jurídica do meio ambiente só avançou com o advento do Código Civil em 1916. A partir de então dar-se início a uma nova fase, com a criação dos primeiros Regulamentos e Códigos, permeados por regras específicas concernente a fatores ambientais.

Admitindo-se um novo recorte histórico, constata-se que, na década de oitenta, sob a forte influência da Conferência de Estocolmo, realizada em 1972, evento que atraiu delegações de 113 países, inclusive o Brasil, foi criada a Lei nº 6.938/81, da Política Nacional do Meio Ambiente.

Trata-se de um marco importante por ser considerada como a primeira Lei que veio regularizar a conservação, legislação dos direitos do meio ambiente, sendo ela o grande marco do direito ambiental no Brasil. Ainda hoje é considerada a mais relevante, depois da Constituição Federal. A esse respeito Silva (2000, p.78), assim se posiciona:

Na verdade, a promulgação da Lei da Política Ambiental de Meio Ambiente, marca uma nova fase da política ambiental brasileira, que se propõe realizar uma gestão integrada dos recursos naturais. Essa lei constituiu uma primeira tentativa de sistematização da matéria ambiental no quadro jurídico-institucional.

Dessa forma, compreende-se que, a partir da instituição desta Lei o Estado passa a ter o dever de estabelecer um conjunto de políticas direcionadas a promover a tutela ambiental, proporcionando as bases concretas da sustentabilidade do desenvolvimento econômico, compatibilizado-o com a conservação dos recursos naturais, haja vista que, “foi com a Lei nº 6.938/81 que, realmente, teve início à proteção ambiental no Brasil, pois até então, a tutela do meio ambiente se fazia por legislação fragmentada” (LANFREDI, 2002, p.77).

Fortalecendo esta discussão, Farias (2007, pg.42), afirma que “no Brasil o grande marco do surgimento do Direito Ambiental foi a edição da Lei nº 6.938/81, que

dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e que começou a tratar os recursos ambientais de forma integrada e holística”. Após esse avanço que se verificou na legislação pátria, pode-se concluir que, o enfoque integrado dos assuntos inerentes às questões ambientais no Brasil, só ganham força a partir da introdução da matéria ambiental na Lei Maior Brasileira, sendo este um marco histórico indiscutivelmente, pois a preocupação ambiental passa a ser *status* constitucional.

2.2 NOTAS SOBRE O PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Sabe-se que, a Política Nacional do Meio Ambiente estabeleceu os fins e mecanismos de formulação e aplicação dessa política; criou o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), diretamente ligado ao Presidente da República. Subordinado ao CONAMA instituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), formado pelos órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e pelas Fundações instituídas pelo poder público, e criou o cadastro técnico federal de atividades e instrumentos de defesa ambiental.

Com a promulgação da lei federal nº 6.938/81, também foi disciplinado o sistema de licenciamento ambiental, tornando-o obrigatório em todo o país. A referida lei estabeleceu o sistema tríplice de licenças, sendo: licença prévia, licença de instalação e licença de operação, com objetivos e níveis de exigências distintas. A definição de licenciamento ambiental está descrito pelo inciso i do art. 1º da Resolução nº 237, do CONAMA, nos seguintes termos:

Licenciamento ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação dos empreendimentos e atividades utilizadores dos recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso (JUNGSTEDT, 2002, p.276).

Argumento nesse sentido é apresentado por Miralé (2004, p.482), enfatizando o seguinte aspecto:

Como ação típica e indelegável do poder executivo, o licenciamento constitui um importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a administração pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio

ecológico.

Assim sendo, compreende-se que, o processo de licenciamento, por considerar os impactos ambientais decorrentes da atividade produtiva explorada, visa conciliar a utilização racional dos recursos naturais, nos limites da satisfação, das necessidades e do bem-estar da presente geração, bem como de sua conservação no interesse das gerações futuras, conforme assegura a Constituição em vigor. De forma similar, Oliveira (2005, apud FARIAS 2007, p.135) conceitua o licenciamento ambiental, situando-o como:

Instrumento através do qual o órgão ou entidade ambiental competente avalia os projetos a ele submetidos, considerando os impactos positivos e negativos, para decidir se autoriza ou não a instalação, a ampliação ou o funcionamento do mesmo e, em autorizando, se faz ou não exigências para minorar os impactos ambientais negativos e maximizar os impactos ambientais positivos.

Assim, ante ao exposto, entende-se que o processo de licenciamento ambiental é o método pelo qual o poder executivo analisa os projetos de implantação, operação e ampliação do desenvolvimento de atividades potencialmente ou significativamente poluidoras, ordenando o uso dos recursos naturais.

Fiorillo (2003) definiu o licenciamento ambiental como sendo um conjunto de etapas que integra o procedimento administrativo que tem como objetivo a concessão de licença ambiental. Naturalmente, que isso engloba procedimentos técnicos e observâncias de preceitos legais, anteriormente mencionados.

Para Farias (2007, p.136) o licenciamento ambiental é o processo administrativo complexo que:

[...] tramita perante a instância administrativa responsável pela gestão ambiental, seja no âmbito federal, estadual ou municipal, e que tem como objetivo assegurar a qualidade de vida da população por meio de um controle prévio e de um continuado acompanhamento das atividades humanas capazes de gerar impactos sobre o meio ambiente.

O procedimento administrativo definido pelos autores supracitados tem por finalidade, após todas as etapas de análise de projetos, e estes atendendo aos parâmetros legais, conceder o documento que vai autorizar o desenvolvimento ou alteração da atividade produtiva, e é denominado de licença ambiental.

Segundo reza a Resolução 237/97 do CONAMA, a licença ambiental é

definida como sendo um:

Ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente, estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. (JUNGSTEDT, 2002, p.276)

Há de se considerar, portanto, que, sendo a licença ambiental, o documento resultante do processo administrativo, que autoriza a instalação, o desenvolvimento, ou ampliação de uma determinada atividade, objetiva dessa forma estabelecer as condições, restrições e medidas de controle ambiental, compatibilizando a conservação do meio ambiente com o desenvolvimento socioeconômico, considerando os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, jamais deve erigir-se como obstáculo, mais sim um instrumento da gestão racional dos recursos naturais e, portanto, de minimização dos impactos ambientais decorrentes da atividade produtiva em questão.

Estão sujeitos ao licenciamento ambiental todas as pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as entidades da administração federal, estadual e municipal, que estiverem instaladas ou vierem a se instalar, cujas atividades utilizarem recursos ambientais que possam ser causadoras efetivas ou potenciais da poluição ou da degradação ambiental, conforme estabelece a legislação anteriormente citada. observa-se ainda que a lei federal nº 6.938/81, define em seu artigo 3º, Inciso III, que:

Poluição é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indireta:

- a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;
- d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;
- e) lancem matéria ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. (BRASIL, 1981).

Há de se considerar, portanto, que não há separação entre o processo de licenciamento ambiental de atividades produtivas e os impactos daí decorrentes, dado que a finalidade do licenciamento é de averiguar o enquadramento da atividade produtiva aos parâmetros estabelecidos na legislação em vigor.

2.3 SISTEMÁTICA DO PROCESSO DE LICENCIAMENTO AMBIENTAL

Conforme exposto anteriormente, a lei federal nº 6.938/81 estabelece o sistema tríplice de licenças, as quais são definidas a seguir: Licença Prévia (LP): definida no inciso I do art. 8º da resolução CONAMA 237/97, nos seguintes termos:

Concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação (BRASIL, 1981).

Licença de Instalação (LI): definida no inciso II do art. 8º da Resolução CONAMA 237/97, da seguinte forma:

Autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante (BRASIL, 1981).

Licença de Operação (LO): definida no inciso III do art. 8º da Resolução CONAMA 237/97, *in verbis*: “autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para operação” (BRASIL, 1981).

Trazendo essa discussão para o âmbito local, verifica-se que, além dos tipos de licenças estabelecidas pela lei federal nº 6.938/81, acima descritas, a lei do Estado da Paraíba nº 6.757/99, bem como a lei do Município de João Pessoa nº 029/2002, ainda exigem, quando necessário as seguintes licenças:

Licença de Localização (LL): requerida pelo proponente do empreendimento ou atividade, para verificação de adequação aos critérios do zoneamento ambiental do Município.

Licença Simplificada (LS): será concedida para localização, implantação e operação do empreendimento ou atividades exclusivamente de porte micro ou pequeno, dependendo da atividade.

Licença de Alteração (LA): concedida á existência e validade da licença de operação (LO) autoriza a ampliação ou alteração do empreendimento ou atividade, obedecendo obrigatoriamente a compatibilidade do processo de licenciamento com

suas etapas e instrumentos de planejamento, implantação e operação (roteiros de caracterização, plantas, normas, memoriais, portarias de lavra etc.).

Autorização Ambiental (AA): será concedida para estabelecer as condições de realização ou operação de empreendimentos, atividades, pesquisas e serviços de caráter temporário ou para execução de obras que não caracterizem instalações permanentes, será exigida a licença ambiental correspondente em substituição à autorização expedida.

Vale salientar que os estabelecimentos ou atividades passíveis de licenciamento ambiental estão listados no Anexo I da Resolução CONAMA nº237/97. Entretanto, deve ser dito que, tal listagem não é exaustiva, podendo ser exigido dos órgãos competentes o licenciamento de outras atividades consideradas potencialmente poluidoras.

As licenças ambientais podem ser expedidas de modo independente ou consecutivo, sempre se levando em conta a natureza, as características e a fase do empreendimento ou atividade. Nas licenças expedidas são estabelecidas condicionantes e medidas de controle e adequação. Também possuem prazos de validade diferenciados, estabelecidos pelo órgão ambiental competente, segundo art. 18 da Resolução anteriormente tratada.

3 RELAÇÃO DO LICENCIAMENTO COM A AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL

Conforme estabelece a Resolução CONAMA nº001 de 23 de janeiro de 1986, considera-se como impacto ambiental:

Qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam:

I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

II – as atividades sociais e econômicas;

III – a biota;

IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente;

V – a qualidade dos recursos ambientais (JUNGSTEDT, 2002, p.268)

Juridicamente, o conceito de impacto ambiental refere-se exclusivamente aos efeitos da ação humana sobre o meio ambiente. Essa observação é importante porque, no trato da relação entre o licenciamento ambiental e a avaliação de impacto ambiental, deve-se levar em conta a seguinte observação: os empreendimentos ou

atividades consideradas efetivas ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente são obrigados a apresentar o Estudo de Impacto Ambiental - EIA e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, como exigência do processo de licenciamento.

O EIA, compreende o levantamento da literatura científica e legal pertinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a própria redação do relatório. O RIMA objetiva, numa linguagem mais simples, apresentar as vantagens e conseqüências ambientais do empreendimento, refletindo as conclusões do EIA.

Considerados como instrumentos de suma importância da política nacional do meio ambiente, o EIA/RIMA, são exigidos previamente pelo órgão licenciador para a concessão da licença ambiental. É oportuno enfatizar que a competência da exigência do EIA/RIMA, foi delegada aos órgãos ambientais com a edição da Resolução CONAMA 237. Dentre os outros documentos requeridos para o processo de licenciamento ambiental, destacam-se os seguintes:

Plano de Controle Ambiental (PCA) que é exigido pela Resolução CONAMA 009/90 para a concessão de Licença de Instalação (LI) de atividade de extração mineral de todas as classes previstas no Decreto-Lei 227/67. Saliente-se a pertinência da seguinte observação: O PCA é uma exigência adicional ao EIA/RIMA apresentado na fase anterior (Licença Prévia - LP). O PCA tem sido exigido por alguns órgãos estaduais de meio ambiente também para o licenciamento de outros tipos de atividade.

Relatório de Controle Ambiental (RCA) que é exigido pela Resolução CONAMA 010/90, na hipótese de dispensa do EIA/RIMA, para a obtenção de Licença Prévia (LP) de atividade de extração mineral da Classe II, prevista no Decreto-Lei 227/67. Deve ser elaborado de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo órgão ambiental competente. O RCA tem sido exigido por alguns órgãos de meio ambiente também para o licenciamento de outros tipos de atividade.

Plano de Recuperação de Áreas Degradadas (PRAD) que tem sido utilizado para a recomposição de áreas degradadas pela atividade de mineração. É elaborado de acordo com as diretrizes fixadas pela NBR 13030, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), e outras normas pertinentes. Não há diretrizes para outros tipos de atividade.

Deve ser dito que, as licenças concedidas são intransferíveis e não geram direito adquiridos. O art. 19 da resolução CONAMA 237/97 prevê possibilidade de o

órgão ambiental competente, modificar os condicionantes e medidas de controle e adequação estabelecidos, bem como suspender ou invalidar a licença, quando ocorrer transgressão ou inadequação de quaisquer condicionantes ou normas legais, ou mesmo, falsa descrição de informações.

A Constituição Federal atualmente em vigor, ao inserir os municípios como parte integrante e autônoma da república, descentralizou a administração, equilibrou a federação e fortaleceu a democracia, conferiu aos Municípios o poder de auto governarem-se e organizarem-se através de Lei Orgânica, dotando-os de competência e, desta forma, passando a serem capazes de legislar sobre assuntos de interesse local, tornando-se uma terceira esfera de poder, inclusive suplementando as legislações federal e estadual quando competir.

Isso posto, no tocante à tutela do meio ambiente não é diferente a Constituição Federal *in verbis* diz: “juntamente com a União, Estados e Distrito Federal, devem os Municípios agir para proteger o meio ambiente, combater a poluição e preservar as florestas, a fauna e a flora” (artigo 23, incisos VI e VII da CF, BRASIL, 1988).

Nessa linha de pensamento Miralé (2004, p.348) apresenta conclusões indicativas de que:

O quadro de competência desenhado pela Constituição Federal discriminou as atribuições conferidas a cada ente federado, com ênfase no que se convencionou chamar de *federalismo cooperativo*, já que boa parte da matéria relativo a proteção do meio ambiente pode ser disciplinada a um só tempo pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Com a autonomia conferida aos municípios, garantiu-se um avanço significativo no que concerne à gestão ambiental; uma vez que os órgãos e instituições foram dotados de maior liberdade e responsabilidade para gerir os interesses locais, no tocante aos impactos ambientais decorrentes do licenciamento de atividades produtivas.

Desta forma, sendo o assunto de interesse local, é o município o ente competente para legislar e implementar políticas de salvaguarda ambiental. A importância desse assunto pode ser vista no argumento apresentado por Farias (2007, p.144), esclarecendo que, “com a Constituição Federal de 1988 os Municípios passaram a ter competência expressa para legislar sobre o meio ambiente, e também passaram a compartilhar com a União, os Estados e o Distrito Federal da competência para proteger o meio ambiente”.

Todavia, essa competência e autonomia estendem-se em duas partes: a de cumprimento de tarefas (competência administrativa), no qual confere ao poder público o poder de polícia; e a elaboração de leis e atos normativos (competência legislativa), poder outorgado a cada ente da federação. É fato notório que, a importância da atuação dos municípios na tutela ambiental foi internacionalmente reconhecida por ocasião da Eco 92, no documento (Agenda 21) que representa a mais abrangente tentativa de orientar um novo padrão de desenvolvimento para o século XXI, alicerçado na sustentabilidade ambiental, social e econômica.

Embora o art. 24 da Constituição Federal não mencione a competência legislativa do município em matéria ambiental, é inquestionável que, sendo o município um ente integrante da federação, autônomo e sujeito ativo da União (arts. 1.º e 18), com competência administrativa, também é competente para legislar sobre tal matéria. Portanto, não reconhecer tal competência é regredir os avanços que foram conquistados no que diz respeito à tutela do meio ambiente e enveredar para um retrocesso.

Seguindo essa linha de pensamento Milaré (2004, p.349), deixa claro que:

Levado ao pé da letra tal entendimento, chegar-se-ia ao absurdo de sustentar também que ele não tem competência para legislar sobre urbanismo, por ser de competência concorrente incluída no art. 24. É óbvio que, para cumprir tal missão, há que poder legislar sobre a matéria. Acrescenta-se, ademais, que a Constituição Federal, entre as inúmeras competências conferidas, entregou-lhes a de, em seu território, legislar supletivamente à União e aos Estados sobre proteção do meio ambiente.

Faz-se oportuno ainda enfatizar que, no tocante ao licenciamento ambiental que, recebeu status de “instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente”, com a criação da Lei nº 6.938/81, também passa a ser descentralizado e disciplinado pelos três níveis de governo, de acordo com o impacto causado, se a nível nacional, estadual ou local.

Acrescente-se ainda que, com a criação da Resolução CONAMA 237, buscou-se dar organicidade e uniformidade ao sistema de licenciamento ambiental, ao mesmo tempo em que, objetivou-se dirimir conflitos de atribuições, fazendo referência à competência dos municípios, em seu art. 6º “compete ao órgão municipal o Licenciamento de empreendimentos e atividades causadoras de impactos ambientais locais e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado” (BRASIL, 1997).

É importante registrar que, no tocante as questões relativas aos impactos

ambientais, além dos estudos de impacto ambiental, solicitado pelo órgão licenciador, seja ele federal, estadual ou municipal, poderá ser necessário a realização de audiências públicas, dependendo da regulamentação pertinente e do tipo de atividade a ser explorada, ou do local onde a atividade será implantada.

O conceito mais importante para relacionar o licenciamento com a avaliação dos impactos ambientais é o conceito de sustentabilidade, pois conforme expõe Nalini (2003), o EIA é uma ferramenta essencial para essa finalidade, por se situar na esfera da prevenção, ou seja, seu objetivo é de impedir que projetos, aparentemente inofensivos e atraentes, sob o ângulo econômico, sejam aprovados, implementados, e venham a produzir resultados nefastos ao meio ambiente.

Nesse sentido, é que se destaca a importância da condução do processo de licenciamento ambiental, na aplicação de todos os meios de estudo e análise disponível para evitar danos ao meio ambiente, colocando em prática a tutela protetiva que lhe cabe, por dever legal. O conceito de sustentabilidade, por sua vez, serve de elemento balizador das decisões envolvendo o licenciamento ambiental, em face das medidas que articulam uma relação, em bases saudáveis do meio ambiente com a atividade produtiva, objeto do licenciamento.

Nesse sentido, o artigo 225 da Constituição em vigor, aliado aos condicionantes da Política Nacional de Meio Ambiente, são bastante esclarecedores, pois eles determinam a necessidade de estudos de impacto ambiental para toda atividade potencialmente causadora de dano ambiental. O grande avanço que se tem constatado é que, muitas obras foram embargadas por não terem relatório de impacto ambiental, outras foram modificadas para adequar-se aos padrões legais exigidos, algumas sequer saíram do papel pela falta de condições no atendimento das exigências ambientais requeridas para sua implementação.

O próprio conceito de desenvolvimento sustentável está sendo aplicado para que possa viabilizar um controle mais efetivo do meio ambiente, na definição de prioridades e na criação de uma consciência ambiental preservacionista, que tem no licenciamento ambiental um aliado importante, tendo em vista a busca de um equilíbrio aceitável entre a eficiência econômica e a proteção ao meio ambiente.

Assim, tanto o licenciamento quanto à avaliação de impacto ambiental, configuram-se como instrumentos cuja contribuição é inquestionável para a ampliação e aprofundamento da compreensão das questões ambientais que se tornam, a cada dia mais relevante para a ação da sociedade e do Poder Público na busca de sua

defesa.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível observar, no decorrer desse estudo, o processo de licenciamento ambiental se configura como sendo um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente que tem por objetivos: o regulamento e o ordenamento das atividades humanas sobre o meio ambiente; garantir a utilização dos recursos naturais de forma racional e o direito das atuais e futuras gerações de habitar em um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Na prática, o que se verifica é que esse processo deve ser conduzido, na perspectiva de assegurar a conservação e utilização correta dos recursos naturais; bem como de minimizar os impactos ambientais gerados pelo atual modo de produção. Em outras palavras, o licenciamento ambiental deve ser visto não apenas como mero processo burocrático, e sim, na perspectiva de superação do quadro de degradação do meio ambiente que a exploração capitalista sempre vislumbra com alguns projetos que executa.

Isso deve ocorrer, através da atuação dos órgãos gestores e fiscalizadores do meio ambiente, no qual estão inclusos tanto o processo de licenciamento, em si, quanto à observância da necessidade de estabelecer estudos de impacto ambiental, para avaliação da concessão, ou não, das respectivas licenças correspondentes, conforme foi exposto anteriormente nesse estudo.

Também é pertinente registrar que, as avaliações de impactos ambientais, configuram-se como ferramentas de gestão do meio ambiente, em bases sustentáveis, sobretudo diante da constatação de que, atualmente, compreende-se que a crise ambiental que vivemos é reflexo e, também, resultado, do uso indiscriminado e irracional, que foi feito ao longo dos anos dos recursos naturais.

Adverte-se, entretanto, que, para minimizar essa problemática ambiental, decorrente do próprio modelo de crescimento das atividades produtivas, se faz necessário repensar o crescimento econômico, buscando fórmulas alternativas, como o desenvolvimento sustentável, cuja característica principal consiste na possível e desejável conciliação entre o desenvolvimento, a preservação do meio ambiente e a melhoria da qualidade de vida, sem comprometer a capacidade das gerações futuras proverem à satisfação de suas próprias necessidades.

É dando assim ênfase ao processo de licenciamento ambiental, que se atingirá esse objetivo, pois o meio ambiente sozinho é uma entidade indefesa, inerme, incapaz de uma reação imediata. Valendo-se dos instrumentos pertinentes, no caso, a Avaliação de Impactos Ambientais, cujos instrumentos principais são o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental, o licenciamento ambiental, cumpre um importante papel de evitar que atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente sejam implementadas.

Outro ponto que merece destaque é a realização de audiências públicas para o trato de questões de grande impacto, pois isso é um indicador revelador de cidadania ambiental, aspecto esse que demonstra que não está havendo negligência para com as questões ambientais, nem para com os impactos que as atividades produtivas podem causar, nos respectivos locais onde são implantadas.

Para resumir, pode-se afirmar que a avaliação de impacto ambiental é atividade inerente ao processo de licenciamento ambiental, fazendo-se a ressalva de que, nem todas as atividades licenciáveis, requerem tal avaliação, ou seja, consoante a Resolução CONAMA nº237/97, apenas os empreendimentos que contam no anexo I da referida Resolução, estão sujeitos ao licenciamento ambiental.

Além disso, o grau de exigência atribuído ao licenciamento é de competência de cada órgão específico, considerando as particularidades e os riscos envolvidos na atividade que está pleiteando a respectiva licença. Tal observação leva em conta o tipo de atividade que está sendo licenciado, a exemplo daquelas que exigem a apresentação de PCA, RCA ou de PRAD, conforme foi citado anteriormente nesse estudo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 out. 2010.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 5 out. 2010.

_____. **Resolução CONAMA nº 237 de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre conceitos, sujeição, e procedimento para obtenção de Licenciamento Ambiental, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95982>>. Acesso em: 5 out. 2010.

_____. **Resolução CONAMA nº 1 de 23 de janeiro de 1986.** Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=95508>>. Acesso em: 5 out. 2010.

FARIAS, Talden. **Direito ambiental:** tópicos especiais. João Pessoa: Universitária, 2007.

JOÃO PESSOA. **Lei Complementar 29, de 5 agosto de 2002.** Institui o Código de Meio Ambiente do Município de João Pessoa e dispõe sobre o Sistema Municipal de Meio Ambiente - SISMUMA. Disponível em: <http://www.joaopessoa.pb.gov.br/legislacao/lei-complementar-29-de-agosto-de-2002-codigo-de-meio-ambiente/>. Acesso em 5 out. 2010.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro. **Direito ambiental:** legislação. 2.ed. Rio de Janeiro: Tex, 2002.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política ambiental:** busca de efetividade de seus instrumentos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRALÉ, Edis. **Direito do ambiente:** doutrina, jurisprudência, glossário. 3 Ed. Ver. atual. E ampl. – São Paulo: Revistas dos tribunais, 2004.

NALINI, Renato. Justiça: aliada eficaz da natureza. *In: Meio ambiente no século XXI.* 2.ed. Rio de Janeiro: Sextante, 2002.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **O licenciamento ambiental.** São Paulo: Iglu, 1998.

PARAÍBA. Lei nº 6.757, de 08 de julho de 1999. Dispõe sobre a transformação da Superintendência de Administração do Meio Ambiente – SUDEMA, em AUTARQUIA, altera-se a Lei n.º 4.335/81 e dá outras providências. **Diário Oficial do Estado da Paraíba** n.º 11.210, de 09 de julho de 1999.

SILVA, Sánchez, Solange S. **Cidadania ambiental:** novos direitos no Brasil. São Paulo: Humanitas / FFLCH / USP, 2000.

WAINE, Anna Helen. **Legislação ambiental brasileira:** subsídio para a História do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

A EXPLORAÇÃO MINERAL E MEIO AMBIENTE

MINERAL EXPLORATION AND THE ENVIRONMENT

MARIA DO SOCORRO DA SILVA MENEZES*

ARYADNE THAÍS DA SILVA MENEZES**

RESUMO

Trata-se de estudo de natureza bibliográfica contendo abordagem voltada para o entendimento dos principais aspectos envolvendo a exploração mineral e o meio ambiente, elaborado mediante aplicação do método dedutivo de análise na demonstração dos aspectos referentes ao que trata a legislação pertinente ao tema. O argumento desenvolvido engloba os seguintes aspectos: os regimes de aproveitamento mineral, classificação das jazidas, necessidade do licenciamento ambiental para exploração mineral, estudos de impacto ambiental e atividades de mineração, o dever de recuperar o meio ambiente degradado pela exploração mineral, finalizando com o tratamento da legislação estadual para exploração mineral e a questão ambiental, através dos quais buscou-se demonstrar os principais conteúdos teóricos indispensáveis ao entendimento da matéria, sendo este conteúdo essencial na atuação da aplicação do direito ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Exploração Mineral. Direito Ambiental. Jazidas. Licenciamento Ambiental.

ABSTRACT

This is a study of a bibliographical nature containing an approach aimed at understanding the main aspects involving mineral exploration and the environment, prepared by applying the deductive method of analysis in the demonstration of aspects related to what the legislation pertaining to the subject deals with. The argument developed encompasses the following aspects: mineral exploitation regimes, classification of deposits, need for environmental licensing for mineral exploration, environmental impact studies and mining activities, the duty to recover the environment degraded by mineral exploration, ending with the treatment of state legislation for mineral exploration and the environmental issue, through which we sought to demonstrate the main theoretical contents essential to the understanding of the matter, this content being essential in the performance of the application of environmental law.

KEYWORDS: Mineral Exploration. Environmental Law. Deposits. Environmental Licensing.

* Mestre em economia pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB. Especialista em direito ambiental pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas. Bacharel em ciências econômicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB. Licenciada em pedagogia pelo Centro Universitário de João Pessoa- UNIPÊ. Professora do curso de graduação e de pós-graduação em direito da Faculdade de Ensino Superior da Paraíba – Fesp. E-mail: socorromenezes@gmail.com.

** Especialista em direito administrativo e gestão pública pelas Faculdades Integradas de Patos/Fundação Francisco Mascarenhas. Bacharel em ciências da computação pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Bacharel em direito pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba - Fesp. Advogada. Assessora Jurídica da PROJUR/SUDEMA/PB. Email: aryadne.menezes@gmail.com.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Os estudos sobre a legislação ambiental situam a problemática da exploração mineral no contexto da defesa do meio ambiente, dada a exploração crescente e insustentável dos recursos naturais como um dos fatores ligados à produção e ao comprometimento das condições do meio ambiente, no que se refere à sua característica de ambiente ecologicamente equilibrado e sadio.

A esse respeito vale citar os trabalhos de Paulo Affonso Leme MACHADO, Direito ambiental brasileiro (2013), de Marcelo Gomes de SOUZA, Direito minerário e meio ambiente (1995), de William FREIRE, Comentários ao Código de Mineração (1996), de Celso Antônio Pacheco FIORILLO e Marcelo Abelha RODRIGUES, Manual de direito ambiental e legislação aplicável (1997) e de Toshio MUKAI, Direito ambiental sistematizado (2015). Outros autores que consultamos dedicam-se bem mais a analisar a legislação aplicável aos danos causados ao meio ambiente, os quais são, dependendo da gravidade com que se apresentam, são considerados como crimes ambientais.

Trata-se de observação importante, sob a ótica do objetivo desse estudo que se debruça sobre a legislação pátria envolvendo duas vertentes: a exploração minerária como atividade econômica e o meio ambiente que sofre degradação em face da natureza da própria atividade. Elaborado a partir de pesquisa bibliográfica e método dedutivo de análise, o referido estudo não pretende esgotar a abordagem em torno do tema, mas possui a pretensão de chamar atenção para sua importância entre os estudiosos do direito ambiental.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO ESTUDO

Esse enfoque da questão ambiental relacionado à exploração mineral com enfoque de atividade econômica tem o seu sistema de atribuição de direitos previstos na Constituição Federal em vigor. Nesse sentido, o Título VII que trata da Ordem Econômica e Financeira, no seu capítulo I ao estabelecer os Princípios Gerais da Atividade Econômica, mais precisamente, no artigo 170, o qual reza que: a “ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social,

observados os seguintes princípios: (...) VI – na defesa do meio ambiente” (BRASIL, 1988).

Nesse mesmo capítulo, o art. 174 da Constituição Federal estabelece a função do Estado no tocante à defesa do meio ambiente, a qual é anunciada nos seguintes termos:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

(...)

§3º - O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros (BRASIL, 1988).

Esse enfoque dado à temática da questão ambiental situa o problema frente ao desenvolvimento sustentável, carecendo, portanto, de uma regulamentação para a sua exploração em bases racionais, de forma a garantir o equilíbrio ecológico do meio ambiente. A ideia de desenvolvimento sustentável tem como base à “satisfação das necessidades presentes sem prejuízo da capacidade de as futuras gerações proverem as suas próprias necessidades”. (SOUZA, 1995, p.24)

Entendendo que o uso irracional dos recursos ambientais pode vir a prejudicar toda a vida da terra, fez-se necessário à organização de movimentos preocupados com o trato dessa questão. O marco histórico do surgimento desses movimentos foi a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo em 1972. Este evento foi considerado de grande importância por ter lançado as ideias básicas que vem servindo para alterar o modelo de desenvolvimento econômico até então adotado em todo o mundo e que não se preocupava com a questão do meio ambiente.

A ideia de desenvolvimento sustentável foi tratada com maior profundidade na conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, em 1992. Nesse evento, que contou com a participação de 170 países, foi elaborada a Declaração de Princípios da Conferência Internacional Rio/92, onde está contemplada a questão do uso racional de todos os recursos ambientais.

Ocorre que a questão ambiental na Constituição Federal atual é tratada como um bem jurídico público, de uso comum do povo, razão pela qual a sua utilização e

exploração são asseguradas pelo poder de polícia do Estado que é o instituto jurídico por meio do qual a Administração Pública detém o poder de disciplina e punir o mau uso. No título VIII que trata da ordem social, a Constituição Federal de 1988, dedica o capítulo VI ao trato do meio ambiente. No parágrafo primeiro do artigo 225 definem-se as atribuições do poder público no sentido de garantir tais direitos, com destaque para dois incisos:

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.

(...);

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

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente (BRASIL, 1988).

Entendemos que os aspectos aqui destacados são de grande importância no sistema de atribuições de direitos para o controle e punição do uso indevido ou comprometedor dos recursos ambientais, sobretudo àqueles elementos causadores de degradação ao meio ambiente. O argumento aqui apresentado nos serviu de motivação para empreendermos um estudo mais aprofundado em torno da exploração mineral e a legislação ambiental no Brasil. Este é o objetivo que pretendemos atingir com a elaboração deste trabalho que ora apresentamos.

3 A EXPLORAÇÃO MINERAL E MEIO AMBIENTE

Para o trato da relação existente entre a exploração mineral e o meio ambiente, tomamos como suposição básica a observação de que é necessário criar instrumentos jurídicos sob as bases legais que garantam o direito de todos a viverem em um ambiente sadio. A proteção ambiental é uma obrigação do Estado, garantida pela Constituição Federal que tem a incumbência de:

1. Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais;
2. prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;
3. preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país;
4. fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

5. definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei;
6. exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou a realização de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente;
7. controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnica, método e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;
8. promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino;
9. promover a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;
10. proteger fauna e flora, vedadas as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade;
11. exigir que as usinas que operem com reator nuclear tenham sua localização e instalação definidas em lei. (MACHADO, 1998, p.21)

O tratamento dado pela Constituição Federal em seu art. 225, ao tema da preservação ambiental, por si só, não é suficiente para operar a conservação e a recuperação do meio ambiente, razão pela qual faz-se necessário uma análise mais profunda do regime de aproveitamento mineral, de classificação das jazidas, do licenciamento, dos estudos de impacto ambiental e do dever de recuperar o meio ambiente que eventualmente venha a ser degradado pela exploração ambiental que são assuntos tratados nessa parte de nosso trabalho (FIORILLO, 2013).

3.1. OS REGIMES DE APROVEITAMENTO MINERAL

Partindo do pressuposto de que a atividade mineral é uma das atividades econômicas mais polêmicas, em razão dos impactos ambientais, que a sua exploração é capaz de produzir para o meio ambiente. A legislação que trata da mineração e seus reflexos sobre o meio ambiente estabelece que a extração mineral deve seguir os seguintes padrões básicos: jazida, mina, lavra e garimpo.

a) *Jazida*

O código de Minas no seu art. 4º estabelece a definição para o que pode ser considerado uma jazida. Reza o referido artigo:

Art. 4º - Considera-se jazida toda massa individualizada de substância mineral ou fóssil, aflorando à superfície ou existente no interior da terra, e que tenha valor econômico; e mina, a jazida em lavra, ainda que suspensa. (ANTUNES, 2013, p. 285)

Em termos científicos uma jazida é um depósito natural de grande concentração de minerais encontrada em determinados pontos do globo terrestre. Como exemplos de jazidas podemos citar todos os depósitos de substâncias minerais de origem natural, a exemplo daquelas de origem orgânica como carvão, petróleo, calcário e outras.

b) *Mina*

Observa-se que quando a jazida passa a ser explorada então ela passa a receber a denominação de mina. Guerra (1993, p. 290, apud ANTUNES, 2013, p. 285) define mina como “depósito mineral (jazida) em exploração pelo homem. Um pegmatito decomposto e inexplorado é uma jazida; o mesmo em estado de exploração, com galerias, escavadeiras, etc., é uma mina”. Dessa forma, a mina engloba toda parte de edificações e instalações necessárias ao desenvolvimento dos trabalhos que devem se desenvolver na lavra.

c) *Lavra*

A lavra é a exploração econômica de uma jazida e envolve todas as operações necessárias à sua exploração e ao seu beneficiamento. Sua definição, nos termos jurídicos, é encontrada no art. 36 do Código de Minas que assim a conceitua:

Entende-se por lavra, o conjunto de operações coordenadas objetivando o aproveitamento industrial da jazida, desde a extração das substâncias minerais úteis que contiver, até o beneficiamento das mesmas. (ANTUNES, 2013, p. 286)

Na definição supracitada está presente o objetivo de aproveitar industrialmente uma jazida, corroborando o entendimento de que a lavra mineral é um processo de interferência econômica sobre o meio ambiente, abrangendo desde a extração até os processos utilizados para realizar o beneficiamento do minério, tendo seu conceito foi positivado no art. 36, do Código de Mineração, partindo da extração até a última etapa do beneficiamento.

d) *Garimpo*

A garimpagem ou lavra garimpeira é uma atividade bastante polêmica não só por ser altamente degradadora do meio ambiente, mas também por apresentar riscos à saúde dos próprios garimpeiros e das populações indígenas que habitam nas áreas onde a lavra é instalada. Segundo Machado (2013, p.564) a garimpagem “é a atividade de aproveitamento de substâncias minerais garimpáveis, executadas no interior de áreas estabelecidas para este fim”. (Art. 10 da Lei n ° 7.805/89)

3.2 CLASSIFICAÇÃO DAS JAZIDAS MINERAIS

O Código de Mineração no, Decreto-Lei n ° 227/67, seu art. 5º estabelece a classificação das jazidas minerais em nove classes. A classe II, objeto de estudo nesta pesquisa congrega as “jazidas de substâncias minerais de emprego imediato na construção civil” (FREIRE, 1996, p. 28)

Essa classificação das jazidas permite agrupar os minerais segundo as características existentes em cada classe. A Lei n ° 8.982/95 determina que os minerais pertencentes à classe II abrange

- a) Areias, cascalhos e saibros para utilização imediata na construção civil, no preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem como matéria-prima à indústria de transformação;
- b) rochas e outras substâncias minerais, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, mourões e afins;
- c) argilas usadas no fabrico de cerâmica vermelha;
- d) rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivo de solo na agricultura. (FREIRE, 1996, p. 29)

Nesse sentido, há de se considerar que a transformação do recurso mineral inerte em benefícios econômicos e sociais demanda uma atividade de risco, investimentos vultosos com longo prazo de maturação, causando prejuízos ao meio ambiente em decorrência da não observância dos requisitos exigidos pela legislação ambiental para sua exploração (MUKAI, 2014).

Oportuno enfatizar que, além da rigidez locacional, que obriga o exercício da atividade extrativa onde a natureza colocou o depósito mineral, os riscos dessa atividade superam muito os riscos das demais atividades produtivas, razão pela qual há necessidade de normas especiais que regulamentem a atividade e tornem seguras as relações jurídicas, bem como mais atrativos os investimentos decorrentes da

atividade em si. Isso motivou a inserção do argumento voltado para a necessidade do licenciamento ambiental dessa exploração.

3.3 NECESSIDADE DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL PARA EXPLORAÇÃO MINERAL

Tomamos como referência que o licenciamento ambiental para a exploração mineral é o “consentimento da união a particular para lavra de minerais que tenham utilização imediata na construção civil”. (FREIRE, 1996, p. 139). Observa-se, portanto, que esse regime de licenciamento é estabelecido para os minerais da classe II, objeto de análise nessa pesquisa.

Para obter o licenciamento que lhe permite explorar em regime mercantil, ou seja, em escala comercial os minerais pertencentes à classe II, faz necessário que o interessado preencha os seguintes requisitos: quando apresentar o formulário padronizado a DNPM:

- a) Caso seja pessoa física, indicação de nacionalidade brasileira e endereço do interessado, caso seja pessoa jurídica, indicação do nome ou da razão social, sede, endereço, número de registro na Junta Comercial e do C.G.C.;
- b) Indicação do uso da substância licenciada, com sua área em hectares, e localização no município ou Estado;
- c) Licença específica expedida pelo Município onde está localizada a jazida;
- d) Que o requerente seja proprietário do solo em que o interessado tenha sua autorização para a exploração mineral requerida;
- e) Prova de recolhimento de emolumentos;
- f) Consentimento do Ministério da Marinha, se for o caso;
- g) Planta de detalhamento envolvendo os principais elementos que permitam o reconhecimento da área;
- h) Planta de localização da área;
- i) Memorial descritivo dos elementos que trata a letra “g”;
- l) Procuração, se o pedido não puder ser feito pelo próprio requerente;
- m) Indicação do nº do CREA do responsável pela elaboração do memorial descritivo, o respectivo visto do CREA.

Os minerais agrupados na Classe II podem ser aproveitados pelo regime de licenciamento ou de autorização e concessão. Convém, entretanto, destacar que para

a exploração desses minerais pertencentes a Classe II torna-se dispensável a elaboração dos Estudos de Impacto Ambiental (EIA) segundo determinação da Resolução n^o 009/90 do CONAMA, essa dispensa do EIA/RIMA, não é automática, pois necessita de motivação do órgão ambiental.

É importante também salientar que o licenciamento ambiental ocorre em três fases. A primeira é a Licença Prévia (LP), concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação.

A segunda é a Licença de Instalação (LI), que autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes da qual constituem motivo determinante.

A última é a Licença de Operação (LO), que autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do cumprimento das licenças anteriores, com as medidas condicionantes de controle ambiental para a operação.

Embora o EIA seja dispensável para a exploração dos minerais pertencentes a Classe II, essas três modalidades de licenciamento são exigidas para toda e qualquer modalidade de exploração mineral, inclusive os da Classe II. Atualmente, o licenciamento ambiental está regulamentado no Decreto n^o 99.274/90, em seu artigo 19.

Esse licenciamento ambiental está disposto legalmente como instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinado em seu art. 10, caput, da Lei n^o 6.938/81, com o seguinte teor:

A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetivas e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrando o SISNAMA e do IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis. (MACHADO, 2013, p. 580-581)

O Decreto n^o 13.798/90 que regulamenta a Lei n^o 4.335/81 que dispõe sobre a Prevenção e Controle da Poluição Ambiental do Meio Ambiente no Estado da Paraíba estabelece “critérios e padrões de qualidade e manejo dos recursos ambientais”, (art. 3^o, inciso IV) onde não há, entretanto, na referida lei normas

específicas que tratam da exploração dos minerais Classe II. Faz referência apenas aos instrumentos de controle estadual ao estabelecer a LP (Licença Prévia), a LI (Licença de Instalação) e a LO (Licença de Operação) para exploração de atividades poluidoras.

Deve ser dito que, para efeito de obtenção do referido licenciamento que realizam atividades de extração e tratamento de minerais, como sendo estabelecimentos que realizam atividades potencialmente poluidoras (a esse respeito cf. art. 18, inciso I da referido Decreto).

3.4 ESTUDOS DE IMPACTO AMBIENTAL E ATIVIDADES DE MINERAÇÃO

A obrigatoriedade da realização de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) para as atividades de exploração mineral requer que se considere as particularidades referentes ao aproveitamento de um recurso específico que seja potencialmente causador de expressivo impacto ambiental (FIORILLO, 2013).

Esse mecanismo é importante quando se considera que a exploração de atividades minerais da classe II o EIA torna-se dispensável, pois a resolução CONAMA de n^o 10/90 estabelece a possibilidade de dispensa de apresentação do EIA por considerar que nem sempre esse tipo de atividade é potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. O art. 3^o da referida resolução estabelece que:

A critério do órgão ambiental competente, o empreendimento, em função de sua natureza, localização, porte dispensado da apresentação dos Estudos de Impacto Ambiental – EIA e respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA. (ANTUNES, 2013, p. 291)

Convém aqui esclarecer que ao ser dispensado da obrigação de apresentar o EIA/RIMA, então o requerente deve apresentar um Relatório de Controle Ambiental (RCA), o qual deve ser elaborado segundo normas e diretrizes fixadas pelo órgão ambiental. Na verdade, o EIA visa “compatibilizar a atividade econômica com a proteção ambiental sempre que o projeto de atividade mineral tiver potencial para causar impacto significativo ao meio ambiente”. (SOUZA, 1995, p.125)

O EIA, portanto, não se confunde com licenciamento ambiental, pois serve como parâmetro para verificar o nível de degradação ambiental, sendo então um

instrumento vinculado à aprovação do licenciamento ambiental para a exploração da atividade pleiteada (ANTUNES, 2013).

2.5 O DEVER DE RECUPERAR O MEIO AMBIENTE DEGRADADO PELA EXPLORAÇÃO MINERAL

O dever de recuperar o meio ambiente degradado está previsto no §2º do art. 225 da Constituição Federal, esse artigo deixa entrever que:

A responsabilidade objetiva do minerador visa à recuperação do meio ambiente degradado em decorrência do exercício de atividade legítima e regularmente autorizada, a ser realizada com a finalidade de reabilitar a área utilizada após o período em que as operações de lavra foram realizadas. (SOUZA, 1995, p. 139)

Convém aqui destacar que o aproveitamento de recursos minerais se dá por meio de concessão da União, que é um título outorgado pelo poder público, sendo matéria disciplinada pela Constituição Federal de 1988, portanto, atividade perfeitamente lícita. Dessa forma, podemos afirmar que:

O direito de minerar conferido pela União ao minerador é, pois, situação juridicamente protegida, mesmo sendo a mineração, em sua essência, atividade que causa impacto no meio ambiente, eis que promove a extração de recurso natural (ambiental). Por essa razão, consideramos absolutamente correta e louvável a decisão do constituinte de atribuir ao minerador a responsabilidade objetiva de reabilitar o meio ambiente degradado, como ônus inerente à sua atividade. (SOUZA, 1995, p. 139-140)

É de bom alvitre mencionar que a degradação é uma alteração adversa ao meio ambiente, daí a recuperação ser considerada uma atividade de compensação, haja vista que é pouco provável que as condições preexistentes antes da degradação possam vir a ser integralmente recompostas (MACHADO, 2013).

Considerando a natureza jurídica da mineração e rigorosamente falando, nem de produtos se pode chamar os minerais. O que de uma mina ou de uma pedreira se extrai, não é produto do solo: a terra não produz minério, areia ou calcário. É o próprio solo que se aliena em pedaços, corroborando assim a importância atribuída pelo direito pátrio, ao licenciamento ambiental da atividade.

3.5 O TRATAMENTO DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL PARA A EXPLORAÇÃO MINERAL E A QUESTÃO AMBIENTAL

Para controlar os problemas ambientais na Paraíba foi criada a Superintendência de Administração do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos (SUDEMA), através da Lei Estadual n^o 4.033/78. Posteriormente, a Lei 4.335/81 criou o Conselho de Proteção Ambiental (COPAM) e instituiu o Sistema Estadual de Licenciamento de Atividades Poluidoras (SELAP) com o fito de controlar a poluição ambiental no Estado.

Na Paraíba, o COPAM com o apoio da SUDEMA exerce atividades preventivas, fiscalizadoras e repressivas, no que concerne à defesa dos recursos ambientais do Estado. O SELAP, por sua vez, estabelece a normatização referente ao campo da utilização e manejo racional dos recursos ambientais com o objetivo de controlar e preservar a qualidade do meio ambiente, evitando que este seja degradado.

Quem emite o licenciamento ambiental para a exploração mineral no estado da Paraíba é a SUDEMA. Com base no Decreto Estadual n^o 13.798/90, a exploração mineral no Estado é uma atividade considerada potencialmente poluidora, conforme preceitua o art. 18, inciso I da referida lei (PARAÍBA, 1990).

Essa Lei também estabelece as penalidades sob a forma de multa impostos pelo COPAM, sendo o seu valor arbitrado de acordo com o tipo de infração, a qual está contida no art. 25 e incisos. Convém ainda observar que as multas podem ser suspensas, conforme art. 29, Decreto n^o 13.798/90 “desde que o infrator demonstre inequívoca intenção de sanar a irregularidade”. (PARAÍBA, 1990)

É importante também registrar que permanecem válidas as penalidades estabelecidas no art. 13 da Lei n^o 4.335/81 que prevê:

- I – Multa simples ou diária;
 - II – perda ou restrição de incentivos e benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público Estadual;
 - III – Perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais estaduais de crédito;
 - IV – suspensão de atividade.
- § 1^o - As multas variarão de 01 (hum) a 500 (quinhentas) UFRPBs, e serão aplicadas pelo COPAN ou por quem dele receber delegação ou competência.
- § 2^o - A forma de aplicação das penalidades e a fixação do valor das multas aplicáveis serão disciplinados no regulamento desta lei.

§ 3º - A reincidência, o manifesto, dolo, fraude ou má-fé constituem circunstâncias agravantes que elevará a multa ao grau máximo, e nos casos graves justificaram a suspensão.

§ 4º - A suspensão de instalação que contrarie a legislação sobre prevenção de controle da poluição será aplicada pelo governador do Estado por proposta do Secretário de Estado de Energia e Recursos Minerais.

§ 5º - As penalidades previstas neste artigo poderão ser aplicadas ao mesmo infrator, isolada ou conjuntamente.

Finalmente, deve ser mencionado que a fonte poluidora é obrigada, independente de culpa, a indenizar ou recuperar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, conforme reza o art. 31 do Decreto Estadual n º 13.798/90, sendo conveniente aqui lembrar a redação dada à referida norma expressa no Art. 225, §3º, Constituição Federal de 1988, estabelecendo que “as condutas consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão aos infratores, pessoas físicas ou jurídicas, as sanções penais e administrativas, independente da obrigação de reparar o dano”. (BRASIL, 1988).

Como se sabe, a norma contida no art. 225, §3º da Constituição Federal é de natureza subjetiva. Nesse caso, segundo a legislação mais recente, assinala dois aspectos:

a) A responsabilidade surge quando ocorrem os ilícitos previstos na Lei n º 9.605/98.

b) Nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade. (MUKAI, 1998, p. 83).

As penalidades estabelecidas pela Lei n º 9605/98 são da seguinte ordem:

a) Penas restritivas de direitos para pessoas físicas (art. 8º) envolvendo a prestação de serviços à comunidade, a interdição temporária de direitos, a suspensão parcial ou total de atividades, prestação pecuniária e recolhimento domiciliar;

b) Penas aplicáveis à pessoa jurídica como a multa, as restritivas de direito e prestação de serviços à comunidade;

c) Penas restritivas de direitos para pessoas jurídicas compreendendo a suspensão parcial ou total de atividades, a interdição temporária de estabelecimentos, obra ou atividade, a proibição de contratar com o Poder Público, bem como dela obter subsídios, subvenções ou doações.

Ainda com relação à Lei n º 9.605/98, o art. 55 contém as sanções penais para quem explorar atividades minerais em desacordo com a referida norma legal. Como

agravantes, tem-se a reincidência, a intenção de enriquecimento, a coação de terceiros para a prática delituosa, dentre outros, previstos no art. 15 e incisos da referida Lei. Já como atenuantes é possível identificar no art. 14 da lei aqui referenciada, aspectos como o baixo grau de instrução do agente degradador, arrependimento do infrator, comunicação do perigo de degradação eminente e colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental.

Apesar dos aspectos constitucionais já citados anteriormente, o Brasil é, certamente, um país de índole mineral, onde a diversidade de terrenos e formações geológicas lhe confere uma posição de destaque, como um dos mais importantes produtores minerais do mundo ocidental. Nesse prisma, o licenciamento ambiental para exploração mineral deve merecer atenção rigorosa por parte da administração pública nos termos da legislação pertinente, através dos órgãos ambientais competentes e de maneira articulada, a fim de que os impactos ambientais das atividades de minerais sejam adequados aos padrões permitidos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A construção teórica apresentada neste trabalho nos permite reafirmar que a norma contida no art. 225, parágrafo 3º da Constituição Federal caracteriza a responsabilidade penal e administrativa para aqueles que sejam responsabilizados por atividades degradadoras do meio ambiente. Os recursos minerais e as jazidas são de domínio da União, sendo classificados como um domínio público mineral especial com as seguintes características: é domínio originário da união; é exclusivo; alcança tanto os recursos conhecidos, quanto os desconhecidos; é imprescritível; é finito.

Insta observar que, com a exaustão da jazida, perecerá o bem e que, essa concepção constitucional, que atribui o domínio dos recursos minerais à União e, concomitantemente, outorga a propriedade do minério extraído ao particular, cria mecanismos jurídicos para assegurar o controle do Estado sobre o patrimônio mineral, definindo a quem compete o exercício da atividade mineral.

Isso reflete o interesse do Estado em garantir a soberania sobre o subsolo mineralizado e a importância da atividade privada para a produção de bens minerais. Como contrapartida, criou a Compensação Financeira pela Exploração dos Recursos Minerais (CFEM), aspecto não tratado nesse estudo mas de grande importância,

pois, foi estabelecida pela Constituição de 1988 e se trata de uma contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios, isto é, ela é uma contrapartida da empresa exploradora aos municípios, estados e União pela exploração dos minerais.

O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) administra a CFEM, baixa as normas e exerce fiscalização sobre a arrecadação da CFEM. A Lei nº 8876, de 1994, o transformou em autarquia e o dispôs de tais funções. Assim é feita a cobrança da Compensação Financeira, que é devida por quem exerce atividade de mineração em decorrência da exploração ou extração de recursos minerais.

Assim sendo, fica evidenciado que dentro de uma vasta legislação ambiental Federal e Estadual, incluindo-se nesse universo também as Regulamentações e Resoluções do CONAMA, com o crescimento da mineração e impactos significativos a dimensão ambiental deve ser internalizada pelos setores para que o desenvolvimento econômico e social brasileiro seja compatível com a preservação do meio ambiente, até porque a tendência atual é que o tratamento do problema ambiental passe a ser, também, uma exigência de mercado, no processo de globalização da economia.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de Direito ambiental e legislação aplicável**. 2. ed., São Paulo: Max Limonad, 1999.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE, William. **Comentários ao código de mineração – atualizada até 28/02/96, já incorporando os textos da Lei 8.982, de 24/01/95 e Emenda Constitucional 06, de 16/08/95**. 2.ed., Rio de Janeiro: Aide, 1996.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental**. Rio de Janeiro: alheiros, 1994.

_____. **Direito Ambiental Brasileiro**. rev. atual. e ampl. de acordo com as Leis nº 9.433/97 e 9.605/98. 21.ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 9. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

PARAÍBA (Estado). **Decreto nº 13.798, de 26 de dezembro de 1990**. Regulamenta a Lei N.º 4.335, de 18 de dezembro de 1981, que Dispõe sobre a prevenção e controle da poluição ambiental, estabelece normas disciplinadora da espécie dá outras providências. Disponível em:

<http://sudema.pb.gov.br/consultas/downloads/arquivoscopam/dec_13798_1990_regulamenta_a_lei_n-_4-335.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

_____. **Lei nº 4.335 de 16 de dezembro de 1981**. Dispõe sobre Prevenção e Controle da Poluição Ambiental e estabelece normas disciplinadoras da espécie. Disponível em:

<sudema.pb.gov.br/consultas/downloads/arquivoscopam/lei_4335_1981_dispoe_sobre_prevencao_e_controle_da_poluicao_ambiental_e_estabelece_normas_disciplinadoras_da_especie.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2014.

SOUZA, Marcelo Gomes de. **Direito minerário e meio ambiente**. Belo Horizonte: MG, Del Rey, 1995.

VENTURA, Wanderlei José. Sel., comp., coment. e notas remissivas. **Legislação federal sobre o meio ambiente – leis, decretos, portarias, resoluções atualizadas, para uso prático e imediato**. Taubaté, SP: Vana, 1992.

TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO: ESTUDO DA INFLUÊNCIA NO ENSINO-APRENDIZAGEM

INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGY: STUDY OF INFLUENCE IN TEACHING-LEARNING

WAIWELL JONATHAN DA SILVA VICENTE*

RESUMO

Tendo por objetivo estudar a influência da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC's) no processo de ensino-aprendizagem, diante das demandas da sociedade da informação, esse trabalho elaborado com base na metodologia aplicada a pesquisa bibliográfica e ao estudo exploratório apresenta uma abordagem conceitual englobando a definição de tecnologia da informação, de virtualização e de realidade virtual para introduzir o papel da educação nesse contexto enfatizando atuação do professor na condução do processo ensino-aprendizagem. Trata também dos componentes básicos envolvidos pelas TIC's destacando a forma como os alunos são atingidos pelas as mesmas, a necessidade de formação do professor para desenvolver essa competência e o novo papel que deve ser assumido pela escola *on line*. Na conclusão é apresentada uma breve síntese dos pontos enfatizados levando em consideração os objetivos do estudo os quais permitem admitir que a influência principal das TIC's no processo de ensino-aprendizagem decorre das possibilidades de simulação e integração do aluno com o conteúdo que está sendo estudado.

PALAVRAS CHAVE: Tecnologia da Informação e da Comunicação. Ensino-Aprendizagem. Interação.

ABSTRACT

In order to study the influence of Information and Communication Technology (ICTs) in the teaching-learning process, given the demands of the information society, this work, based on the methodology applied to bibliographic research and exploratory study, presents a conceptual approach encompassing the definition of information technology, virtualization and virtual reality to introduce the role of education in this context emphasizing the role of the teacher in the conduct of the teaching-learning process. It also deals with the basic components involved in ICTs, highlighting how students are affected by them, the need for teacher training to develop this competence, and the new role that must be assumed by the online school. In the conclusion, we present a brief summary of the points emphasized taking into account the objectives of the study which allow us to admit that the main influence of the ICT in the teaching-learning process stems from the possibilities of simulation and integration of the student with the content being studied.

KEY WORDS: Information and Communication Technology. Teaching-Learning.

* Possui Graduação em Geografia pelo Centro Universitário de João Pessoa, Pós-Graduação em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade de Enfermagem e Medicina Nova Esperança e também possui Pós-Graduação em Gestão e Planejamento em Ensino Aprendizagem pelo Centro Universitário de João Pessoa. Possui experiência na área de Educação, com ênfase em Ensino-Aprendizagem, atuando principalmente nos seguintes temas: Geografia Fundamental, Educação de Jovens e Adultos e Gestão Empresarial. Email: waiwell1@hotmail.com

Interaction.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este trabalho focaliza como eixo temático a influência da Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC's), no processo ensino-aprendizagem procurando contextualizar o assunto a partir de sua base conceitual enfatizando a sua importância na sedimentação do conhecimento mediante a aplicação de métodos e técnicas indicadas para cada situação de aprendizagem, tendo em vista os objetivos previamente definidos em cada disciplina.

Inicialmente, observa-se que, a TIC's se transformou em um divisor de águas entre o ensino tradicional e o ensino moderno altamente tecnificado, inclusive com *games* para tornar a aula mais atrativa para os alunos, pois nela, podemos analisar, mediante trabalhos acadêmicos, os incluídos e os excluídos da sociedade informatizada, como característica que está se tornando predominante na sociedade atual.

É importante esclarecer que, hoje nos deparamos com um mundo globalizado onde está se exigindo uma maior qualificação profissional, com reciclagens e atualização em todas as áreas do conhecimento, tornando o mundo do trabalho cada vez mais competitivo. Isso inclui o campo da educação haja vista que o processo ensino-aprendizagem se torna mais eficaz com aplicação dessas TIC's, em função destas despertarem no educando maior interesse pelo tema tratado, inclusive com busca de aprofundamento através de pesquisas, demonstrando força de vontade por querer aprender sem que o educador busque meios de pressão para que isso aconteça.

Assim sendo, esse estudo torna-se de interesse para os profissionais que atuam na educação diante da perspectiva de visualizar o processo ensino-aprendizagem sob o prisma da tecnologia que torna o referido processo um atrativo para o educando, ao mesmo tempo em que torna o trabalho do educador mais produtivo.

Na feitura do referido estudo, utilizou-se a pesquisa bibliográfica que consistiu na busca de informações nas seguintes fontes de pesquisa: livros, periódicos, revistas especializadas e visitas a *web-sites*, nos quais foram encontrados os elementos que estruturam o seu eixo temático. Nessa perspectiva, historicamente, conforme expõem

Jackson e Ferreira (2006), observa-se que a Revolução Tecnológica trouxe uma preocupação excessiva para os diferentes segmentos da sociedade, não só pela facilidade porque transmite e recebe a informação em tempo real, como também pelos problemas que gera com o uso inadequado da mesma.

Isso está fazendo com que se busque soluções para esse problema que é global, e que “interfere no desenvolvimento socioeconômico de nações inteiras, afetando principalmente a formação do trabalhador e, conseqüentemente, a oferta de trabalho” (JACKSON; FERREIRA, 2006, p.36).

Essa observação é importante uma vez que do processo ensino-aprendizagem depende a qualidade da força de trabalho que está sendo demandada pelo mercado global, ou seja, é preciso atentar para o seguinte problema: nem todo cidadão recebe formação adequada para competir nesse mercado que se torna a cada dia mais exigente.

Também é importante situar uma outra questão de interesse desse estudo: associado a essa Revolução Tecnológica, atualmente nos deparamos com o problema da exclusão digital, que no caso do Brasil e do Nordeste em particular, a referida questão assume proporções de natureza grave, devido à negação dos direitos básicos do indivíduo como cidadão pela falta de acesso aos mecanismos da TIC que deveria lhe proporcionar uma formação compatível com as exigências do mercado de trabalho característico da sociedade da informação.

É importante que se diga o seguinte: a exclusão social, que ao ser corrigida ou sanada, segundo a maioria dos estudiosos no assunto referente à proposta da inclusão digital, seria o meio de integrar o indivíduo à modernidade, conhecida como sociedade do conhecimento, cujos mecanismos extrapola o próprio universo do indivíduo permitindo-lhe navegar no *cyberespaço*¹.

Diante do exposto, a primeira questão a ser enfatizada nesse estudo engloba o seguinte posicionamento: de que adianta o contato do indivíduo com o mundo externo, se ele não terá condições de atuar sobre ele por ser algo da exclusão digital? Faz-se oportuno observar, como complemento da questão anteriormente enunciada que, na área da educação, as Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's) tornam-se mais significativas, pois, possibilitam a comunicação do pensamento em

¹ Esse aspecto é discutido por Lévy (2005), no capítulo que trata da virtualização do saber e, portanto, deve ser consultado para maior aprofundamento sobre as simulações tendo em vista a transmissão do conhecimento.

forma de conhecimento que deve ser assimilado pelo educando na sua vida cotidiana.

Além disso, a utilização das TIC's favorece a articulação entre diversas áreas do conhecimento, servindo como suporte visual à apresentação da informação na sala de aula, possibilitando a simulação de modelos; de recurso informativo eletrônico através da consulta a enciclopédias digitais e de novas possibilidades de trabalho².

Os alunos e os professores têm à sua disposição programas de modelação e simulação, programas abertos centrados na resolução de problemas ou em atividades de investigação, estes constituem auxiliares no estudo das diferentes disciplinas, tornando-as mais interessantes, despertando no aluno o interesse em aprender e aprofundar sobre as temáticas e suas diversas aplicações, facilitando o trabalho do professor na transmissão do conhecimento que se torna mais palpável e concreto.

Do ponto de vista teórico desenvolvido por Lévy (2005), o tipo de ferramenta informática disponível é variada, classificando-se de acordo com o tipo de software que pode ser aplicado em cada campo do conhecimento. É importante frisar o seguinte: para que as TIC's tenham um resultado positivo na educação é preciso mudar a concepção de ensino centrado no professor e passar a adotar metodologia que incentive o aluno a problematizar e a buscar resultados para os seus questionamentos.

Além disso, observa-se que, o número de professores utilizadores das TIC's é ainda reduzido, sem contar que as condições nas escolas são desmotivadas e existem, ainda, várias escolas sem uma sala multimídia. Acrescente-se a isso o fato de que, os professores não recebem formação na área específica da informática de base, sendo necessário incentivar o desenvolvimento de disciplinas que alertem os alunos para a potencialidade das TIC's.

Ante ao exposto, levando em consideração o argumento desenvolvido por Lévy (2005), verifica-se que é preciso tornar a aplicação das TIC's uma rotina contínua e sistemática com objetivo de preparar o profissional da educação para exercer melhor as suas funções profissionais no sentido de contribuir com a formação direcionada a preparação de um aluno qualificado para o mercado de trabalho característico da sociedade do conhecimento.

Com base na fundamentação acima apresentada o problema de pesquisa foi direcionado para esclarecer a seguinte questão: como as TIC's podem influenciar no

² Essa é a essência do trabalho envolvendo as TIC's e os objetos de aprendizagem com simulações que fazem com que o aluno visualize os aspectos teóricos que lhe estão sendo transmitidos.

processo de ensino – aprendizagem de modo a atender a necessidade da sociedade da informação?

2 CONCEITUAÇÃO DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO (TIC's)

Na visão de Lévy (2005), as TIC's podem ser conceituadas como tecnologias e instrumentos usados para compartilhar, distribuir e reunir informação, bem como para comunicar-se umas com as outras, individualmente ou em grupo, mediante o uso de computadores e redes de computadores interconectados via Internet.

De maneira geral, a expressão TIC's é utilizada para abranger as inovações tecnológicas e a convergência de informação e comunicação, que estão transformando nosso mundo na chamada Sociedade da Informação e Conhecimento. São as chamadas “novas mídias”, caracterizadas pela confluência de diversos veículos, propiciada pela Internet e pelos sistemas digitais.

Conforme indicado por Barros Filho (2003), as TIC's podem ser definidas como o conjunto de inovações em microeletrônica, computação (hardware e software), telecomunicações e optoeletrônica (microprocessadores, semicondutores, fibra ótica), que permite o processamento e armazenamento de enorme quantidade de informação, juntamente com sua rápida distribuição através de redes de comunicação.

Complementando o que foi dito acima Lévy (2005), expõe que a nova técnica deveria ter, pelo menos, três características; durabilidade, profundidade e clareza. Com isso, daria àqueles que a possuísem a capacidade de ler, reler, meditar e analisar o que fosse produzido e registrado, ou seja, foi a partir dessa necessidade, que foi criada a escrita.

A escrita fonética foi se desenvolvendo muito rapidamente, mais precisamente na Grécia. A partir daí, houve necessidade de se facilitar a comunicação, dando nomes às letras, como as consoantes e vogais. No século XV, os indivíduos já se preocupavam em preparar e reproduzir os livros através da técnica de copiar, a mão, os livros já existentes. Infelizmente, porém, esses livros ficavam restritos às pessoas que possuíam recursos financeiros suficientes para ter em mãos tal reprodução.

Com o advento da impressão, no entanto, milhares de livros poderiam ser

impressos. Tal invento espantou o mundo. Logo depois veio a prensa, sabe-se que o papel foi inventado bem antes, provavelmente na China em VII. Os "possuidores" do poder na época, isto é os escribas, os padres, as elites políticas, os eruditos etc., começaram a se preocupar, pois começavam a perder o monopólio da escrita e da leitura (BARROS FILHO, 1995).

Em 1843, Bain e Backwell imaginaram poder realizar uma transmissão de imagens à distância. Entretanto esta ideia só veio a realizar-se muito tempo depois. Com a deflagração da Segunda Grande Guerra, houve uma interrupção no processo de desenvolvimento da produção durante o período que durou o conflito. Segundo Ball-Rokeach, DeFleur (1997) a televisão herdou as tradições do rádio e promoveu, conseqüentemente uma grande mudança social. Sua tecnologia, já bem avançada, passou a ajudar a fabricação em série e a servir um público que ansiava por novas tecnologias.

Modernamente, o homem vive a febre da internet, a rede mundial de computadores que interliga pessoas de todos os continentes. Para tanto, basta que se tenha uma linha telefônica, um computador com *fax-modem* e um programação de navegação na rede. Vive-se a expectativa da união texto-imagem-som em um aparelho mais sofisticado que o computador, a TV de alta definição (HDTV), que será capaz de inserir o homem moderno na era da telemática através de um mero aparelho eletrodoméstico (GIACOMANTONIO, 1987).

Na educação essa tecnologia não pode ser inserida aleatoriamente, porque os objetivos podem ser desviados. A escola tem se tornado uma difusora de novas tecnologias, a fim de permitir que seus alunos tenham chances de participar da concorrência de mercado de trabalho. Portanto o uso das novas tecnologias é uma necessidade que se mostra cada vez mais evidente.

Qualquer iniciativa que venha a estimular a participação do indivíduo, quer na sala de aula, quer na sociedade, deve ser estimulada. A implantação de vários projetos de uso das novas tecnologias na sala de aula precisa ser acompanhada de um estudo mais aprofundado de viabilidade técnica e operacionalização desses projetos a fim de que boas ideias não se transformem em novos projetos fracassados.

O que se questiona, em face dos objetivos desse estudo, é se todo esse avanço promovido pelas novas tecnologias de informação e comunicação está sendo capaz de contribuir para que o homem se torne um "ser" mais participante na sociedade em que vive, ou seja, será que as TIC's estão contribuindo efetivamente

para atender as necessidades do homem na sociedade da informação?

O questionamento exposto acima toma como referência o fato de que, historicamente, o processo de evolução dos meios através dos quais os homens se comunicam tem demonstrado que esses meios tanto podem contribuir para a participação e "libertação" do cidadão quanto para seu aprisionamento. Depende da forma como os meios de informação e comunicação estão sendo utilizados: se numa sociedade democrática ou numa sociedade totalitária (LÉVY, 2005).

Do ponto de vista de Giacomantonio (1987) computador via internet, abre caminho para a união do texto, do áudio e da imagem, com a possibilidade de interação em tempo real. Assim, não se sabe qual papel poderá ser exercido pelos outros meios de comunicação de massa. A internet abre novos horizontes para o processo educativo e põe em cheque todo o processo formal que vigorava até então. A união do texto, do áudio e da imagem faz com que o papel do professor comece a ser repensado e aponta para um futuro no qual só há uma certeza: a mudança constante.

2.1 O QUE É VIRTUAL?

Muitas pessoas associam o virtual a uma coisa que não existe. Um exemplo disso são frases do tipo: "só tenho dinheiro virtual agora [...]. Por enquanto meu carro só é virtual". Como é possível constatar o terno virtual é sempre empregado com algo fora da realidade, o que se opõem ao real, mesmo sendo colocado ao nível de senso comum.

Lévy (2005) mostra que o virtual não se opõe ao real e sim ao atual. Virtual é o que existe em potência e não em ato, para explicar melhor cita o exemplo da árvore e da semente, que se baseia num exemplo de que toda semente é potencialmente uma árvore, ou seja, não existe em ato, mas existe em potência. Mas, o referido autor também mostra que nem tudo que é virtual necessariamente se atualizará. Para mostrar essa afirmação ele diz que, se pegarmos o exemplo da semente novamente e colocarmos numa situação em que ela foi engolida por um pássaro, jamais ela poderá ser uma árvore.

A atualização é um processo que parte, quase sempre, de um conjunto de problema para uma solução. Já a "virtualização passa de uma solução dada a um (outro) problema" (LEVY, 2005, p. 18). Em outras palavras, o que o citado autor quer

dizer é que virtualizar é problematizar, questionar, é processo de criação. Seguindo essa linha de raciocínio pode-se afirmar que um ambiente virtual é um lugar onde se cria significados e onde seres humanos e objetos técnicos interagem, ampliando a construção de conhecimentos e em consequência o aprendizado.

O virtual apresenta uma influência significativa no processo de ensino – aprendizagem porque proporciona condição de visualização de conceitos que seriam apresentados aos alunos de forma abstrata, ou seja, esse ambiente por criar significado ao conteúdo que está sendo transmitido torna o referido processo mais eficaz.

2.2 REALIDADE VIRTUAL

A realidade virtual permite que aprendizagem ocorra mediante visita a lugares onde jamais o estudante poderá estar na vida real. Isso ocorre, talvez, porque o lugar seja muito pequeno para ser visto ou muito grande para ser examinado como um todo, ou muito caro ou muito distante, ou por outro motivo qualquer.

A realidade virtual, segundo Serolli (2007), permite que a pessoa possa mover coisas que são muito pesadas, muito leves ou muito caras e perigosas para mover. A realidade virtual permite ainda que sejam visitados lugares em períodos diferentes de tempo e com uma rapidez tão grande que sem ela seria impossível fazê-lo em uma vida toda. Pode-se, por exemplo, ver o mundo hoje e em um instante viajar 10 mil anos no passado e ver como era a situação naquela época.

Serolli (2007) mostra que a potencialidade da realidade virtual está exatamente no fato de permitir a exploração de alguns ambientes, processos ou objetos, não através de livros, fotos, filmes ou aulas, mas através da manipulação e análise virtual do próprio alvo do estudo, ou seja, através do objeto de aprendizagem.

A realidade virtual permite que se façam experiências com o conhecimento de forma interativa. Serolli (2007) comenta que, das outras tecnologias como a televisão, fotografia, Multimídia, o maior diferencial é permitir que um estudante aprenda sobre um assunto inserido em seu contexto, e assim, receba a cada ação que fizer uma realimentação deste contexto, caracterizando o processo de interatividade anteriormente comentado.

O uso de realidade virtual aplicada à educação ainda está no início de sua caminhada. No geral parece existir um consenso de que a realidade virtual pode

ajudar no processo de ensino, pois atualmente as pesquisas estão indo em direção de identificar como isto pode ser feito e ainda de como avaliar se a realidade virtual de fato é útil para o processo, bem como quais os seus custos, suas implicações e possíveis desvantagens, uma vez que as vantagens estão representadas principalmente pela interação do aprendiz com o objeto de aprendizagem.

Argumentado sobre a forma de aplicação da realidade virtual ao ensino-aprendizagem, Serolli (2007) mostra que é possível dividir a maneira como se conhece o mundo em duas linhas. Numa delas, as experiências de 1ª pessoa, o indivíduo conhece o mundo como resultado de sua interação diária com ele. Este tipo de conhecimento é direto, subjetivo e, muito frequentemente, inconsciente, ou seja, não se sabe ou não se tem claro, que se sabe alguma coisa. Na segunda forma, as experiências da 3ª pessoa que se conhece o mundo na forma como ele é descrito por alguém. Este conhecimento é objetivo, consciente e explícito, ou seja, sempre se sabe quando ele está sendo adquirido, pois ele é ensinado por alguém.

Experiências de 1ª pessoa são naturais, privadas e predominam no dia-a-dia, na interação de cada pessoa com o mundo. Nesta visão a interação com um computador é uma experiência de 3ª pessoa. Apesar de poder manejar o *mouse* e o teclado com um nível de habilidade tal que torne automático, quando uma informação surge, é como se alguém estivesse transmitindo para o indivíduo.

A ideia de imersão, da realidade virtual, segundo Serolli (2007) consiste em buscar uma forma de permitir a interação com uma informação através de uma experiência de 1ª pessoa onde o usuário não tenha que criar metáforas para relacionar o dado da tela com o real e sim possa explorar o dado como se ele de fato existisse.

Segundo o citado autor, há diversas razões para usar a realidade virtual na educação, entre elas destacam-se: maior motivação dos usuários; o poder de ilustração da realidade virtual para alguns processos e objetos é muito maior do que outras mídias; permite uma análise de muito perto; permite uma análise de muito longe; permite que pessoas deficientes realizem tarefas que de outra forma não são possíveis; dá oportunidades para experiências; permite que o aprendiz desenvolva o trabalho no seu próprio ritmo; não restringe o prosseguimento de experiências ao período da aula regular; permite a que haja interação, e desta forma estimula a participação ativa do estudante.

Cada pessoa prefere aprender de uma maneira diferente, algumas são visuais, auditivas, algumas preferem explorar, outras deduzir. Em cada estilo, pode-

se usar a realidade virtual de uma forma diferente, ou seja, para pessoas com problemas no entendimento de equações, teorias, e princípios a realidade virtual pode ser usada para materializar estas informações. Em matemática, por exemplo, pode-se fazer um aluno "caminhar" sobre uma superfície que representa uma equação e a partir disto fazê-lo compreender conceitos como curvatura, ponto de inflexão, entre outros.

Para aqueles que são visuais e não auditivos e preferem gráficos imagens a explicações e fórmulas, a realidade virtual, segundo Serolli (2007), novamente é útil, principalmente em função de seu aspecto altamente visual. Para pessoas que preferem aprender pela exploração ao invés da dedução, a realidade virtual pode permitir a análise detalhada muitas vezes impossível por outros meios.

Para aqueles que aprendem melhor de forma ativa, interagindo com o ambiente, ao invés de um aprendizado reflexivo, ponderado e introspectivo, a realidade virtual pode criar ambientes altamente interativos, permitindo a manipulação direta com um ambiente que responda às ações do usuário.

Para quem, no entendimento de um processo complexo, precisa realizar uma análise global, com as inter-relações entre as partes, ao invés de uma análise de cada parte, a realidade virtual pode auxiliar como ferramenta de visualização colocando o usuário, ou aprendiz, na condição de super observador do processo, dando a ele uma visão geral do ambiente em estudo.

3. O PAPEL EDUCATIVO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Entender o papel educativo dos meios de comunicação implica em considerar a evolução do conhecimento humano. Esse entendimento se torna possível com base na argumentação apresentada por Witkowski (1995), mostrando que o homem primitivo caçava, com o intuito de garantir a sobrevivência, seus métodos eram baseados em respostas herdadas por seus ancestrais ou por seu próprio instinto.

Continuando o seu argumento Witkowski (1995) relata que, o comportamento adquirido através do processo de comunicação era quase nenhum, pois os grupos não sentiam falta desse tipo de comunicação. À medida que as transformações foram ocorrendo e a capacidade cerebral dos primitivos foi se desenvolvendo, tornou-se necessário que novos instrumentos auxiliares ao processo de comunicação humana fossem desenvolvidos.

Muito tempo depois, o homem passou a adotar grunhidos, muita gesticulação e alguns outros sinais para se comunicar. Os sinais foram apreendidos pelos grupos, compartilhados por todos, dando a eles o sentido de participação, pois já sentiam necessidade de se comunicar, mas precisavam de um método de comunicação que desse às futuras gerações mecanismos capazes de indicar como havia sido o processo de comunicação de seus ancestrais, ou seja, necessitavam descobrir uma forma de registrar os símbolos e os sinais usados na comunicação (WITKOWSKI, 1995).

Nessa época já se buscava maneiras de simplificar a vida em grupo. Um desses avanços foi à instauração da troca de mercadorias. A troca era necessária para se ter uma vida equilibrada. Usavam os gritos quando o perigo era eminente. Alguns gestos significavam que havia comida na área, sinais específicos significavam acasalamento e outros uma grande caçada.

As pinturas e desenhos tinham uma relação muito grande com o dia-a-dia. Pintavam nos muros das cavernas, figuras de caça. Em relação aos grunhidos e gritos, a técnica da pintura já dava sinais de que as novas tecnologias não eram apenas formas de registrar a modo de vida daqueles povos. Eram, também, os primeiros indícios do processo evolutivo de educação e comunicação dos seres humanos (WITKOWSKI, 1995).

Aproximadamente 1 milhão de anos depois, se deu o advento do fogo, provavelmente na China, uma das grandes descobertas que deu origem a evolução

das técnicas de sobrevivência do ser humano e por volta de 1.6 milhão de anos o homem já adotava um sistema de linguagem pleno de desenvolvimento, tendo a partir daí grandes progressos.

Sabe-se que a civilização suméria foi a primeira a usar a escrita, entretanto eram somente os sacerdotes que detinham o domínio das técnicas de escrever. Logo depois vieram os egípcios, que foram os inovadores do sistema hieróglifos ou como um sistema de símbolos. No início, eram gravados em pedras, e, com o tempo, foram pintados e desenhados com grande habilidade. Cada desenho tinha um significado a ser descoberto, cada símbolo uma idéia, coisa ou conceito (LÉVY, 2005).

Para se descobrir o que significava cada mensagem, tinha que se ter conhecimentos de um enorme número de símbolos. Em princípio, os que obtinham tal conhecimento restringiam-se aos grandes especialistas. Os antigos escribas estudavam durante muito tempo para poderem dominar tais informações. Com isso, passaram a exercer um poder quase absoluto (LÉVY, 2005).

Os sumérios foram os responsáveis pelo início de uma escrita mais estilizada. Descobriram, com isso, que não eram necessários desenhos para produzir imagens e sim caracteres distinguíveis, com significados determinados. Depois de tudo isso, a escrita fonética foi se desenvolvendo muito rapidamente. Disseminando-se em toda a Grécia. A partir daí houve uma grande necessidade de facilitar a comunicação, dando nomes às letras, como as consoantes e vogais (LÉVY, 2005).

A escrita foi, sem dúvida, uma das tecnologias de comunicação mais importantes para o progresso da humanidade e para o desenvolvimento do conceito de comunicação de massa. Sem ela, provavelmente, a história das grandes civilizações do mundo estaria perdida. Gutemberg proporcionou as condições técnicas para que o jornal se transformasse no primeiro veículo de comunicação de massa. Por isso, a análise do papel educativo dos meios de comunicação será iniciada pelo jornal, ou seja, a forma de comunicação de massa escrita, a mais tradicional e mais importante tecnologia de comunicação descoberta pelo homem (LÉVY, 2005).

Da escrita até os dias atuais, a tecnologia da informação e comunicação evoluiu de forma significativa chegando ao emprego da informática ou da multimídia, caracterizando uma interconexão digital que permite uma visualização tridimensional e interativo facilitando tanto a aprendizagem do aluno quanto a transmissão do

conhecimento para o mesmo por parte do professor³

3.1 AS TIC's E OS PROFESSORES

Para Witkowski (1995) as TIC's assumem cada vez mais uma forte influência e importância na educação, pois além de conseguirmos chegar a uma vasta rede e diversidade de informação, possibilitam que o conhecimento se alargue a um conjunto mais amplo de pessoas, permitindo, deste modo, uma aprendizagem contínua e autônoma.

De acordo com Skinner (1972) as TIC's na educação promovem interações entre alunos e professores, ou até mesmo entre alunos que se encontrem em locais diferentes e distantes. No entanto, para que a sua aplicação seja feita de forma correta é necessário que os professores não se sintam ultrapassados, nem tenham medo de aprender coisas novas, ou seja, é preciso uma formação dos professores neste domínio, uma vez que as concepções metodológicas das TIC's são diferentes dos métodos tradicionais.

Nota-se, ainda, uma falta de conhecimento e competências, por parte dos professores (e não só) em alguns programas. Logo, a principal preocupação terá de ser a de formar professores que saibam utilizar e que se sintam familiarizados com essas novas tecnologias, e que as saibam adaptar às suas disciplinas.

Algumas competências que os professores terão de desenvolver o conhecimento de implicações sociais e éticas das TIC's; a capacidade de uso de software utilitário; a capacidade de uso de TIC's em situações de ensino-aprendizagem (BARROS FILHO, 1995).

Os aspectos elencados acima são fundamentais para o entendimento das influências que as TIC's proporcionam em relação ao processo de ensino – aprendizagem tendo em vista a materialização do conhecimento que essas tecnologias proporcionam, em face do seu processamento automático, veloz e preciso, independente da área do conhecimento solicitado.

3.2 AS UTILIZAÇÕES DAS TIC's

³ A esse respeito consultar o capítulo que trata da virtualização da comunicação, *in* Lévy (2005).

De acordo com Lévy (2005), a utilização das TIC's no meio educacional trouxe bastantes benefícios e interações no processo de ensino-aprendizagem. São várias as formas de utilização das TIC's, conforme é visto a seguir

- Processador de texto: produção de textos, relatórios, cartas e grelhas Folha de calculo: criação de quadros com a informação recolhida; funções estatísticas; elaboração de gráficos.

- Apresentação eletrônica: apresentação de informação multimídia.

- Base de dados: concepção de uma base de dados, preenchimento e consulta.

- Processador de imagens: criação de imagens, tratamento de imagens digitalizadas e composição de imagens.

- Correio eletrônico: conhecimento inter pares, troca de ideias e documentos e consultar especialistas.

- Fóruns: discussão de temas ou problemas.

- *Chats*: convívio, combinação de projetos, discussão de opiniões, pesquisa de informação, consulta biográfica, publicação de matérias, *download* de documentos.

Todas essas possibilidades podem ser trabalhadas em uma Instituição qualquer que seja. O uso dessas TIC's na sala de aula pode auxiliar o homem a absorver o impacto da velocidade com que as novas tecnologias passam a fazer parte do dia-a-dia das pessoas.

Essa observação é importante diante da perspectiva de simulação das aplicações dos conhecimentos que são apresentadas mais na frente nesse estudo com a finalidade de demonstrar a articulação das TIC's com a transmissão e a consequente aprendizagem de conhecimentos.

4 COMPETÊNCIAS BÁSICAS EM TIC's

A finalidade dessa sessão é de apresentar uma argumentação sobre as características das competências necessárias para operar as TIC's no contexto do processo ensino – aprendizagem o qual envolve a participação dos alunos, dos professores e a tecnologia utilizada, tendo em vista os objetivos propostos.

4.1 ALUNOS

Conforme expõe Witkowski (1995), a perspectiva de futuro de uma sociedade

da informação e do conhecimento depende, significativamente, do que hoje ocorre nas escolas, ou seja, depende da forma como se desenvolve o processo de ensino-aprendizagem. Em outras palavras, as características e a qualidade da ação educativa que aí decorre, as aprendizagens realizadas, as competências e os saberes adquiridos são fatores condicionantes do percurso social a realizar.

Uma educação básica capacitadora de uma cidadania plena para todos pressupõe a existência de referenciais, de conhecimento e de desempenho, de acesso universal. Estes, consubstanciados num perfil de competências gerais, não podem deixar de ter em conta as implicações específicas e transversais que as TIC comportam (LÉVY, 2005).

A escolaridade obrigatória assume, com crescente implicação, todas as consequências que decorrem desta realidade. Pretende garantir que, ao finalizar o nono ano, todos os alunos sejam capazes de utilizar as TIC, nomeadamente, para seleccionar, recolher e organizar informação para esclarecimento de situações e resolução de problemas.

Conforme Barros Filho (1995), a exigência de uma competência terminal pressupõe o desenvolvimento de diversos saberes e competências ao longo de todo o ensino básico. Trata-se de garantir que as escolas assegurem no currículo dos alunos a possibilidade destes adquirirem uma capacidade significativa na utilização dos computadores e da Internet.

Não basta que os alunos sejam capazes de realizar alguns procedimentos elementares no uso das TIC's. O desempenho básico neste domínio pressupõe que desenvolvam, de forma flexível, processos de aprendizagem transdisciplinar, com um tempo significativo de prática que lhes garanta as aprendizagens e a autonomia no uso das TIC's.

Isso pressupõe o inequívoco empenho das escolas e dos professores e o estímulo a aprendizagens autónomas e cooperativas dos alunos. Implica que o uso das TIC's esteja presente em várias áreas curriculares por forma a que seja assegurado um percurso coerente de formação e a aquisição de um conjunto de competências claramente referenciado.

Segundo Lévy (2005), neste sentido, o ensino básico, para além da certificação global que propicia no final do 3º ciclo, deve dispor de uma certificação básica em TIC's com identidade própria, capaz de balizar as aprendizagens a realizar nestas tecnologias ao longo da escolaridade obrigatória e de certificar a sua aquisição

pelos alunos.

Este “certificado de competências básicas em tecnologias de informação e comunicação” deve corresponder ao reconhecimento de que o aluno adquiriu ao longo do ensino básico competências relativas a: a) aquisição de uma atitude experimental, ética e solidária no uso das TIC’s, b) capacidade de utilização consistente do computador, c) desempenho suficiente no manuseamento do software utilitário essencial, d) capacidade de recolha e tratamento de informação designadamente com recurso à Internet, e) desenvolvimento de interesse e capacidade de autoaprendizagem e trabalho cooperativo com as TIC’s (LÉVY, 2005).

Ante ao exposto, verifica-se que o uso das TIC’s voltado ao processo ensino-aprendizagem requer o desenvolvimento de uma visão crítica desse processo por parte dos atores envolvidos na transmissão do conhecimento. Em outras palavras, é preciso superar a alienação do conhecimento para que este seja dotado de significado e possa ser aplicado para transformar a sociedade.

4.2 PROFESSORES

De acordo com Skinner (1972), um professor com competências básicas em TIC’s terá conhecimentos e competências em cinco vertentes, as quais são sintetizadas do seguinte modo:

1- atitudes positivas, numa perspectiva de abertura à mudança, receptividade e aceitação das potencialidades das TIC’s, capacidade de adaptação ao novo papel do professor como mediador e orientador do conhecimento face aos alunos estimulando o trabalho em grupo;

2- promoção de valores fundamentais no uso das TIC’s, incluindo a atenção às questões de segurança/vigilância sobre a informação na Internet, as questões de direitos de autor e éticas relativas à utilização das TIC’s, etc.;

3- competências de ensino genéricas sobre quando utilizar e como integrar as TIC’s nas diferentes fases do processo de ensino, partindo do planeamento até à avaliação e modo de usar as TIC’s para estimular as dinâmicas da escola;

4- competências para o ensino da disciplina/área curricular, incluindo o modo como integrar as TIC’s no *curriculum*, conhecer e avaliar software educacional, como explorar os recursos existentes na escola, estar familiarizado com o equipamento, estar atento às questões de segurança/vigilância sobre a informação na Internet, às

questões de direitos de autor e éticas relativas à utilização das TIC's, a questões relativas às condições de acessibilidade da Internet para públicos com necessidades especiais; capacidades de manuseamento das ferramentas, incluindo *software* utilitário e de gestão pedagógica, em contexto educativo.

A certificação das competências na formação inicial dos professores está enquadrada no grau conferido pelos respectivos estabelecimentos de ensino. A certificação da formação contínua de professores deve prosseguir no sistema existente, aumentando a oferta das ações de formação.

A formação de professores assegurada por instituições do ensino superior pedagogicamente autônomas é a estas que compete identificar os conhecimentos, atitudes e capacidades a adquirir pelos futuros professores e que os capacitem para aquele desempenho, bem como proporcionar as situações de aprendizagem conducentes à persecução destes objetivos (BARROS FILHO, 1995).

Também a certificação da qualificação profissional dos professores em todos os domínios, incluindo nas TIC's, é da responsabilidade das instituições de formação. Nesta perspectiva, o processo de acreditação dos cursos compete verificar a respectiva adequação às exigências do desempenho docente. Nesta acreditação e no que à competência no domínio das TIC's diz respeito, ter-se-á, pois, em conta a adequação do curso não só às exigências definidas nos perfis de desempenho, mas, ainda aos critérios constantes nos padrões de qualidade da formação inicial de professores.

Na acreditação analisar-se-á se os conhecimentos, atitudes e capacidades identificadas como objetivos do curso são susceptíveis de preparar para o desempenho docente, se as situações de ensino-aprendizagem são adequadas à persecução de tais objetivos e se a certificação final dos diplomados garante que realizaram as aprendizagens necessárias para iniciar o exercício docente.

Segundo Almeida (2002), em termos do desenvolvimento futuro deste sector há que se considerar os seguintes aspectos: definir oficialmente os perfis geral e específico; e proceder à realização do processo de acreditação de todos os cursos de formação inicial de professores.

Complementando a sua argumentação Almeida (2002), relata que as Universidades e Institutos Politécnicos, tendo em conta a importância das TIC's na formação dos professores, seguindo as orientações dos perfis de desempenho do educador e do professor, promoverão a alteração dos respectivos currículos, de molde

a compatibilizá-los com os critérios estabelecidos nos Padrões de Qualidade da Formação Inicial de Professores. Desta forma, a TIC's proporcionará um desenvolvimento no processo de ensino-aprendizagem aumentando o seu nível de qualidade nas escolas.

Assim sendo, verifica-se a importância da preparação do professor para a utilização das TIC's de modo a estabelecer uma nova relação com o saber, privilegiando a produção de um conhecimento próprio da *cybercultura*, construindo o pensamento crítico e possibilitando a inter-relação do aluno com o conteúdo estudado através da interatividade que as referidas tecnologia proporcionam.

4.3 ESCOLAS *ON LINE*

Stoner (2000) relata que os recursos da *internet* proporcionam e favorecem todo o processo educativo, na medida em que possibilitam comunicação mais veloz entre alunos, pais e professores, além de servir a projetos pedagógicos, permitindo que sejam feitas checagem de notas até a exposição *on line* de trabalhos feitos pelos alunos, sendo, portanto uma ferramenta importante para tornar mais dinâmico o processo ensino-aprendizagem.

Quanto à inserção da informática no processo educacional, é pertinente perceber alguns aspectos que são, em si, inatos à questão. Antes que se pensasse em instrumentalizar o computador no processo ensino-aprendizagem, já se tinha o livro. Este, por si só, servia como ferramenta fundamental para aquisição do conhecimento, pois "um livro é capaz de transmitir qualquer tipo de informação". (MORIN, 2003, p.23).

Castro (1996) mostra a importância do livro como instrumento pedagógico básico, fazendo referência ao seguinte aspecto que se apresenta, de forma resumida, nos seguintes termos: ao longo de sua história, o homem sofreu a influência de várias revoluções: a agrícola, a mercantilista, a industrial e a eletrônica. Nenhuma, no entanto, foi tão importante quanto à revolução da palavra.

Desde que o desenvolvimento das tecnologias tende a informatizar a sociedade e nesse contexto, está incluída a escola, deve-se alertar para que não se utilize a informática e o ser humano como elementos do mesmo valor, uma vez que não se deve excluir do homem o pensamento, emoções, dentro do processo desse desenvolvimento.

Apropriando-se das novas tecnologias no processo do ensino-aprendizagem tem-se, nesse contexto, a *internet* com suas facilidades apresentadas. Este é o meio mais divulgado para se obter conhecimentos, pois através de uma pesquisa pode-se ter acesso as últimas novidades do que há de mais atual nas áreas , que seja nacional ou internacional. A *www (World Wide Web)* é uma rede internacional através da qual muito de informação pode ser conseguida por um microcomputador que esteja ligado na rede e tendo um provedor como intermediário.

A multimídia também tem grande utilidade no aspecto do ensino-aprendizagem, por ser algo que se apresenta multi diversificado, apresentando, ao mesmo tempo, um programa com texto, hipertexto, vídeo, foto, filme, animação, torna-se um dos meios mais viáveis, quando se pensa em transmitir conteúdos. Dessa forma, o educando terá mais dos seus sentidos utilizados, o que tornará mais agradável o lado da aprendizagem. O professor, nesse caso, terá maior estímulo em usar recursos mais dinâmicos, quando no afã de transmitir os conhecimentos, tornando, assim, algo mais eficiente e motivador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aporte teórico apresentado neste trabalho permite que se chegue as seguintes conclusões: primeiro, é inquestionável a importância das TIC's no ramo da educação porque ela proporciona interações necessárias entre os alunos, professores e conteúdo de aprendizagem, facilitando tanto o processo de ensino como o de aprendizagem.

Segundo, com a implantação das TIC's na educação, a variedade de técnicas de ensino tendem a se multiplicar, trazendo uma maior facilidade, na explanação de informações aos alunos, sob a forma de conhecimento científico, de modo que não é apenas os professores a ter grandes benefícios com essas tecnologias, mas também os alunos no seu processo de aprendizagem.

Terceiro, essas ferramentas aliadas a outras áreas didáticas da educação como a metodologia de trabalho, avaliação e o planejamento, favorecem uma mudança qualitativa no processo de ensino-aprendizagem, na medida em que favorecem uma compreensão mais concreta de conteúdos teóricos diante das várias possibilidades de aplicação dos mesmos, pela perspectiva de processamento automático da informação, mediante aplicativos específicos capazes de tornar o

ensino atraente na visão do aluno.

No geral, constatou-se que a principal influência das TIC's no processo de ensino-aprendizagem decorre da interatividade que resulta na participação ativa do aluno diante do processo citado. Isso implica em considerar a possibilidade de reorientar o raciocínio diante das situações que vão surgindo a medida em que o aluno trabalha o conteúdo sob a orientação do professor, tendo como base os dados da sua problematização.

Em linhas mais específicas, pode-se afirmar que as TIC's representam um contribuição efetiva para que ocorra um salto qualitativo do processo ensino-aprendizagem na medida em que favorece a busca de novas descobertas e a instalação de competências capazes de atender as necessidades impostas pela sociedade da informação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, M.E.B. de. **Educação, projetos, tecnologia e conhecimento**. São Paulo: PROEM, 2002.

AMBROSINI, A.; PEUGEOUT, V.; e PIMIENTA, D. Desafios de Palavras: **enfoques multiculturais sobre as sociedades da informação**. São Paulo: C & F Editions, 2005.

BARROS FILHO, C. de. **Ética na comunicação: da informação ao receptor**. São Paulo: Moderna, 1995.

CASTRO, Arlindo. **A ideologia das máquinas: a tecnologia do computador**. Espírito Santo, UFES, 1996.

GIACOMANTONIO, M. **O ensino através dos audiovisuais**. São Paulo: Edusp, 1987.

JACKSON, J.C.; FERREIRA, A.C.L.D. EAD como facilitadora da formação continuada do professor: **uma saída para os problemas educacionais brasileiros**. In: Revista Coletiva. Disponível em: <<http://www.icoletiva.com.br/icoletiva/secao.asp?tipo=artigos&id=83>>. Acesso em: 25 maio 2014.

LÉVY, P. **As tecnologias da Inteligência: o futuro do pensamento na era da informática**. 34 ed. Rio de Janeiro, 1998.

MORIN, Edgar. **Educar na era planetária: o pensamento complexo como método de aprendizagem pelo erro e incerteza humana**. São Paulo: Cortez, 2003.

SEROLLI, Marcio **Realidade virtual como ferramenta de informática na educação**. Disponível em: <<http://grv.inf.pucrs.br/Pagina/Educa/educa.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2014.

SKINNER, B.F. **Tecnologia do ensino**. São Paulo: Herder, 1972.

SPOSITO, M. P. **Os jovens no Brasil: desigualdades multiplicadas e novas demandas políticas**. São Paulo: Ação Educativa, 2003.

STONER, Rose. Escola *on line*. **Educação**. ano 26, n. 256, fev/2000, p. 36.

TAVARES, Romero. **Aplicações flash e em JAVA**. Disponível em: <<http://www.fisica.ufpb.br>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

WITKOWSKI, N. (coord). **Ciência e tecnologia hoje**. São Paulo: Unicamp, 1995.

REFLEXÕES SOBRE O FENÔMENO DA VELHICE E A SITUAÇÃO DO IDOSO NO BRASIL*

REFLECTIONS ON THE PHENOMENON OF OLD AGE AND THE SITUATION OF THE ELDERLY IN BRAZIL

ARTHELÚCIA MARIA AMARAL DA SILVA**

RESUMO

O presente estudo teve o objetivo de, a partir dessa reflexão, chamar atenção para o fenômeno da velhice e a situação do idoso Brasil, e as políticas sociais que os assistem. O recorte teórico utilizado envolveu uma abordagem sobre o fenômeno do envelhecimento no mundo, no Brasil e no estado de Rondônia local de atuação da autora dessa pesquisa, bem como uma análise das políticas públicas da assistência social aos idosos. Elaborado a partir de consulta bibliográfica e documental, contemplando abordagem qualitativa e quantitativa, o estudo concluiu que a assistência, embora contemplada pela Legislação que assegura os direitos sociais do idoso, não atende de modo satisfatório a todos os que dela necessitam, conforme descrito na legislação que instituiu a Política Nacional do Idoso.

PALAVRAS- CHAVE: Idoso. Políticas Públicas. Assistência Social. Direito.

ABSTRACT

Based on this reflection, this study aimed to draw attention to the phenomenon of old age and the situation of the elderly in Brazil, and the social policies that assist them. The theoretical framework used involved an approach to the phenomenon of aging in the world, in Brazil and in the state of Rondônia, where the author of this research works, as well as an analysis of public policies for social assistance for the elderly. Prepared from bibliographic and documental consultation, contemplating a qualitative and quantitative approach, the study concluded that care, although covered by the legislation that ensures the social rights of the elderly, does not satisfactorily meet all those who need it, as described in the legislation which instituted the National Policy for the Elderly.

KEYWORDS: Elderly. Public policy. Social assistance. Right

1 INTRODUÇÃO

Falar sobre o idoso é tratar de um tema complexo, por tratar-se de um assunto que resulta da mútua dependência entre os aspectos biológicos, psicológicos e sócio-

* Parte do texto da dissertação de mestrado apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, CCHLA da Universidade Federal da Paraíba, em cumprimento às exigências parciais para obtenção do grau de Mestre em 2005, tendo sido aprovado com distinção pela Banca Examinadora.

** Mestre em serviço Social pela UFPB, atuando na área da saúde em instituições públicas do estado de Rondônia e do município de Porto Velho desde 2003. Email: arthslucia@yahoo.com

culturais que integram o ser humano. Considerando essa relação de interdependência entre os aspectos acima citados, para compreendê-lo faz-se necessário apreendê-lo na circularidade a que Bevoir (1990) faz referência.

Aprofundando as reflexões em torno do argumento desenvolvido por Bevoir (1990), verifica-se que as mudanças biológicas, características do envelhecimento, têm implicações no meio ambiente que vai absorvê-las segundo as normas, os valores e os critérios da sociedade e da cultura nas quais a longevidade da população aumenta. Naturalmente, isso vai determinar o modo como o próprio indivíduo lida ou lidará com o fato de tornar-se idoso e com o papel que passará a desempenhar na sociedade.

Cumpra aqui observar o seguinte: o impacto que o avançar da idade provocará no idoso dependerá de seus recursos internos, das normas e das relações sociais às quais está vinculado. Na sociedade contemporânea ou pós-moderna, tornar-se idoso assume uma conotação negativa. Néri (1991), afirma que essa fase é marcada por um estereótipo social negativo, que se baseia estreitamente no declínio biológico do indivíduo.

Em consequência desse estereótipo, muitos dos que se tornam idosos, sobretudo após a aposentadoria, perdem poderes político e econômico, além de perderem também *status*, respeito e valor. Se ocorrer o acometimento de doença conjugada com o estado de pobreza, a situação do idoso torna-se mais grave, pois soma-se à falta de prestígio e de poder à dependência física, psicológica e financeira em relação à família e a sociedade.

A análise da situação do idoso, a partir dessa perspectiva, revela que a discriminação sofrida pelo idoso em nossa sociedade é consequência da valorização da juventude, permeada durante muitos anos no contexto dessa sociedade, sendo esta uma forma de expressão dos valores de uma sociedade consumista cujas relações sociais são pautadas na mercantilização, como ocorre em larga escala nos dias atuais.

Esse argumento aponta para a constatação de que os idosos são pessoas que necessitam de assistência por parte da família, do Poder Público e de profissionais especializados nas áreas de saúde, psicologia e assistência social. Essa necessidade de assistência encontra respaldo na Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994 que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso a qual tem por objetivo “assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração

e participação efetiva na sociedade”, conforme determina o artigo 1º da Lei acima citada.

Tomando como base de dados informações publicados pela Associação de Estudos Populacionais (ABEP), notadamente, os seus Encontros Nacionais como *locus* principal de discussões das questões sociais envolvendo temas importantes de demografia brasileira, pode-se afirmar que as pesquisas envolvendo idoso só começaram a ser feitas no Brasil em 1988.

De lá para cá, foram elaborados 33 estudos envolvendo a problemática do idoso, alguns deles destacando o impacto do envelhecimento populacional nos financiamentos da previdência social brasileira, sua participação no mercado de trabalho bem como suas condições de saúde e mortalidade (CAMARANO, 2003).

Não encontrou-se registros de estudos sobre o idoso vivendo em instituição asilar nos anais dos encontros da ABEP. No entanto, a evidência empírica tem comprovado que está ocorrendo aumento da expectativa de vida da população brasileira e, portanto, existe necessidade de realizar estudos sobre os idosos e sobre as instituições que os abrigam.

Não se concebe a existência de tantos idosos vivendo e dependo de instituições asilares; se for dever da família, da sociedade e do Estado ampará-lo garantido-lhe a subsistência, evitando que o mesmo se sujeite à privações resultados de negação de direitos previstos na Constituição e na Legislação específica atualmente em vigor.

Elaborado a partir de consulta bibliográfica e documental, contemplando abordagem qualitativa e quantitativa, o argumento desenvolvido acima serviu de inspiração para a definição do objetivo geral desse estudo cuja proposta é de apresentar uma reflexão sobre a situação do idoso no Brasil, buscando explicar o seguinte problema: que motivos indicam ou justificam a situação de desamparo do idoso no Brasil, considerando a perspectiva de direitos garantidos na Constituição Federal de 1988 e na lei que instituiu a Política Nacional do Idoso?

Na definição do objeto de pesquisa levou-se em consideração que não, são poucos os teóricos a demonstrar que o idoso vive uma situação discriminatória em nossa sociedade. Observa-se, assim, que a sociedade é preconceituosa em relação à fase em que o indivíduo passa a ser considerado idoso, principalmente se tomamos como referência os efeitos da idade sobre a capacidade do indivíduo em prover a sua própria subsistência. Diante desta situação a assistência social tem a

responsabilidade de viabilizar às pessoas idosas o acesso aos benefícios estabelecidos pela política de apoio à pessoa idosa⁴.

A inserção Política Nacional do Idoso na Assistência Social decorre do fato de que a proteção social é um direito que garante a inclusão destes idosos nas oportunidades de integração nos bens e serviços disponíveis na sociedade, nas expressões de convívio familiar, comunitário, societário e nas relações de trabalho.

Para tanto, as ações da assistência social são pautadas na organização de uma rede de proteção que inclui casas-lares, centros de convivência, abrigos, asilos, centros de cuidados diurnos, atendimentos domiciliares e benefícios de prestação continuada, dentre outros.

2 BUSCANDO ENTENDER O FENÔMENO DA VELHICE E A SITUAÇÃO DO IDOSO NO BRASIL

São muitas as possibilidades de pesquisa sobre o fenômeno da velhice pressupondo que este provoca alterações físicas, psicológicas e sociais no indivíduo e que tais alterações são gradativas e naturais, pois, com o avançar dos anos, vão ocorrendo alterações estruturais e funcionais que, embora variem de um indivíduo a outro, são encontradas em todos os idosos e são próprias do processo de envelhecimento (PAPALÉO NETO; PONTES, 1996).

O interesse da ciência pelo estudo da velhice, e também o impacto das projeções demográficas sobre o processo de envelhecimento que começou a tornar-se mais acentuado a partir da década de 1960, trazendo conseqüências para a sociedade e também para os indivíduos que compõem esse grupo etário, tornando-se necessário estudar os determinantes de suas condições de saúde e de vida bem como conhecer as múltiplas facetas da velhice e do processo de envelhecimento para que se possa ter uma visão global do envelhecimento como processo e do idoso como ser humano.

Assim sendo, o ponto de partida para a compreensão das múltiplas dimensões que cercam a velhice e o processo de envelhecimento consiste em

⁴ A Política da Assistência Social prevê essas ações de apoio como suporte ao bem estar do idoso os quais são sujeitos de direitos de cidadania devendo estes serem assegurados pela família, pelo Estado e pela sociedade.

entender as causas inerentes a essa fase peculiar que todo ser humano deverá vivenciar, como parte integrante do seu desenvolvimento biológico normal.

2.1 COLOCANDO O FENÔMENO DO ENVELHECIMENTO POPULACIONAL EM DESTAQUE

Conforme destaca Berzins (2003), em séculos passados, o indivíduo era considerado velho quando alcançava a casa dos 40 anos e jovem quando atingia os 14 ou 15 anos de vida. Essa demarcação é importante porque verifica-se que historicamente, no estudo da evolução do envelhecimento humano, a média de anos vividos variam, conforme a época e o lugar considerados.

Deste modo, compreendeu-se porque “na Pré-história, no Império Romano e na Grécia Antiga, a idade média das pessoas era em torno de 25 anos”, conforme relata Berzins (2003, p.21). Deve-se acrescentar que as condições de vida influenciavam e continuam influenciando a média da expectativa de vida que foi aumentando com o decorrer da história passando para os 30 anos no século XVII e para 35 anos na metade do século XIX.

Situando a longevidade e expectativa de vida no processo evolutivo, Berzins (2003, p.21-22) assim se pronuncia:

Para se ganhar 10 anos de vida foram necessários quase 2000 anos. De 1900 à 1915 foram acrescentados mais 10 anos de vida na humanidade. Em 1950, a expectativa dos países industrializados já era de 65 anos. Atualmente, a média de vida nos países desenvolvidos é de 76 anos. Por outro lado, há países em que a expectativa de vida é baixa, como o Iêmen, que tem uma população jovem na média de 15 anos.

O fato é que a população mundial está envelhecendo no ritmo muito acentuando em sem precedentes na história da humanidade. Estatísticas divulgadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) dão conta do envelhecimento populacional como um fenômeno que vem ocorrendo nas últimas décadas, atribuído a fatores como diminuição da taxa de mortalidade, aumento da taxa de natalidade e aumento da longevidade proporcionada pelos avanços tecnológicos da medicina e da maior conscientização do ser humano em manter hábitos saudáveis para obter melhor qualidade de vida, inclusive em países do terceiro mundo.

No continente europeu, que sempre teve uma grande população de idosos, a expectativa de vida é de 77 anos. Em países como Itália, Alemanha, Grécia e França, a população da terceira idade é bastante superior ao contingente de jovens com menos de 20 anos de idade (GUEDES, 2001).

O Canadá, segundo Guedes (2001), é um país onde a população de idosos vem crescendo a passos largos. Esse crescimento populacional é mais acentuado ao norte do país do que no lado sul onde a concentração de idosos situa-se nas regiões de Ontário, da Nova Escócia e de Prairies.

Berzins (2003) menciona que, até bem pouco tempo atrás o envelhecimento populacional era tido como fenômeno específico de países desenvolvidos. Entretanto, ao observa-se a distribuição da população idosa, segundo as estatísticas da ONU, constata-se que: 53% vivem na Ásia, 24% na Europa; 8% na América do Norte; 7% na América Latina e Caribe e 7% na África.

Segundo estimativa da ONU (*apud*, BERZINS, 2003) cerca de 360 milhões da população idosa, conforme distribuição especificada acima, reside nos países em desenvolvimento, com mais concentração no continente asiático. Nos países considerados de primeiro mundo, o fenômeno do envelhecimento populacional ocorreu de forma gradual, acompanhando o progresso socioeconômico e a conseqüente melhoria das condições de vida da população.

A previsão da ONU, se o crescimento da população idosa, mantiver o ritmo em que vem se processando, por volta de 2050, pela primeira vez na história da humanidade, o número de pessoas idosas será maior do que o de crianças abaixo de 14 anos isso significa dizer que a população mundial deve passar de seis (6) para dez (10) bilhões de pessoas em 2050. Nesse mesmo período a população de idoso deve triplicar, passando para dois (2) bilhões, ou seja, representará quase 25% da população planetária.

Os dados apresentados na tabela 1 permitem comparar essa projeção feita pela ONU, para países com população superior a 100 milhões de pessoas, tomando como base o ano de 2002 e a projeção para o ano de 2025.

TABELA 1 – NÚMERO ABSOLUTO DE IDOSOS POR PAÍSES COM POPULAÇÃO SUPERIOR A 100 MILHÕES EM 2002

Situação em 2002		Projeção para 2025	
China	134.2	China	287.5
Índia	81.0	Índia	168.5
Estados Unidos.....	46.9	Estados Unidos	86.1
Japão	31.0	Japão	43.5
Rússia	26.2	Indonésia	35.0
Indonésia	17.1	Brasil	33.4
Brasil	14.5	Rússia	32.7
Paquistão	8.6	Paquistão	18.3
México	7.3	Bangladesh	17.7
Bangladesh	7.2	México	17.6
Nigéria	5.7	Nigéria	11.4

Fonte: adaptado de Berzins (2002, p.23)

Analisando os dados da tabela 1, acima, verifica-se que, para 2025, o Brasil que ocupava a 7.^a posição entre os países destacados, passará a situar-se em posição superior a Rússia que antes ocupava a 5.^a posição, no conjunto de países utilizados na comparação, mostrando, portanto, a importância que tem o fenômeno do envelhecimento em nosso país.

Esse conjunto de dados também permite inferir que o tempo decorrido entre a duplicação da proporção de idosos, em escala global, esta se tornando cada vez mais reduzido. Na França, por exemplo, foram necessários 115 anos, de 1865 a 1980, para que a população de idosos duplicasse, passando de 7% para 17%. O Brasil deveria levar 20 anos (1996 a 2016) para passar de 7% para 14%.

2.1.1 O Caso do Brasil

O envelhecimento populacional, segundo Aquino (2001, p.174) é um fenômeno inconteste cuja intensidade apresenta-se diferenciada entre as regiões desenvolvidas e subdesenvolvidas do planeta, pois:

Até 1990, nos países pobres, apenas 6,9% da população atingia 60 anos, enquanto nos países ricos, 17,1% da população já estava nessa faixa etária [...]. No Brasil, os dados demográficos do Censo de 1980, revelam a tendência de inserção do país no contexto mundial do envelhecimento populacional.

Esteves (1998) retrata o fenômeno do envelhecimento da população brasileira tomando como base de referência a segunda metade da década de 1970, quando se

verificou um importante declínio da taxa de fecundidade, o que explica uma das causas do crescimento da população de idosos no país.

As colocações feitas por Esteves (1998) são reforçadas por Berzins (2003, p.25), ao relatar que:

A queda de fecundidade, iniciada em meados da década de 1960 e intensificada nas duas seguintes, continuou em 1990 de forma moderada. Em 1984, a taxa de fecundidade estava em 3,5. em 1991, reduziu para 2,6 e a de 1999 estava em 2,3. A associação da redução da fecundidade com a queda de mortalidade reflete na evolução da composição etária da população do país que segue em processo de envelhecimento.

Dados produzidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) confirmam essa tendência de envelhecimento da população brasileira, haja vista que “em 2000, o Brasil possuía 20 idosos para cada 100 crianças (19,77%), representando uma tendência de crescimento constante” (*apud* BERZINS, 2003, p.25).

Para melhor visualização do fenômeno do envelhecimento no Brasil, verifica-se com base nos dados da tabela 2 a expressividade da população de idosos, comparativamente as faixas etária mais jovens.

TABELA 2 – DISTRIBUIÇÃO DA POPULAÇÃO BRASILEIRA POR GRUPOS DE IDADE E SEXO – CENSO DEMOGRÁFICO 2000

GRUPO DE IDADE	TOTAL	HOMENS	MULHERES
0 a 4 anos	16.375.728	8.326.926	8.048.802
5 a 9 anos	16.542.327	8.402.353	8.139.974
10 a 14 anos	17.348.067	8.777.639	8.570.428
15 a 19 anos	17.939.815	9.019.130	8.920.685
20 a 29 anos	29.991.180	14.862.546	15.128.634
30 a 59 anos	57.066.024	27.653.637	29.412.387
60 anos ou mais	14.536.029	6.533.784	8.002.245
TOTAL	169.799.170	83.576.015	86.223.155

Fonte: Adaptado de Berzins (2003, p.26).

Conforme tabela 2, acima, em 2000 a população brasileira de idosos era constituída por um contingente de 14.536.029 pessoas, representando 9,1% do total da população. Destaca-se que a população de mulheres é superior a de homens, os motivos que contribuem para a ocorrência desse fenômeno serão discutidos posteriormente.

Seguindo a tendência mundial, as projeções da população brasileira para grupos de idade até 2050 mostraram um aumento da população idosa, intensificando

o fenômeno do envelhecimento demográfico como tendência em processo de formação.

Os dados apresentados na tabela 3 permitem uma visualização mais consistente sobre a situação da população idosa no Brasil, com base no Censo Demográfico de 2000.

TABELA 3 – DISTRIBUIÇÃO DA POPULAÇÃO RESIDENTE DE IDOSOS POR SEXO E FAIXA ETARIA

Sexo	População residente	População de 60 anos ou mais	População de 80 anos ou mais	Centenarianos
Homens	83.576.015 49,3%	6.533.784 45%	731.350 40%	10.423 42,5%
Mulheres	86.223.155 50,7%	8.002.245 55%	1.100.755 60,0%	14.153 57,5%
TOTAL	169.799.170	14.536.029	1.832.105	24.576

Fonte: Adaptado de Berzins (2003, p.29).

A proporção da população brasileira mais idosa (80 anos e mais), representa 12,6% do total da população idosa (14.536.029) e, embora seja um contingente pequeno é o que mais cresce. Outro dado expressivo da tabela 3, acima, é o número de idosos centenarianos (100 anos e mais), representando 1,3% da população idosa do país. Vale salientar a importância desse indicador considerando que, em 200 o Brasil possuía 24.576 pessoas nesse grupo etário sendo 10.423 (42,5%) homens e 14.153 (57,5%) mulheres, mostrando, mais uma vez, que o sexo feminino constitui maioria da população idosa no país.

Ao traçar alguns aspectos sociais envolvendo a problemática do envelhecimento deve-se considerar que a maioria dos idosos no Brasil vive com apenas um salário mínimo por mês. Somente 12,83% deles alcançam a aposentadoria entre os 60 e 69 anos, 6,22% entre 70 e 79 anos e apenas 1,16% dos idosos acima dos 80 anos podem contar com ela (IBGE, 2002).

Acrescente-se a isso o fato de que dificilmente o idoso consegue retornar ao mercado de trabalho e, muitas das vezes, é excluído dele antes mesmo de completar os 60 anos. A população idosa que exerce algum tipo de ocupação no mercado de trabalho está em torno 10,62% dos habitantes (IBGE, 2002).

Na linha da problemática envolvendo o envelhecimento deve-se considerar também o abandono da família a perda da identidade cultural que as famílias de um modo geral vêm sofrendo atingem aos idosos que se encontram afastados do âmbito produtivo, político e econômico.

Vale salientar que as famílias brasileiras que possuem idosos encontra-se em condições econômicas melhores do que as famílias que não os possuem. Em 2000, cerca de 62,4% dos idosos eram os responsáveis pelos domicílios brasileiros. Se comparado ao conjunto dos domicílios brasileiros, o contingente total representa 20% (IBGE, 2000).

Percebe-se um profundo contra senso nas colocações feitas acima quando se considera que esse grupo etário sofre uma profunda discriminação no contexto familiar, propiciando, em muitos das vezes, o isolamento social e uma relação de dependência e estresse vivenciados tanto pelo idoso quanto pela família, sendo essa uma das principais causas do abandono da pessoa idosa nas instituições asilares.

2.1.2 O Caso de Rondônia

A modificação na estrutura etária da população brasileira indica a existência da necessidade de discussão ante as questões relacionadas com as condições e a qualidade de vida que acompanham a longevidade das pessoas na faixa etária acima dos 60 anos.

O estado de Rondônia está localizado na região Norte do Brasil, região de fronteira com a Bolívia e divisa com os estados do Acre, Amazonas e Mato Grosso. Rondônia tem se destacado entre os Estados brasileiros da Região Norte pela alta participação relativa de idosos maiores de 60 anos. Os dados apresentados na tabela 4 confirmam as colocações feitas acima.

TABELA 4 – DISTRIBUIÇÃO DA POPULAÇÃO IDOSA POR ESTADO NA REGIÃO NORTE

Estado	População Total	População de Idosos	Percentual
Acre	557.526	30.404	5,4%
Amazonas	2.812.557	137.060	4,8%
Roraima	324.397	13.128	4,0%
Rondônia	557.526	30.404	5,4%
Pará	6.192.307	356.562	5,7%
Amapá	477.032	19.443	4,0%
Tocantins	1.157.098	78.412	6,7%
TOTAL BRASIL	169.799.170	14.536.029	8,5%

Fonte: Adaptado de Berzins (2003, p.26).

Analisando os dados da tabela 4, acima, constata-se que entre os sete Estados da Região Norte, Rondônia situa-se entre os três que possuem o maior percentual de idosos, ficando atrás do Tocantins (6,7%) e do Pará (5,7%). Rondônia e Acre possuem (5,4%) do total da população de idosos do Brasil.

A população idosa do Estado de Rondônia é mais concentrada na zona urbana, possui maior contingente de mulheres do que de homens e possuem baixo índice de escolaridade, apresentando, portanto, as mesmas características do conjunto da população brasileira existente nessa faixa etária, segundo pode ser observado através de dados publicados pelo IBGE.

O governo do Estado de Rondônia, através da Fundação de Assistência Social do referido Estado (FASER) esta procurando garantir o cumprimento das determinações contidas no Estatuto do Idoso, dentro da sua linha de ação política de inclusão social.

O maior avanço, no contexto da gestão de política pública voltada para a população idosa, ocorreu com a realização do Fórum Estadual da Política do Idoso em 2004. Nesse evento foram lançadas propostas para serem discutidos no XII Fórum Permanente do Idoso da Região Nortes que ocorreu neste mesmo ano, mostrando a importância conferida a problemática do idoso nesse Estado.

No âmbito Municipal, a Lei n.º 1190/94 aprovou a criação do Conselho e do Fundo Municipal do Idoso da cidade de Porto Velho. Conforme consta no art 10 da lei citada “O Conselho Municipal do Idoso - CMI administrará o Fundo Municipal do Idoso - FMI, instituído por esta Lei, o qual é destinado ao atendimento das pessoas idosas” (PORTO VELHO, 1994).

Com base no art. 15 da lei acima citada é competência do Conselho Municipal, do Idoso - CMI:

- I - Aprovar a Política Municipal do idoso em consonância com as diretrizes dos Conselhos Nacional e Estadual do Idoso;
- II - Aprovar o Plano Municipal do Idoso, bem como os programas e projetos governamentais e não governamentais de acordo com as prioridades estabelecidas pela conferência Municipal do Idoso;
- III - Normatizar complementarmente as ações e a regularização de prestações de serviços de natureza pública e privada no campo de atendimento ao idoso;
- IV - Estabelecer diretrizes, apreciar e aprovar os programas anuais e plurianuais do Fundo Municipal do Idoso, e definir critérios de repasse de recursos destinados às entidades não governamentais;
- V - Apreciar e aprovar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, a proposta orçamentária de atendimento ao idoso para compor o orçamento municipal;
- VI - Inscrever e fiscalizar as entidades e organizações de assistência ao idoso;
- VII - Zelar pela efetivação do sistema descentralizado e participativo de assistência ao idoso;
- VIII - Convocar, anualmente, ou extraordinariamente por maioria absoluta de seus membros, a Conferência Municipal do Idoso, que terá atribuições de avaliar a situação de assistência ao idoso e aprovar diretrizes para o aperfeiçoamento do sistema;
- IX - Fiscalizar e avaliar a gestão dos recursos, bem como os ganhos sociais e o desempenho dos programas e projetos aprovados;
- X - Propor a formulação de estudos e pesquisas com vistas a identificar situações relevantes e a qualidade de serviços de assistência ao idoso;
- XI - Divulgar, no Diário Oficial do Município, todas as suas resoluções, bem como as contas do Fundo Municipal do Idoso aprovadas;
- XII - Propor aos Conselhos Nacional e Estadual do Idoso e demais órgãos de outras esferas de governo e organizações não governamentais, programas, serviços e financiamentos de projetos;
- XIII - Acompanhar as condições de acesso dos idosos nos serviços assistenciais, indicando as medidas pertinentes, à correção de exclusões constatadas;
- XIV - Propor modificações nas estruturas do sistema municipal que visem a promoção, proteção e defesa dos idosos (PORTO VELHO, 1994).

Observa-se, portanto, que o Estado de Rondônia, mais precisamente a cidade de Porto Velho, capital do estado está procurando criar as condições básicas para garantir a população idosa o direito ao envelhecimento saudável, contribuindo para o fortalecimento da cidadania e da dignidade da população idosa.

Deve-se destacar que esta abordagem sobre a situação do idoso no Brasil, enfatizando o fenômeno do envelhecimento populacional considera o envelhecimento como um processo, a velhice como uma fase da vida e o idoso o resultado final desse processo. Verifica-se que há necessidade de complementar essa abordagem tecendo um comentário sobre o campo de estudo da velhice para que haja um melhor entendimento da demarcação do fenômeno em estudo.

2.2.DEFINIÇÃO DO CAMPO DE ESTUDO DA VELHICE

O campo de estudo do fenômeno do envelhecimento engloba um enfoque multidimensional para colocar em prática a atenção abrangente à saúde dessa população, conforme preconiza a OMS. Através desse enfoque busca-se não somente o controle das doenças, mas principalmente o bem-estar físico, psíquico e social, ou seja, objetiva-se como resultado a melhoria da qualidade de vida desse grupo etário.

Para atender ao enfoque multidimensional é necessário contar com o apoio de outros profissionais além da área de saúde, que em conjunto, respeitando-se a especificidade de cada área e de cada caso, definirão a melhor conduta a ser adotada. A gerontologia foi uma das áreas do conhecimento que mais evoluiu nos últimos tempos, “fruto da preocupação com os problemas médico-sociais da população idosa, resultado da pressão passiva exercida pelo crescimento exponencial do número de idosos, particularmente na última metade do século XX” (PAPALÉO NETO, 2003, p.6).

Observa-se, portanto, que o século XX é considerado um marco no desenvolvimento de áreas científicas voltadas especificamente para o processo de envelhecimento humano. Papaléo Netto (2003) relata que, em 1903, o médico Elie Metchnikoff defendeu a idéia de um campo de investigação dedicado ao estudo do envelhecimento, a Gerontologia, termo composto por gero (velho) e logia (estudo ou conhecimento).

Inicialmente, a Gerontologia se limitava a intervenções médicas e se restringia ao âmbito acadêmico. A partir da década de 1940 torna-se multidisciplinar e estende-se além dos limites dos consultórios médicos. Em 1909, o médico Ignatz Nascher criou uma nova especialidade da medicina, voltada para o tratamento das doenças de idosos e da própria velhice (Papaléo Netto, 2003). Introduziu o termo Geriatria, em que gero se associa a *iatrikos* (tratamento), significando o estudo clínico da velhice.

A Geriatria se estrutura, atualmente, no contexto gerontológico. A Gerontologia, por sua vez, pode ser entendida, segundo o autor, como um campo científico “multi e interdisciplinar, cujas finalidades são o estudo das pessoas idosas, as características da velhice enquanto fase final do ciclo de vida, o processo de envelhecimento e seus determinantes biopsicossociais”. (PAPALÉO NETTO, 2003, p.07).

O autor supra citado apresenta três divisões do campo gerontológico: a Gerontologia social, que aborda aspectos não-orgânicos (antropológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, ambientais e éticos); a Geriatria, voltada para os aspectos médicos da assistência à saúde em nível curativo e preventivo; e a Gerontologia biomédica, que estuda o envelhecimento sob o ponto de vista molecular e celular (FREITAS, 2003).

Deve-se observar que em função de a Gerontologia ser um campo multidisciplinar, ela comporta uma infinidade de significados de envelhecimento, que variam conforme a área do saber, como, por exemplo, a Biologia, a Psicologia e a Sociologia. Mas a diversidade se estende ainda mais quando pensamos que cada uma dessas áreas, por sua vez, comporta outra variedade de paradigmas que embasam concepções distintas do envelhecer.

Jeckel-Neto e Cunha (2002) apresentam uma série de teorias biológicas do envelhecimento. Segundo os citados autores, algumas concepções postulam ser a velhice o resultado de uma deterioração devido à acumulação de danos moleculares aleatórios (teorias estocásticas). Outras concepções se encontram enraizadas em uma abordagem que concebe o envelhecimento como resultado de uma programação genética (teorias sistêmicas).

No campo da Psicologia, Neri (2000) apresenta três paradigmas que sustentam uma multiplicidade de teorias psicológicas do envelhecimento. Em sua argumentação, algumas teorias fundamentadas no paradigma de mudança ordenada, de orientação organicista, afirmam que o desenvolvimento é organizado por eventos de natureza ontogenética, descrevendo-o como processo balizado por estágios que seguem a seguinte tendência: crescimento, estabilidade e declínio (essa última etapa referindo-se ao envelhecimento).

Outras teorias fundamentam-se no paradigma contextualista, preconizando a velhice como resultado da mútua influência entre o indivíduo e o ambiente social. Um terceiro paradigma apontado pela autora é o de desenvolvimento ao longo de toda a vida (life-span), de orientação dialética, que abrange aspectos das perspectivas organicista e contextualista e percebe o envelhecimento como fruto da interação do organismo com o ambiente, ambos ativos e em mudança, numa tensão constante (NERI, 2000).

No tocante às teorias sociológicas, Siqueira (2001) as classifica a partir de um critério temporal, ou de gerações: na primeira geração (teorias elaboradas ente 1949

e 1969), o envelhecimento é considerado como fenômeno não-dependente do contexto e dos fatores sociais; as teorias da segunda geração (elaboradas entre 1970 e 1985) enfatizam a velhice como categoria social, ou seja, como resultado da organização da sociedade; as da terceira geração, mais recentes, concebem uma influência mútua e ativa entre os idosos (atores sociais) e a estrutura social quanto às formas de atribuir significados ao processo de envelhecer.

Nessa trajetória, a velhice vem sendo tematizada de diferentes formas pelo discurso científico. Acompanhar a progressão dos significados do envelhecimento ao longo da constituição da Gerontologia e da Geriatria nos dá acesso ao seu caráter histórico e inacabado, nos dar também condições de entender os fatores determinantes do processo de envelhecimento, o qual só pode ser compreendido através de estudo multidisciplinar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O idoso nesse estudo é considerado uma categoria social e deve ser compreendida como a demarcação de uma etapa da vida, conseqüência do potencial evolutivo do ser humano. Transformar a velhice em problema social implica em compreender como vem ocorrendo o fenômeno do envelhecimento populacional, sendo importante considerar os dados quantitativos da pesquisa como suporte a uma reflexão mais ampla sobre o referido fenômeno, desde a abrangência global, passando pela situação no Brasil, bem como a realidade identificada no Estado de Rondônia.

Esse último nos aproxima de uma realidade concreta, mostrando a dimensão real dos dados que o poder público precisa conhecer para dimensionar a abrangência de suas políticas públicas e projeção dos recursos necessários ao enfrentamento da situação da população idosa em cada unidade da federação desse país de dimensão continental.

Uma lógica elementar mostrada neste trabalho indica que o envelhecimento é conseqüência do aumento da expectativa de vida do indivíduo, cuja tendência é de ampliação da longevidade. Vale salientar que a expectativa média do brasileiro aumentou quase vinte cinco anos nestes últimos 50 anos. Até o último Censo (2000), a expectativa ao nascimento era de 63 anos para os homens e 65 para as mulheres.

É importante destacar que está ocorrendo um processo de feminilização do envelhecimento, ou seja, o gênero é um recorte teórico mostrando que as mulheres constituem a maioria da população idosa em escala planetária. No Brasil 55% dos idosos são mulheres. De acordo com Berzins (2003), dentre os fatores que contribuem para esse resultado destacam-se: proteção hormonal do estrogênio, inserção diferente no mercado de trabalho; consumo diferente de tabaco e álcool; postura diferente em relação à saúde/doença e relação diferente com os serviços de saúde.

Outro dado importante a respeito do envelhecimento é que entre os idosos prevalece um elevado contingente de viúvas, em contraste com a alta proporção de homens casados. Segundo Berzins (2003) isso é explicado considerando a longevidade feminina e o fato de os homens, preferirem casar com mulheres mais jovens.

É importante destacar, que quanto mais idade tiver a mulher mais difícil ela encontrar um parceiro. Camarano (2003) esclarece que a predominância da população feminina entre os idosos tem repercussões importantes nas demandas por políticas públicas, o que requer uma maior assistência tanto do Estado quanto das famílias.

A principal fonte de suporte para a população de idosos ainda é a família, embora as limitações financeiras de grande parte delas façam com que os idosos dependam de instituições públicas para o atendimento de suas necessidades básicas, de modo que estes possam ter uma condição de vida digna no final de sua existência, como está previsto na Constituição de 1988 e na lei da Política Nacional do Idoso e na lei da Assistência Social.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Francisca Teresa Montenegro de. Envelhecimento populacional e mudanças sociais: algumas considerações. In: GUEDES, Onacir Carneiro (Org). **Idoso, esporte e atividades físicas**. João Pessoa: Idéia, 2001.

BEVOIR, Simone de. **A velhice**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.

FREITAS, E.V. de et al (org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p.768-777.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988.

BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social/ Secretaria de Assistência Social. **Plano de ação governamental integrado para o desenvolvimento da política nacional do idoso**, Brasília; MPAS/SAS.

BRASIL, Ministério da Previdência e Assistência Social/ Secretaria de Assistência Social. **Política nacional do idoso**: Lei nº 8.842 de 4 Janeiro de 1994, Brasília; MPAS, 1997.

CAMARANO, Ana Amélia. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. *In*: FREITAS, E.V. de et al (org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p.58-71.

ESTEVES, Bernardo. O Brasil de cabelos brancos. **Revista Ciência Hoje**. Rio de Janeiro, v.23, n.137, 1998.

GUEDES, Onacir Carneiro. Idoso, esporte e competição. *In*: _____. **Idoso, esporte e atividades física**. João Pessoa: Idéia, 2001, p. 192.

IBGE. **Censo demográfico**: 2000- características da população e dos domicílios (resultado do universo). Rio de Janeiro: IBGE, 2001 a 519 p.ISSN 0104-3145.

JECKEL-NETO, E. A; CUNHA, G. L. da. (2002) Teorias biológicas do envelhecimento. *In*: FREITAS, E.V. de et al (org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p.58-71.

NÉRI, A.L. **Envelhecer num país de jovem**: significados de velho e velhice segundo brasileiros não idosos. Campinas: UNICAMP, 1991.

NÉRI, A.L.; FREIRE, S. A. (orgs.). **E por falar em boa velhice**. 2.ed., Campinas: Papyrus, 2000.

PAPALÉO NETO, M. **Gerontologia**. São Paulo: Atheneu, 2003.

PORTO VELHO. **Lei nº 1.190**, de 22 de dezembro de 1994 que trata da Política **Municipal do Idoso**. Prefeitura Municipal de Porto Velho-RO, 1994.

SIQUEIRA, M. E. C. Teorias sociológicas do envelhecimento. *In*: NERI, A. L. (org.). **Desenvolvimento e envelhecimento: perspectivas biológicas, psicológicas e sociológicas**. 2. ed., Campinas: Papyrus, 2001.

A QUESTÃO DO IDOSO INSTITUCIONALIZADO EM DISCUSSÃO*

THE QUESTION OF THE INSTITUTIONALIZED ELDERLY IN DISCUSSION

ARTHELÚCIA MARIA AMARAL DA SILVA**

RESUMO

O presente estudo teve o objetivo apresentar uma reflexão sobre o idoso e as políticas sociais no contexto asilar. O recorte teórico utilizado envolveu uma abordagem sobre as políticas públicas que assistem aos idosos tratando desde a primeira iniciativa em 1974 através da portaria n.º 82/74 do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), ressaltando a Constituição de 1988 como marco mais importante no delineamento dessas políticas que culminaram com a aprovação da política nacional e com o Estatuto do Idoso. Elaborado a partir de consulta bibliográfica e documental, contemplando abordagem qualitativa, o estudo concluiu que a assistência na modalidade asilar, embora contemplada pela Legislação que assegura os direitos sociais do idoso, não recebeu o mesmo tratamento dado as instituições de atendimento não-asilares, incentivando a criação de centros de convivência, centros de cuidados diurno, casa lar, oficina abrigada de trabalho, e atendimento domiciliar, além de outras formas decorrentes de iniciativas da comunidade, conforme descrito no artigo 4.º da Política Nacional do Idoso.

PALAVRAS- CHAVE: Idoso. Políticas Públicas. Instituição Asilar.

ABSTRACT

This study aimed to present a reflection on the elderly and social policies in the asylum context. The theoretical framework used involved an approach to public policies that assist the elderly, treating since the first initiative in 1974 through ordinance No. 82/74 of the Ministry of Social Security and Assistance (MPAS), emphasizing the 1988 Constitution as the most important milestone. important in the design of these policies that culminated in the approval of the national policy and the Statute of the Elderly. Prepared from bibliographic and documental consultation, contemplating a qualitative approach, the study concluded that care in the asylum modality, although covered by the Legislation that ensures the social rights of the elderly, did not receive the same treatment given to non-hospital care institutions , encouraging the creation of social centers, day care centers, nursing homes, sheltered work workshops, and home care, as well as other forms arising from community initiatives, as described in article 4 of the National Policy for the Elderly.

KEYWORDS: Elderly. Public policy. Asylum Institution.

* Parte do texto da dissertação de mestrado apresentada à Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social, CCHLA da Universidade Federal da Paraíba, em cumprimento às exigências parciais para obtenção do grau de Mestre em 2005, tendo sido aprovado com distinção pela Banca Examinadora.

** Mestre em serviço Social pela UFPB, atuando na área da saúde em instituições públicas do estado de Rondônia e do município de Porto Velho desde 2003. Email: arthslucia@yahoo.com

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Sabe-se que as instituições asilares surgiram para abrigar os idosos carentes e que, nos dias atuais, essas instituições se tornaram verdadeiros depósitos de idosos pobres e abandonados a própria sorte. Sumarizando: tornar-se idoso no Brasil constitui-se um grande desafio para os indivíduos, para a sociedade e para o governo. Esse desafio torna-se maior quando observa-se os municípios investindo em programas voltadas para o atendimento à criança e aos adolescentes, esquecendo-se, quase por completo, dos idosos, sendo um problema que merece ser aprofundado, carecendo de reflexões no âmbito da pesquisa científica.

Deve-se fazer o registro de que a promulgação da Lei federal nº 8.842/94 que institui a Política Nacional do Idoso é uma conquista de importância ímpar. Mas, é preciso reconhecer que as políticas públicas direcionadas para a população idosa precisam garantir os direitos sociais dos idosos para que estes possam viver com dignidade. Camarano (2003) mostra que os estudos sobre o idoso são escassos nos países em desenvolvimento como é o caso do Brasil. Os poucos estudos existentes nessa área centram-se mais nos aspectos ligados às condições de saúde, aposentadoria e arranjos familiares para o suporte a essa população.

Born e Boechat (2003), tratando de questões envolvendo à assistência ao idoso institucionalizado, mostram que as instituições que os abrigam, desde origens mais remotas, são vistos como locais de segregação, posto que a problemática do idoso se confunde com a da pobreza.

A própria Política Nacional do Idoso prevê que o atendimento a essa população deve, prioritariamente, desenvolver-se através de suas próprias famílias, em detrimento do asilar, a não ser nos casos em que o idoso ou suas famílias não possuam condições mínimas de sobrevivência digna.

Sabe-se que a maioria dos problemas dos idosos estão ligados aos seguintes aspectos: o envelhecimento biológico, representado pela perda da juventude; e os problemas hormonais, que caracterizam esta fase da idade do homem. Outro fator a ser levado em consideração é a aposentadoria que representa o momento em que o homem deixa de desenvolver sua atividade produtiva, ou seja, o seu trabalho; ou o desemprego por encontrar-se em idade avançada (RODRIGUES; RAUTH, 2003).

Todos os aspectos supracitados podem ser especificados como pontos de conflitos que afetam, a vida, os sentimentos e o comportamento do homem. Ser

considerado idoso no Brasil implica em encontra-se na faixa etária a partir dos 60 anos de idade. Esta é, em si, uma etapa particularmente difícil de ser vivida pelo indivíduo em razão dos motivos anteriormente citados.

Tomando como referência perspectiva social, podemos considerá-la como muito traumatizante para a sociedade capitalista e consumista, como é sociedade moderna, porque ela não prepara o indivíduo para aceitar o fato de que todos nós somos programados biologicamente para nascer, desenvolver-se, amadurecer, envelhecer e morrer (CAMARANO, 2003).

Se a lei 8.842/94, regulamentada pelo Decreto nº 1.958/96, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, tem como objetivos: assegurar os direitos sociais do idoso; promover a sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade (art. 1º); tendo como princípios: amparo social, garantia da cidadania, da participação, da informação, a proibição de discriminação, a destinação das transformações da política do idoso e a observação da disparidade sócio-econômicas na aplicação das Leis (art. 3º), então levanta-se o seguinte questionamento porque a população idosa continua desassistida?

Elaborado a partir de consulta bibliográfica e pesquisa documental, contemplando abordagem qualitativa, buscando responder o questionamento supra, esse estudo tem por objetivo apresentar uma reflexão sobre o idoso e as políticas sociais no contexto asilar. O recorte teórico utilizado envolveu uma abordagem sobre as políticas públicas que assistem aos idosos tratando desde a primeira iniciativa em 1974 através da portaria n.º 82/74 do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), ressaltando a Constituição de 1988 como marco mais importante no delineamento dessas políticas que culminaram com a aprovação da política nacional e com o Estatuto do Idoso.

2 A QUESTÃO DO IDOSO INSTITUCIONALIZADO EM DISCUSSÃO

Entender a função desempenhada pelas instituições que se dedicam a cuidar do idoso implica em resgatar o significado das instituições asilares, bem como o seu processo de evolução ao longo da história. O vocábulo asilo apresenta quase sempre, em qualquer circunstância em que é empregada, a disseminação da idéia de proteção, apoio, segurança. Como exceção a esse entendimento, o asilo de idosos,

freqüentemente representa imagens negativas de abandono e descaso, de “antecâmara da morte”, de pobreza e desalento, conforme destaca Born (1996).

Um reforço para essa idéia negativa da visão de que os asilos para idosos se enquadram no que Goffman (1997, p. 11) denomina de instituição total, pode ser compreendida quando se considera que tais instituições:

(...) podem ser definidas como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada.

Essas instituições totais que, segundo o referido autor, podem apresentar graus diversos de fechamento, muitas delas separadas da realidade exterior por muros altos e portões fechados. Nessa perspectiva, as instituições para idosos acham-se relacionadas à pobreza e ao abandono.

Essa visão marca de forma significativa, mesmo nos tempos atuais, grande parte dos trabalhos sobre as instituições asilares, consideradas, nesta perspectiva, local de segregação e abandono, de tal modo que mesmo a atual Política Nacional do Idoso assinala que o atendimento asilar seria uma alternativa assistencial para suprir a ausência da família e socorrer o idoso em situação de pobreza e abandono, não levando em conta outras condições que possam requerer, mesmo de forma temporária, aquele atendimento (BORN; BOECHAT, 2003).

Para grande parte dos teóricos que tratam desse tema, a maioria dos asilos de idosos continua a ser observada como instituição total, considerando-se o estabelecimento de normas rígidas que regem e devem disciplinar a vida dos residentes, qualquer seja o extrato social ali abrigado.

Este enfoque se faz presente inclusive em trabalhos nacionais recentes que consideram que o asilo, por ser uma instituição total, quebra e destrói as diferentes esferas de atuação da existência de um indivíduo livre na sociedade contemporânea, ao levar o asilado a participar sempre de um mesmo grupo de pessoas que são tratadas do mesmo jeito e forçadas a agir, por força de um regulamento, da mesma maneira, o que requer uma discussão mais ampla sobre essa questão.

2.1 CONCEITUANDO E MOSTRANDO A IMPORTANCIA DAS INSTITUIÇÕES PARA IDOSOS

De acordo com a Portaria 810/89 do Ministério da Saúde, são consideradas instituições para idosos aquelas “com denominações diversas, equipada para atender idosos, sob regime de internato ou não, pagas ou não, por período de tempo indeterminado, que dispõem de funcionários capazes de atender a todas as necessidades da vida institucional” (*apud* BORN; BOECHAT, 2003, p.769).

Dada a amplitude envolvendo essa conceituação, o entendimento conceitual do que vem a ser Instituição para Idosos, não pode ser esquecido que também são muito heterogêneas as instituições asilares existentes no país retratando as grandes diferenças sócio-econômicas e culturais existentes. Diferenças essas que, segundo Born e Boechat (2003), guardam relações com padrões de atendimento, estrutura, organização financeira e população atendida.

Conforme a portaria 810/89 anteriormente citada as instituições que atendem idosos recebem denominações diferentes, considerando os objetivos a que se propõe, sendo identificado os seguintes tipos:

- Atendimento integral institucional: é aquele prestado em instituição asilar a idosos sem família, vulneráveis. As instituições desse tipo podem ser denominadas de abrigo, asilo, lar, casa de repouso, clínica geriátrica ou ancianato, operam sobre regime de internato, pagas ou não, atendendo por tempo indeterminado, são responsáveis por atender todas as necessidades e cuidados necessários para que o idoso tenha qualidade de vida⁵.

- Instituição de longa permanência para idosos: são aqueles equipados para atender a idosos sobre regime de internato ou não, mediante pagamento ou não, durante um período determinado ou não. Essas instituições a exemplo da primeira, também recebem diferentes denominações⁶.

Atendimento integral institucional: é aquele prestado em instituições de longa permanência para idosos, oferecendo às pessoas de 60 anos de idade e mais serviços nas áreas social, psicológica, médica, de enfermagem, de fisioterapia, de terapia ocupacional, de odontologia e outras, conforme necessidades específicas desse segmento etário. Esse atendimento pode ocorrer em regime de internato, mediante

⁵ As denominações dessas instituições estão consoante a Portaria 73/01 da Secretaria de Estado da Assistência Social do Ministério da Previdência e Assistência Social.

⁶ A definição dessas instituições está consoante a Norma Técnica Especial 004/2000, da Secretaria Municipal de Belo Horizonte.

pagamento ou não, durante um período indeterminado, em locais adequados e equipados para essa finalidade⁷.

No Brasil não existem informações sobre o número das instituições asilares ou sobre os padrões dos atendimentos oferecidos, segundo Born e Boechat (2003). Isso dificulta o entendimento mais amplo sobre o conceito das instituições aqui destacadas. Entretanto, a Portaria SAS 73/01 anteriormente citada, define três modalidades de instituições para atendimento aos idosos. São elas:

- Modalidade I – é a instituição destinada a idosos independentes para atividades da vida diária (AVD). A capacidade máxima recomendada por idade e de 40 pessoas, com 70% de quartos para quatro idosos e 30% para dois idosos.

- Modalidade II - é a instituição destinada a idosos dependentes e independentes que necessitem de auxílio e de cuidados especializado e exijam controle e acompanhamento adequado dos profissionais de saúde. A capacidade máxima recomendada e de vinte duas pessoas, com 50% de quartos para quatro idosos e 50% para dois idosos.

- Modalidade III - é a instituição destinada a idosos dependentes que requeiram assistência total no mínimo em uma atividade da vida diária (AVD). Necessita de uma equipe interdisciplinar de saúde. A capacidade máxima recomendada e de vinte pessoas, com 70% de quartos para quatro idosos e 30% para dois idosos.

Discutindo o atendimento ao idoso institucionalizado, pesquisas citadas por Born e Boechat (2003), realizadas nos Estados de São Paulo e do Rio de Janeiro mostram que 86,7% e 60% das Instituições de Longa Permanência que constituíram os universos daqueles trabalhos nos dois estados respectivamente, tinham finalidade lucrativa.

Os asilos para idosos podem ser considerados, de acordo ainda com Born e Boechat (2003), os primeiros programas organizados e permanentes de atendimento de Gerontologia. Nasceram, em quase todos os países do mundo, dos asilos de mendicidade, direcionados a abrigar pessoas pobres e/ou sem família, independentemente de faixa etária - mendigos, doentes mentais, idosos, crianças abandonadas.

⁷ A definição dessas instituições está consoante documento apresentado pela Comissão de Assessoria Técnica a Instituições de Longa Permanência da Sociedade Brasileira de Geriatria e Gerontologia (SBGG) –Secção São Paulo.

Foi com o advento da urbanização e do capitalismo que o velho, trabalhador alijado do processo de produção, passou a ter maior visibilidade, pois como não mais tinha salário, passava a depender dos filhos ou da assistência pública para sobreviver, fenômeno este que se reproduz com intensidade nos dias atuais.

De acordo com Peixoto (1998), na França, a representação social do velho institucionalizado só começou a ser distinta da dos mendigos também recolhidos a asilos, em fins do século XIX. Neste sentido, a mesma autora chama atenção para o fato de, na França 40% dos asilos terem sido construídos nos fins do século XIX, 23,3% entre 1900 e 1944 e apenas 9,3%, entre 1945 e 1970 - quando da institucionalização da aposentaria.

No Brasil as questões envolvendo a problemática da velhice somente passaram a ter visibilidade e a ser consideradas “um problema social”, na medida em que a longevidade alcançou todas as classes sociais, pois as pessoas de posses não eram consideradas velhas, independentemente de suas faixas de idade, havendo uma forte pressão social para que fossem cuidadas pela família.

Nas últimas décadas começaram a surgir, especialmente nos Estados do Sul e Sudeste do Brasil, as clínicas geriátricas - casas de idosos, clínicas de repouso - de caráter privado, extremamente heterogêneas em termos de atendimento e prestação de serviços. Em sua grande maioria, essas instituições recebem não apenas idosos, mas pessoas de todas as idades com diferentes graus de incapacidade - sequelados de acidente vascular cerebral, e/ou que apresentam níveis diversos de demência.

Os diferentes níveis de cuidados requeridos pelos residentes, bem como o distanciamento e/ou desinformação dos seus familiares e a ausência de fiscalização dos poderes públicos, leva freqüentemente a que tais instituições ofereçam um atendimento deficiente quando não transformam essas casas em “**salas de espera da morte**”⁸.

As instituições asilares, sob o aspecto de sua manutenção, podem ser auto-suficientes, ou filantrópicas. As de caráter filantrópico são geralmente mantidas por organizações beneficentes e associações religiosas - católicas, espíritas, evangélicas e outras - ou por associações de imigrantes. Carentes de uma ação mais regular do Estado e de políticas públicas mais eficientes, aquelas entidades dependem da ajuda oferecida por indivíduos ou grupos da sociedade civil, feita quase sempre sob a forma

⁸ Grifo nosso para destacar a precariedade do atendimento em tais instituições.

de donativos ou esmolas, sem vinculação à programas sistemáticos direcionados aos idosos.

Em que pese a grande importância do apoio oferecido às instituições asilares por esse voluntariado, seria esperar demasiado que esse tipo de suporte possa prover adequada e permanentemente as necessidades das mesmas, quando se ampliam os conhecimentos sobre o idoso e suas necessidades de atendimento, na medida que cresce o número de idosos na sociedade e, em decorrência, na instituição, bem como, *pari passu*, aumenta, pela longevidade, a fragilização dos ali residentes.

Outra das questões ainda a ser aprofundadas e discutidas no Brasil, e que já se faz presente em muitos países, é a adoção de critérios de distinção entre instituições destinadas a idosos independentes e autônomos daquelas direcionadas a dependentes.

De acordo com Born e Boechat (2003), nos Estados Unidos há quatro categorias de instituições: *Home for the aged*, o Lar do Idoso, para idosos independentes; *Intermediate care facility – ICF* - na qual são aceitas pessoas, que embora carentes de cuidados, são, em grande parte autônomas em suas atividades de vida diária; *Skilled nursing facility*, que proporciona assistência médica para pacientes doentes que não necessitem de hospital; e aquelas que oferecem atendimento para idosos com problemas mentais.

Na Inglaterra assim como nos Estados Unidos apenas às instituições que atendem idosos independentes são designadas *Long Term Care Institutions*, isto é, Instituições de Longa Permanência, segundo os autores acima citados.

No Brasil, embora já se tenha tornado usual o emprego do termo Instituição de Longa Permanência, a distinção entre seus residentes não é feita, abrigoando aquelas instituições pessoas com diferentes graus de dependência ou inteiramente autônomas, até pessoas com problemas mentais ou carentes de cuidados mais permanentes, pois as condições de pobreza e insegurança econômica de grande parte da população brasileira leva as famílias a procurarem para seus velhos, particularmente aqueles de idade mais avançada ou com maior grau de dependência, instituições beneficentes ou filantrópicas. E assim, cresce o número de incapacitados, de sequelados por AVC ou demenciados nas Instituições.

No entanto, consideram ainda Born e Boechat (2003) que, se as instituições asilares para idosos se destinavam, ao longo do tempo, à velhice desvalida com as pressões das mudanças sociais e econômicas sobre uma sociedade marcada pelo

envelhecimento e pela longevidade de seus membros, passam a ter uma nova missão: cuidar de idosos necessitados de várias modalidades de serviços, em face das perdas funcionais que tornam problemática vida a sós ou com a família.

Atualmente nos países ricos e mesmo nos estados brasileiros mais desenvolvidos surgem modalidades diferenciadas de Asilos para Idosos que em muito pouco ou em quase nada se assemelham às imagens de abandono, tristeza e solidão associadas aos mesmos.

Nessa perspectiva, considera-se as instituições para idoso, em sua origem, local de segregação, o que, até hoje, ainda o são em grande número. Algumas denominavam-se asilos de mendicidade, posto que a problemática da velhice sempre foi confundida com a da pobreza.

2.2 DISCUTINDO A MISSÃO DAS INSTITUIÇÕES ASILARES

As transformações nas instituições para idosos deveriam motivar o encontro de nomenclatura que expresse melhor sua nova missão. É compreensível que a sociedade continue a chamar de “asilos” toda e qualquer instituição para idosos pela falta de clareza das modalidades existentes ou dos objetivos a que estas se propõem.

Entretanto, no meio científico essa denominação não se justifica, embora ainda exista um grande número de instituições de caráter asilar com junção basicamente assistencial. No entanto, também nelas são visíveis às conseqüências da transição epidemiológica, que se manifestam nas enfermidades crônico-degenerativas e se somam aos problemas da pobreza. Portanto, reclamam a implantação de programas gerontogeriáticos (BORN; BOECHAT, 2003).

Kane (1987) faz lembrar baseando-se na expressão *nursing home*, da existência de missão dupla na Instituição de Longa Permanência para Idosos (ILP): proporcionar cuidado e ser um lugar para viver. Portanto, seus cuidados devem abranger a vida social e emocional e as necessidades diárias, além de assistência à saúde. Em outras palavras a ILP é um lar, uma casa especializada.

Uma questão básica, ainda não devidamente equacionada refere-se ao fato de ser a ILP para idosos considerada um serviço de saúde ou de bem-estar social. Nota-se a falta de clareza mesmo na esfera federal. Na elaboração da Portaria Ms 810/89, as instituições para idosos foram consideradas “serviços de saúde”, enquanto a Portaria SAS-MPAS 73/01 as trata como parte da rede “Serviço de assistência

social” ao idoso que, na Política Nacional do idoso (Lei 8.842/94), recebe a rubrica de “serviços de atendimento asilar”. (*apud* BORN; BOECHAT, 2003).

Ainda Born (1996), reportando-se à Lei 8.842 que foi sancionada em janeiro de 1994, e dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, comenta que se de um lado, a lei atende a longa luta daqueles que trabalham com idosos e dos próprios idosos, estabelecendo princípios e diretrizes, definindo prioridades e competências, de outro, revela também, a distância entre legisladores e a realidade social.

O artigo 4º parágrafo único da lei em comento, indica a intenção de excluir da responsabilidade de entidades assistenciais o cuidado com o idoso necessitado de supervisor de enfermagem e de atendimento médico: “É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social”, ignorando os fatores que predispõem a institucionalização e que, em quase todas as instituições, não fazem senão aumentar o número de idosos com vários graus de dependência.

Na concepção de Kane (1987), a instituição para idosos junto com todos os outros serviços de cuidados, a longo prazo é um serviço híbrido, compondo-se de aspectos de assistência a saúde e de bem-estar social. Portanto, a questão social deve ser tomada como foco central na discussão aqui proposta, na medida em que o próprio Estatuto do Idoso contém dispositivos que protegem o idoso em situação de risco social.

2.3 FATORES QUE PREDISPÕEM À INSTITUCIONALIZAÇÃO DO IDOSO

Analisando 12 estudos realizados nos Estados Unidos quanto a fatores que pesaram na institucionalização do idoso, Kane (1987) encontrou os seguintes elementos justificativos: idade, limitação nas atividades de vida diária (AVD), morar só, estado civil, situação mental, etnia, ausência de suportes sociais, pobreza.

Nos Estados Unidos, em 1985, apenas 1,3 % de pessoas entre 65 e 74 anos de idade residia em casas de cuidados de enfermagem, passando a 22% o percentual dos que tinham 85 anos e mais. Tanto nos Estados Unidos quanto no Canadá, mais de quatro quintos dos residentes de instituições tinham 75 anos de idade e mais. A proporção de mulheres nas instituições tende a ser superior à população masculina: 70% no Canadá, 75% nos Estados Unidos, proporção esta que aumenta com a idade (KANE, 1987).

No caso do Brasil, pode-se estimar também a presença desses fatores, com pesos diferentes conforme a classe social e a região geográfica, indicando predomínio de fatores socioeconômicos em uma grande parte da população institucionalizada (BORN; BOECHAT, 2003).

No entanto, não se conhecem dados exatos sobre o número de idosos institucionalizados no Brasil, nem existem prospecção sobre sua demanda futura. Estudos sobre os fatores que levam à institucionalização de idosos consideram que algumas condições predisõem àquela situação tanto em termos médicos como sociais. A síndrome da imobilidade, múltiplos problemas médicos, depressão, demência, alta hospitalar recente, incontinência, assim como ser do sexo feminino, ter idade acima de 70 anos, ser solteiro, sem filhos ou viúvo recente, morar sozinho, manter-se em isolamento social e pobreza (BORN; BOECHAT, 2003).

Em relação aos fatores associados à saúde, outros fatores, entre os quais as síndromes conhecidas como Gigantes da Geriatria – a Imobilidade, a instabilidade, a incontinência e as perdas cognitivas são consideradas as principais causas que levam à institucionalização, sendo ainda grande os desafios para todos os profissionais de saúde envolvidos, pois os idosos apresentam padrões peculiares de manifestações de doença e disfunção (BORN; BOECHAT, 2003).

Dentro deste mesmo enfoque vários estudos consideram como fatores indicativos da institucionalização de idosos:

Primeiro - Problemas médicos devidos à relação envelhecimento -doenças crônicas.

Segundo - Fatores sociais como família desmotivada e despreparada para cuidar do velho em casa e até mesmo a incapacidade dos cuidadores, na sua maioria sem orientação específicas.

Terceiro - Disfunção cognitiva, com comportamento anti-social, como por exemplo, na demência avançada ou no delírio.

Quarto - Incapacidade funcional para as Atividades da Vida Diária (AVD), principalmente às relacionadas à síndrome da imobilidade. (BORN, 1996, p.30).

Segundo Goffman (1997), a existência de múltiplas questões que afetam a conjuntura brasileira e a prioridade de solução para alguns problemas sociais, aliados a recursos institucionais reduzidos, têm retardado uma ação mais efetiva que resulte no melhor bem estar dos idosos, cujos problemas não são absolutamente diferentes daqueles do restante da população brasileira, mas agravados pelas circunstâncias inerentes ao envelhecimento.

Os asilos ou abrigos para idosos foram recursos que predominaram na política do governo brasileiro de atendimento ao idoso, até bem pouco tempo. O alto custo das internações, todavia acaba por permitir apenas o atendimento das necessidades biológicas mais imediatas dos abrigados, deixando-se de lado o atendimento as necessidades psicossociais dos indivíduos, sobretudo daqueles em melhores condições físicas.

Os estabelecimentos sociais, entre elas as instituições de amparo à velhice, simbolizam, como declara Goffman (1997), uma barreira à relação social com o mundo externo - fazendo parte de uma das categorias denominadas instituições totais -, criadas para cuidar de pessoas que, segundo se pensa são incapazes, como em casas para cegos, órfãos e indigentes.

Canoas (1986), afirma que essas instituições direcionadas à velhice propõem-se a cuidar das pessoas idosas e, para tanto, organizam-se em função do que o velho "necessita": alimentação, higiene e abrigo. Dessa maneira, os velhos passam a ser meros consumidores desses serviços básicos, prestados pela instituição, sendo privados de outros aspectos da condição humana. Assim, o idoso asilado vai perdendo sua originalidade, sua capacidade de planejar o futuro, seu raciocínio, sua memória.

Uma boa parte dos autores consultados nessa pesquisa são de opinião que os programas de institucionalização do idoso hierarquizam as necessidades, considerando a supremacia da assistência biológica em detrimento da assistência sócio-cultural, quase sempre considerada importante unicamente para os idosos mais favorecidos, em termos sócio-econômicos.

Os asilos para idosos, de maneira geral, garantem o teto, a assistência médica e alimentar, mas promovem certa despersonalização dos internos, pois, de modo geral, não oferecem oportunidades no plano social e cultural. Como consequência, surgem os comportamentos desajustados, até mesmo de hostilidade à instituição, e graves comprometimentos da saúde, nos planos físico e mental, deixando uma imagem negativa dessas instituições que esse estudo pretende desmistificar.

2.4 DIGRESSÕES EM TORNO DA POLÍTICA PÚBLICA DE ATENÇÃO AO IDOSO NO BRASIL

A política pública de atenção ao idoso se relaciona com o desenvolvimento sócio-econômico, cultural e com a ação reivindicatória dos movimentos sociais, tendo como marco importante à Constituição de 1988 que implementou o conceito de Seguridade Social alterando o enfoque assistencialista da rede de proteção social, passando a ter uma conotação ampliada de cidadania.

A lei 8.842, denominada como Política Nacional do Idoso (PNI), estabelecida em 1994, criou normas para os direitos sociais dos idosos, garantindo autonomia, integração e participação efetiva como instrumento de cidadania.

Os idosos são pessoas que necessitam de assistência por parte da família, do poder público e de profissionais especializados na área de saúde, psicológicas e na assistência social. Essa necessidade de assistência encontra-se respaldada na Política Nacional do Idoso, a qual tem por objetivo “assegurar os direitos sociais dos idosos, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade”, conforme o artigo 1º da lei supracitada.

O Estatuto do Idoso, lei nº 10.741/2003, veio reforçar o que determina a lei 8.842 tentando acima de tudo proteger o idoso em situação de risco social, como determina o artigo, 1º do referido Estatuto ao estabelecer que “é instituído o estatuto do idoso destinado a regular os direitos assegurados à pessoa com idade igual ou superior a 60 anos” (BRASIL, 2003).

O Estatuto do Idoso é composto de 118 artigos com garantias prioritárias em saúde, educação, emprego e lazer. Retornando a política nacional, contextualizando a cerca de seu aparecimento, podemos dizer que: a preocupação com o envelhecimento da população brasileira aparece efetivamente nos anos 90, como uma discussão ampla, com muitas questões voltadas à melhor qualidade de vida do idoso.

Nos anos 90, a sociedade brasileira ampliou os debates voltados às questões da velhice, especialmente com o aumento de denúncias de maus tratos e também da falta de incentivos governamentais no campo das políticas sociais para com a crescente parcela populacional idosa. Desta forma a legislação pertinente emerge do movimento político da sociedade.

A lei 8.842/94, por sua vez, é composta por vinte e dois artigos, distribuídos nos quatro capítulos. A lei que regulamenta a Política Nacional do Idoso (PNI) busca criar condições de que os idosos possam assegurar o direito a exercer sua total cidadania, dever garantido pelo Estado, pela família e a sociedade.

A Secretaria de Assistência Social (SAS) no âmbito Estadual, cabe o papel de coordenar e promover articulações necessárias para implementação da (PNI), juntamente com todos os níveis de governo (Federal, Estadual e Municipal). Os locais de atendimento aos idosos mencionados na referida lei caracterizam-se como centro de convivência, casas lares, oficinas de trabalho, atendimento domiciliares e outros, além de apoiar o desenvolvimento intelectual, e impedir a discriminação do idoso e a participação no mercado de trabalho. A PNI não incentiva a criação de asilos.

No intuito de operacionalizar a PNI, a SAS elaborou o “Plano de Ação Governamental integrada para o desenvolvimento da Política Nacional do Idoso” (PAG-PIN) cujos objetivos são:

Promover ações integradas de forma a viabilizar a implementação da Política Nacional de Idosos;
 Definir as ações e estratégias para cada órgão setorial;
 Negociar recursos financeiros entre as três esferas do governo;
 Acompanhar, controlar e avaliar as ações (MPAS/SAS, 1996, p.11).

O Plano de ação governamental Integrado para Desenvolvimento da Política Nacional do Idoso (PAG/PIN) propõe as seguintes ações estratégicas:

1 Financiar e apoiar programas e projetos que visem melhorar a qualidade de vida dos idosos proporcionando ainda a sua integração a comunidade;

2 Incentivar parcerias entre organizações governamentais e não governamentais para a execução de ações, programas e projetos para idosos;

3 Divulgar planos, programas e projetos federais dirigidos a pessoa idosa;

4 Negociar recursos no campo nacional e internacional para substituir os programas afetos a pessoa idosa;

5 Buscar mecanismos para um programa de comunicação para sensibilizar, concretizar e politizar o núcleo familiar e a sociedade quanto à questão envelhecimento;

6 Mobilizar e realizar fóruns interestaduais com a participação de ONG's para discutir a PNI.

Além de reforçar a cidadania, a PNI propõe assegurar que o atendimento ao idoso “sem família ou sem condições econômicas favoráveis” seja mantido pelo Estado. Todavia, primordialmente, esta Política incentiva à participação da família e da sociedade civil no trato do idoso, o que se configura em uma das expressões concretas da questão social. No intuito de mobilizar a sociedade civil, a SAS

regulamentou o processo de criação do Conselho Nacional do Idoso, estabeleceu novas diretrizes referentes ao trato desta questão a qual nos permite fazer a seguinte leitura:

[...] apesar de implantada e do esforço do Ministério da Previdência e Assistência Social/Secretaria Nacional de Assistência (MPAS/SAS), não teve o desenvolvimento esperado. Há 21 anos esta lei tem sido esperada, mas muitos idosos já morreram sem participação em programas e projetos [...] (BARROSO, 1999, p.2).

Na PNI, está prevista a criação de Conselhos nos diferentes níveis, como o federal, estadual e municipal. Através de suas representações da sociedade civil e do Poder Público estes Conselhos atuam na coordenação geral da política do idoso, como também na formulação, coordenação e supervisão das ações políticas (BARROSO, 1999).

Os Conselhos em sua composição devem ser paritários, tendo em igual número de representantes da sociedade civil e do Governo, cuja atuação na prática consiste em discutir e planejar as políticas sociais em benefício da população idosa. Em Porto Velho estado de Rondônia, local de atuação dessa pesquisadora, o Conselho Municipal dos Idosos, funciona no SESC - Esplanada , tendo atendimento uma vez por semana. Órgão este que tem como função a gestão dessa política pública, além de receber denúncias e de agir como fiscalizador do bem estar do idoso.

Entretanto, esse órgão funciona de forma precária, não tendo condições de desempenhar plenamente sua função dentro de um universo de ações tão abrangentes requeridas pela população idosa deste Município, razão pela qual considera-se importante o trabalho desenvolvido pelas instituições asilares, a exemplo das ações executadas pela a Casa do Ancião em Porto Velho/RO, referência no acolhimento e abrigo dessa população.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que as políticas públicas que proporcionam assistência ao idoso tiveram como marco importante de sua trajetória a Constituição de 1988 que proporcionou alterações significativas no conceito de assistência, contribuindo para a rede de proteção social modificasse o seu enfoque estritamente assistencialista,

passando a ter uma conotação ampliada de cidadania, considerando o idoso um cidadão com direitos e protagonista de suas ações.

Ressalte-se que a questão do idoso no Brasil permaneceu articulada à saúde e à previdência social, por um longo período de tempo. Nessa fase histórica, a velhice era tratada como sinônimo de doença e não na perspectiva de promoção da cidadania e de efetivação dos direitos desse segmento populacional que desde a década de 1960 vem crescendo em escala vertiginosa, acarretando novas demandas e necessidades a serem supridas via políticas públicas.

Salienta-se o seguinte: a primeira iniciativa do governo brasileiro no aspecto concernente à assistência ao idoso ocorreu através da portaria n.º82, de 4 de julho de 1974, do Ministério da Previdência e Assistência Social (MPAS), cujas ações foram postas em prática, isto é, foram operacionalizadas através do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS).

O INPS realizava duas linhas de ações para assistir aos idosos: uma diretamente em seus centros sociais e, outra indiretamente, mediante acordos com instituições da comunidade. Eram ações preventivas que tinham por objetivo o pagamento da internação custo/dia, restrita aos seus aposentados e pensionistas, a partir dos 60 anos de idade, em sistema de asilamento. A admissão desses idosos em instituições de longa permanência era realizada, considerando o desgaste físico e mental a que estes estavam acometidos, além da insuficiência de recursos destes e de seus familiares, bem como a inexistência ou abandono da família, aspectos críticos a envolver a população idosa no Brasil.

Outra iniciativa importante do governo em prol dos idosos ocorrida em 1974 foi a criação de renda mensal vitalícia através da Lei n.º6.176, de 11 de dezembro de 1974. Essa medida consistiu na criação de um benefício pelo qual era assegurado um auxílio no valor correspondente a 50% do salário mínimo vigente no país a todas as pessoas com mais de 70 anos de idade desde que estas não recebessem benefícios da Previdência Social e também não possuíssem condições de suprir a sua própria subsistência.

Entretanto, as ações de apoio, assistência e proteção ao idoso visando o seu bem-estar, tornaram-se mais evidente, em 1976, através da iniciativa do MPAS em realizar um estudo para conhecer a realidade da população idosa no Brasil. Essa iniciativa resultou na realização de três seminários, sendo um em São Paulo (Regiões

Sul e Sudeste), outro em Belo Horizonte (Região Centro-Oeste) e o último em Fortaleza (Regiões Norte e Nordeste).

As discussões e os encaminhamentos em torno da questão envolvendo a identificação das condições de vida do idoso brasileiro e o apoio assistencial existente implicou na realização de um Seminário Nacional para tratar da Política Social da Velhice, no final de 1976, em Brasília-DF. As conclusões extraídas desse evento geraram um documento que recebeu a denominação de Diretrizes para uma Política Nacional para a Terceira Idade, editado pelo MPAS.

Às principais propostas documentos acima citados, versavam sobre os seguintes aspectos: implantação de um sistema de mobilização comunitária, visando, entre outros objetivos, à manutenção do idoso na família; revisão de critérios para concessão de subvenções a entidades que abrigam idosos e criação de serviços médicos especializados para o idoso, incluindo atendimento domiciliar; revisão do sistema previdenciário e preparação para a aposentadoria; formação de recursos humanos; e coleta de informações e análise sobre a situação do idoso a ser feita pelo Serviço de Processamento de Dados da Previdência e Assistência Social (DATAPREV) em colaboração com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Em 1977, o governo federal adota medidas que modificam o perfil do padrão de atendimento à população idosa no Brasil, transferindo à Legião Brasileira de Assistência (LBA) a responsabilidade pelo desenvolvimento de todos os programas de assistência social voltavam sob a responsabilidade do INPS.

A atuação da LBA efetivou-se através da realização de dois projetos essenciais nessa área: o Conviver e o Asilar. Esses dois projetos foram responsáveis pelo atendimento de, aproximadamente 1.200 entidades e 2.600 municípios, por intermédio de convênios de cooperação técnica e financeira para liberação per capita, revitalização e construção de equipamentos da rede pública e privada na atenção ao idoso no Brasil.

Entretanto, foi na década de 1980 que os direitos dos idosos começaram a tornar-se mais consistentes, graças ao envolvimento dos movimentos sociais. A Constituição de 1988, considerada Constituição Cidadã, no seu capítulo da Seguridade Social, artigos 203 e 204, estabelece garantias de um sistema de proteção social aos idosos.

A década de 1990 foi mais pródiga em benefícios para a população idosa. Registra-se como fatos importantes, dentre outros, a Lei Orgânica da Assistência Social, aprovada em 7 de dezembro de 1993, incluindo benefícios, programas e projetos de atenção ao idoso, com a co-responsabilidade das três esferas de governo, sendo a concessão do benefício da prestação continuada ao idoso a partir de 70 anos de idade que tivesse uma renda familiar mensal *per capita* de até $\frac{1}{4}$ do salários mínimo, considerada como uma das medidas mais importantes até então.

Em 1994, com a aprovação da Política Nacional do Idoso, em 4 de janeiro, outro marco importante ficou gravado na história da construção das políticas de assistência ao idoso no Brasil notadamente por estabelecer direitos sociais, garantir autonomia, integração e participação efetiva na sociedade como instrumento de direito próprio de cidadania.

Em termos de concepção estratégica, a Política Nacional do Idoso representou um avanço importante na integração das políticas setoriais envolvendo as seguintes linhas de ação: promoção e assistência social; saúde; educação; trabalho e previdência social; habitação e urbanismo; justiça; cultura; esporte e lazer, conforme previsto no artigo 10 da lei n.8.842/94, o qual define ações governamentais atinentes ao atendimento das necessidades dos idosos.

Por fim, há de se destacar a aprovação do Estatuto do Idoso em 2003, o qual representou mais uma conquista para esse segmento populacional contribuindo para o fortalecimento e a ampliação dos mecanismos de controle das ações desenvolvidas, em âmbito nacional, bem como para complementar a Lei n.º8.842/94, que instituiu a Política Nacional do Idoso.

Dentro desse quadro contextual, observa-se que os asilos são mencionados na Política Nacional do Idoso que se posiciona favorável a esse tipo de instituição desde que os idosos não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência (artigo 4.º, inciso III). As instituições asilares são também citadas no decreto n.º 1948/96 que regularmente o fomento junto aos Estados, Distrito Federal, Municípios e organizações não governamentais a prestação da assistência social aos idosos nas modalidades asilar e não asilar (artigo 2.º, inciso VIII).

O referido decreto estabelece que a assistência na modalidade asilar deve ocorrer no caso da inexistência do grupo familiar, abandonado, carência de recursos financeiros próprios ou da própria família (art.3.º, parágrafo único). No Estatuto do

Idoso também é previsto o atendimento asilar para os idosos que não possuam família ou não tenham condições de manter a sua própria sobrevivência (art. 3.º, inciso III).

Observa-se, portanto, que assistência na modalidade asilar, embora contemplada pela Legislação que assegura os direitos sociais do idoso, não recebeu o mesmo tratamento dado as instituições de atendimento não-asilares, incentivando a criação de centros de convivência, centros de cuidados diurno, casa lar, oficina abrigada de trabalho, e atendimento domiciliar, além de outras formas decorrentes de iniciativas da comunidade, conforme descrito no artigo 4.º da Política Nacional do Idoso.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Maria José de Rocha. **A iniciativa pública e privada nos serviços de saúde, educação, cultura e lazer**. A terceira idade, Assembléia nacional de idosos, São Paulo, 1999, nº 17, p. 28-38.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, 1988.

_____. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8842.htm>. Acesso em: 18 jan. 2010.

_____. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm>. Acesso em: 18 jan. 2010.

_____. Ministério da Previdência e Assistência Social/ Secretaria de Assistência Social. **Plano de ação governamental integrado para o desenvolvimento da política nacional do idoso**, Brasília; MPAS/SAS, 1997.

_____. Ministério da Previdência e Assistência Social/ Secretaria de Assistência Social. **Política nacional do idoso**: Lei nº 8.842 de 4 Janeiro de 1994, Brasília; MPAS, 1997.

BORN, T. Cuidado ao idoso em instituição. In: PAPALÉO NETO, M. **Gerontologia**. São Paulo: Atheneu, 1996.

BORN, Tomiko; BECHAT, Noberto Seródio. Fátima Cartaxo. A qualidade dos cuidados ao idoso institucionalizado. In: FREITAS, E.V. de et al (org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p.768-777.

CAMARANO, Ana Amélia. Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. In: FREITAS, E.V. de et al (org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p.58-71.

CANOAS, C.S. **A condição humana do velho**. São Paulo: Cortez, 1986.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. 2.ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

KANE R. A; KANE, R. L. **Long-term care**: principles, programs, and policies. New York: Springer, 1987.

PEIXOTO, Clarice. Entre o estigma e a compaixão e os termos classificatórios: velho velhote, idoso terceira idade. Em M. L. de Barros (org.). **Velhice ou terceira idade?** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998, p. 15-17.

RODRIGUES, Nara Costa; RAUTH, Jussara. Os desafios do envelhecimento no Brasil. In: FREITAS, E.V. de et al (org.). **Tratado de geriatria e gerontologia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003, p.106-110.